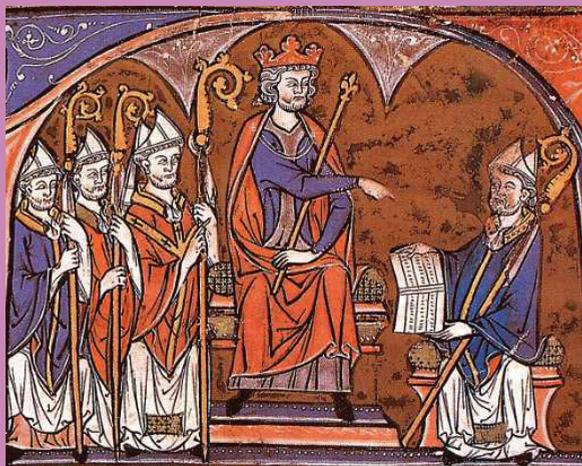


Derecho

Práctica jurídica consuetudinario

y costumbre en Castilla y memoria

y León (siglos XI-XIV)



Paola Miceli

Derecho consuetudinario y memoria

Derecho consuetudinario y memoria.

Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)

Paola Miceli

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2012

© 2012 Paola Miceli

Venta: Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Diseño: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9031-015-1

Depósito Legal: M-

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/14294>

Para Julián y Valentina

ÍNDICE

Agradecimientos	13
INTRODUCCIÓN	17
TRAS LAS HUELLAS DE LA COSTUMBRE	
1. LA HISTORIA MODERNA DE UN CONCEPTO	27
I. La costumbre y la ilusión iusnaturalista	27
1. <i>La Escuela Histórica y sus efectos</i>	27
2. <i>Los efectos en la historiografía hispánica</i>	32
3. <i>La Edad Media y la utopía del jusnaturalismo</i>	39
II. La historia social: costumbre y mentalidad campesina	42
III. La crítica del iusnaturalismo y sus consecuencias para una historia de la costumbre	53
1. <i>Costumbre y renovación intelectual del siglo XII</i>	55
a. Derecho consuetudinario y aculturación	61
b. <i>Jus consuetudinarium</i> y retórica	65
2. <i>Las producciones en el ámbito hispánico</i>	68
2. LA COSTUMBRE EN CASTILLA Y LEÓN	73
I. Los fueros y privilegios de fines del siglo XII	75
1. <i>Castilla</i>	75
2. <i>León</i>	80
a. <i>Consuetudines</i>	82
a.1. La interpretación en clave mutacionista	83
a.2. Las <i>consuetudines</i> y los prejuicios de monjes e historiadores	86
a.3. <i>Consuetudo</i> en los Códigos de la Antigüedad tardía	87
a.4. <i>Mala consuetudo</i> en la concepción cristiana de la costumbre	89
b. <i>Usus</i>	91
c. <i>Mos</i>	92

3. <i>Los fueros de León y Castilla a fines del siglo XII: algunas conclusiones</i>	94
4. <i>El anacronismo de los investigadores</i>	95
II. Un nuevo sentido para la <i>consuetudo</i>	99
3. LA RECUPERACIÓN DEL DERECHO ROMANO Y LA INVENCION DEL <i>JUS CONSUE- TUDINARIUM</i>	107
I. Costumbre y retórica romana	112
II. La invención del concepto	117
1. <i>Consuetudo: ¿factum o jus?</i>	119
2. <i>Tacitus consensus y voluntas populi</i>	122
3. <i>Scriptum, non scriptum</i>	123
4. <i>El tiempo de la costumbre</i>	128
5. <i>Costumbre contra ley</i>	129
III. La <i>consuetudo</i> en la tradición jurídica hispánica	131

COSTUMBRE Y MEMORIA. DESANDANDO UNA RELACIÓN MÍTICA

4. RECUERDO O MEMORIA LEGAL: EL TIEMPO DE LA COSTUMBRE	141
I. Acerca del abordaje de la práctica judicial en la Edad Media	143
II. El tiempo en los conflictos medievales	146
1. <i>La medida del tiempo: el conflicto de Oña contra Frías</i>	146
2. <i>¿Memoria comunal o memoria legal?: tiempo y memoria en los conflictos</i>	152
III. Significado y enunciados: una conclusión para el conflicto	163
5. LA INVENCION DE LA TRADICION: LA TERRITORIALIZACION DE LA <i>CONSUE- TUDO</i>	167
I. Costumbre y tierra en la documentación foral	167
1. <i>Instrumentalidad de la tierra y formación de la comunidad de habitantes</i>	171
2. <i>La memoria afincada en la tierra y la capacidad performativa del texto jurídico</i>	176
a. Construcción de una memoria de la obligación común	177

II. Costumbre, tierra y propiedad en los conflictos castellanos . .	183
1. <i>La usurpación del uso</i>	185
2. ¿Propiedad en estado práctico? Acerca de la descosificación de los bienes	188
III. Tierra, costumbre y memoria	193
6. DAR MEMORIA: LA ESCRITURA DE LA NORMA Y LA COSTUMBRE	195
I. Un salto interpretativo: ¿ <i>jus non scriptum</i> como derecho oral?	200
II. La escritura y su otro	204
1. <i>La escritura como representación</i>	206
2. <i>La escritura como práctica instituyente</i>	209
III. La escritura de la norma en la Edad Media	212
7. LA COSTUMBRE, <i>VOX POPULI</i>	227
I. La doctrina medieval de la <i>voluntas populi</i>	228
II. El derecho consuetudinario como derecho popular	244
III. El paradigma antropológico y la “cultura popular”	246
IV. La asimilación entre derecho popular y mentalidad campesina	248
CONCLUSIONES	255
I. El modelo de “las dos edades de la costumbre”	257
II. Costumbre y memoria	263
III. El discurso jurídico y el mundo	266
BIBLIOGRAFÍA	269

Agradecimientos

Este libro es la publicación revisada de mi tesis de doctorado defendida en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires en octubre de 2010, que llevó por título “*Quod non est in texto juris non est in mundo. Costumbre y práctica jurídica en Castilla y León durante la Edad Media*”.

Escribir los agradecimientos de una tesis de doctorado implica mirar hacia atrás y hacer memoria de las palabras de aliento, las discusiones, los gestos de generosidad desplegados en un largo transcurso de tiempo. Trataré de recordar los nombres y los lugares a partir de los cuales se forjó este texto que es, ante todo, el efecto de un trabajo colectivo.

Primeramente, mi profundo reconocimiento a mi directora Marta Madero, por su lectura atenta y brillante, por su estímulo permanente y, sobre todo, por su enorme generosidad, abriendo camino a quienes nos interesa hacer historia del derecho medieval en Argentina.

Un especial agradecimiento a Carlos Petit, quien aceptó ser, a pesar de la distancia, el co-director de esta tesis. Las charlas sobre la historiografía jurídica de los siglos XIX y XX, los consejos sabios y las cálidas palabras de aliento fueron muy importantes para la elaboración final de este trabajo.

Toda investigación se nutre del intercambio activo y de la discusión con otros, por eso me es imposible imaginar esta investigación sin el aporte de mis amigos y compañeros de trabajo Eleonora Dell’Elicine, Alejandro Morin y Héctor Francisco, siempre con ojos atentos a las inconsistencias teóricas, proponiendo inteligentes modos de abordaje de los problemas, enunciando permanentemente palabras reconfortantes. A ellos agradezco también la lectura de varios de los capítulos de esta tesis.

Si de intercambiar ideas se trata, debo agradecer, por un lado, a los jóvenes investigadores (Santiago Barreiro, Victoria Campo, Gonzalo Cané, Dolores Castro, Constanza Cavallero, Ismael del Olmo, Esteban Greif, Carla Maglio, Daniel Panateri, Pablo Pryluka, Marina Sarramia), que integran el Grupo DYTEM (Derecho y Teología en la Edad Media) del

que formo parte, colectivo que nació gracias a un Proyecto de Reconocimiento Institucional de Equipos de Investigación de la Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Les agradezco por las largas y apasionadas discusiones que tanto estimularon mis ideas.

Por otro lado, también quiero agradecer a quienes me nutrieron con sus comentarios, aportaron bibliografía o debatieron conmigo modos posibles de organización de la tesis: Elsa Rodríguez Cidre, Sebastián Provvidente, Mariano Requena, Diego Paiaro, Sergio Barrionuevo, Carolina Zapiola, María Alejandra Fernández, Damián Corral, Pablo Ubierna, Maximiliano Soler, Leonardo Funes, Pedro López Barja.

Un reconocimiento especial para Joseph Morsel cuyos comentarios e investigaciones fueron una guía más que fértil para afrontar varios de los problemas que se abordan en este libro.

Muchas de las ideas presentes en esta investigación son deudoras de las reflexiones de dos intelectuales que marcaron mi pensamiento: el jurista Yan Thomas y el historiador Ignacio Lewkowicz. Vaya este agradecimiento en memoria de ambos, como modo de retribuirles lo mucho que me han legado.

El marco institucional no es una cuestión menor a la hora de escribir una tesis. En este sentido, fue fundamental para la concreción de este trabajo el apoyo de la Facultad de Filosofía y Letras (UBA) que me benefició con una beca doctoral que dio un impulso clave al tramo final de esta tesis. Del mismo modo, debo hacer mención de la ayuda económica recibida en el marco de un Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Técnica de la Argentina (PICT) y dirigido por la Dra. Marta Madero, para la realización de una pasantía en Madrid durante el año 2007.

Quisiera recordar también a los familiares y amigos que colaboraron con la logística cotidiana en función de extender al máximo el tiempo dedicado a la escritura de la tesis: a mi hermana Lorena, a mi prima Silvia, a mis suegros, Coca y Pichin, a mi cuñada Sandra, a Bárbara Raiter, a Elsa Rodríguez Cidre y a Mónica Alabart.

A mi hermano Pablo que hoy me enseña sobre la voluntad y el esfuerzo.

Para terminar, un agradecimiento enorme para Julián por las largas discusiones teóricas, por su mirada lúcida y paciente sobre cada uno de los capítulos y por la compañía y la palabra en los momentos de agobio;

y otro aun más inmenso para Valentina, nuestra niña de siete años, que espera a que yo termine mi día de trabajo para jugar juntas a las sirenas...

INTRODUCCIÓN

“Derecho consuetudinario: derecho originado en usos ancestrales orales que evolucionan de manera muy lenta y que se transmiten de generación en generación”; esta breve definición sintetiza el paradigma dominante en las Ciencias Sociales sobre el derecho consuetudinario. En la actualidad su vigencia se advierte por ejemplo en la perspectiva del pluralismo jurídico que la ha retomado para señalar la clara y problemática oposición entre el derecho estatal y el derecho indígena. Así, por ejemplo Rodolfo Stavenhagen, referente fundamental de esta corriente de pensamiento, define al derecho consuetudinario como un derecho oral, generalmente no escrito, que suele ser compartido por una colectividad y que no está vinculado al poder estatal¹. El derecho consuetudinario, en estas aproximaciones, deviene rasgo identitario de los pueblos indígenas, en oposición a la ley, derecho de Estado, escrito y positivo.

Los medievalistas no han estado al margen de esta concepción; por el contrario han leído con mucha frecuencia la documentación jurídica medieval relativa a la costumbre bajo este paradigma haciendo hincapié en el carácter popular y auténtico del derecho consuetudinario en oposición a un derecho elitista y erudito como serían el derecho romano o el derecho común.

Ahora bien, como hemos aprendido gracias a los aportes de la epistemología de las ciencias todo paradigma tiene una historia hecha de continuidades, rupturas y prejuicios. En este caso particular el modelo de un derecho consuetudinario naciendo del suelo de los ancestros de natu-

1 Stavenhagen R., Iturralde, D. (1990) (comps.), p. 30-31. En la misma línea J. González Galván sostiene que los derechos estatal y consuetudinario son dos manifestaciones contemporáneas de lo jurídico: “el derecho estatal, entendido como la concepción de lo jurídico caracterizado por la organización social de conductas a través de reglas escritas derivadas de un órgano especializado y legitimado por las mismas reglas, y el derecho consuetudinario, como la concepción de lo jurídico, caracterizado por la organización social de conductas a través de reglas-prácticas concebidas en comunicación con las fuerzas de la naturaleza y transmitidas, fundamentalmente, de manera oral”. J. González Galván (1995), p. 203.

raleza popular y por ende más verdadero que el derecho positivo se fraguó entre los siglos XVIII y XIX en los albores del colonialismo y el nacionalismo.

Este paradigma, el de la costumbre como derecho popular, produjo una profunda fascinación en las Ciencias Sociales y en consecuencia también entre los medievalistas que han abordado frecuentemente la problemática de la costumbre partiendo de este modelo. De este modo, el derecho consuetudinario en la Edad Media es considerado usualmente como derecho oral, encarnado en la memoria de la comunidad, ligado a la voluntad popular y por ende más auténtico que el derecho legal. A lo largo de este trabajo llamaremos románticas o iusnaturalistas a las aproximaciones que comparten esta matriz. Si bien, en un sentido restrictivo, la historiografía tradicionalmente ha calificado como “romántica” a la corriente que en el siglo XIX hacía de la costumbre el espíritu del pueblo (Escuela Histórica del Derecho), nos tomaremos el atrevimiento aquí de extender esta caracterización a todas las miradas –provenientes de muy diversas disciplinas como la historia, la sociología, la historia del derecho, la antropología- que estando de algún modo influidas por la pandectística consideran a la costumbre como derecho popular, espontáneo, inmanente a las prácticas sociales, emergiendo de los comportamientos de los hombres y, por ello mismo, memoria activa de la comunidad. Si bien el concepto de “iusnaturalismo” tiene una larga y compleja vida en la historia del derecho, lo utilizaremos aquí casi como sinónimo de romanticismo. No obstante las críticas que la propia Escuela Histórica del Derecho le formuló a los abordajes centrados en el derecho natural, un fuerte iusnaturalismo la atraviesa basado sobre todo en la idea de que los conceptos jurídicos son tan naturales como los objetos reales². La costumbre, así, queda instalada en el lugar de la naturaleza y del verdadero derecho. Esta impronta, como veremos, se encuentra también presente en aquellos historiadores para quienes la Edad Media fue el momento de acabada plenitud de un derecho natural consuetudinario.

Sin embargo, como veremos a lo largo de esta investigación, la costumbre en las fuentes jurídicas medievales remitía a un universo de significación que no incluía lo popular, la memoria, la tradición sino que refería a un conjunto de dispositivos de raigambre estrictamente jurídica.

Este será el objetivo primordial de este libro: mostrar que este pa-

2 Cf. Thomas (1999); Kelsen (1995 [1945]).

radigma romántico sobre la costumbre no da cuenta, a pesar de que se lo aplique con notable frecuencia al medioevo, de las formulaciones jurídicas que en la Edad Media se elaboraron entorno del derecho consuetudinario.

Los rastros de esta mirada los veremos operar acabadamente en lo que designaremos como el “modelo de las dos edades de la costumbre”. Nos referimos a un extendido abordaje que considera dos momentos claramente diferenciados en la historia del derecho medieval. Una primera edad de la costumbre, caracterizada como la época de la primacía de un derecho oral y rústico arraigado en las prácticas regulares de la comunidad; derecho “que no precisaba aclaraciones o construcciones técnicas”³ dado que se encontraba ligado al orden práctico. Una segunda edad, a partir de la recuperación de los textos del corpus justiniano, cuando civilistas y canonistas iniciaron la tarea de aclimatación tratando de ajustar el texto del derecho romano a los postulados de una antropología cristiana medieval, en la que la costumbre se transformó en *jus*. Según la historiografía, la *consuetudo*, vocablo presente en el corpus recuperado y uno de los conceptos más trabajados por los juristas medievales, surgió renovada de este proceso: tratándose originalmente de un derecho en estado rústico devino derecho elegante y racional. Esta transformación operada a partir del siglo XII suele ser pensada o bien como tarea de domesticación del mundo vital y natural de la costumbre (Garré sostiene, por ejemplo, que conciliar esos dos mundos – el de una sociedad tradicional basada en la validez de hecho de sus usos heredados y el mundo de la racionalidad moderna que se expresaba en el estudio del derecho en las ciudades del norte de Italia- significó sacrificar mucho de la natural vitalidad del derecho⁴) o bien, como iluminación o racionalización de aquello que se encontraba en estado naturaleza confundido en los comportamientos humanos (para Grossi es iluminación desde lo alto de lo que se arrastraba por la tierra⁵).

En el ámbito peninsular este modelo posee, a pesar de las críticas, bastante vigencia para las áreas de referencia de esta investigación. Aún teniendo presente las diferencias que existen entre los reinos de Castilla y León, los historiadores suelen plantear que el derecho consuetudinario reinó en ambas regiones en el período que se extiende desde la caída de la ley visigoda hasta la recuperación del derecho romano a través del Código

3 Gacto Fernández (1979), 15.

4 Garré (2005).

5 Grossi (1996).

de Justiniano⁶. Durante los siglos altomedievales, la costumbre funcionaría como un derecho en estado práctico; la recuperación del derecho romano a fines del siglo XI inauguraría un segundo momento en el que la costumbre se juridizaría. Parecería como si hasta el momento de la recuperación del *Corpus Iuris* se hubiera vivido en una suerte de estado de naturaleza, en una etapa prejurídica semejante a la que los antropólogos describen cuando nos hablan de los hombres que habitan Polinesia o de otra sociedad a la que consideran primitiva, y en ese caso, la invención del derecho consuetudinario sería una suerte de traición o de racionalización de ese momento iusnaturalista.

Nuestra propuesta se aleja de este abordaje romántico al considerar al derecho consuetudinario un concepto nacido en el interior del discurso jurídico resultado de la tarea de interpretación sobre el corpus romano llevada a cabo por los juristas medievales. Si como ha sostenido Yan Thomas el discurso jurídico no da cuenta de las figuras de la experiencia inmediata sino que se trata de un discurso técnico que redefine y recalifica al mundo social por fuera de la inmediatez, esta nueva noción, *jus consuetudinarium*, no reflejaría de forma prístina una costumbre que se encontraba ya en estado práctico, sino que daría cuenta de un nuevo concepto que vendría a redefinir y recalificar al mundo⁷. Si la *consuetudo* es un constructo jurídico, es fundamental revisar entonces aquellos componentes que tradicionalmente definen al derecho consuetudinario: su carácter *non scriptum*, el tiempo, la *ratio* y la *voluntas populi* para analizarlos como dispositivos jurídicos desmarcándolos de un sentido común que suele decodificarlos en clave iusnaturalista.

Teniendo en cuenta estos puntos de partida el trabajo aspira a situarse en las fronteras de la historia del derecho y de la historia social. O, mejor dicho, intenta ubicarse en el *cruce* de la historia social y de la historia del derecho. Es frecuente que estas dos áreas no se vinculen, siendo “la costumbre” un tema en el que se puede ver muy claramente esta indiferencia: los especialistas en historia social siguen hablando de la costumbre como mentalidad campesina, mientras que los historiadores del derecho avanzan cada vez más en demostrar su carácter estrictamente jurídico. Nos proponemos entonces dar cuenta de una integración que se halla todavía pendiente. Es por esto que a lo largo de la investigación

6 Pérez-Prendes (1989).

7 Thomas (2002), 1425.

se cruzarán con frecuencia fuentes de la práctica jurídica, como fueros y sentencias de conflictos, con la documentación dogmática que sobre la costumbre abunda para el período.

El tramo cronológico elegido para llevar adelante la investigación (siglos XI-XV) permitirá explorar las continuidades y los cambios que se produjeron en las definiciones y utilizaciones del concepto de costumbre a partir de la influencia del *jus commune* en León y Castilla.

La historiografía ha demostrado que las primeras marcas de recepción del derecho común en los reinos del norte peninsular surgen en el primer tercio del siglo XII. Partir del siglo XI nos permitirá, por lo tanto, un acercamiento a los sentidos de los términos que usualmente se traducen por costumbre, tanto en fueros como en pleitos, en los momentos previos a la recepción romanista. Sentidos que, lejos de vincularse con un derecho germánico latente, guardan una filiación, sobre todo en León, con el uso de ciertos conceptos en la tradición del derecho visigótico. Fue a través del *Liber* que la tradición del derecho romano pervivió en la región en cuestión, lo que se evidencia, sobre todo en los fueros, en la utilización de términos como *mos*, *usus* y *consuetudines* que, como luego desarrollaremos, se encuentran entrañablemente unidos a la tradición romana. La investigación finaliza en el siglo XV, momento en el que ya se puede hablar de vigencia plena del Derecho Común en la Península.

Respecto de la localización espacial, nos centraremos en los reinos de León y Castilla por dos razones: en primer lugar, por tratarse de una zona que ha quedado rezagada respecto de los nuevos análisis que se plantean en torno del problema de la costumbre. Si bien buena parte de las investigaciones de la historiografía española durante las décadas de los '70 y '80 ha tomado como punto de análisis esta zona, los trabajos más recientes sobre el problema de la costumbre a la luz de las nuevas interpretaciones se han centrado sobre todo en Cataluña⁸. En segundo lugar, porque este escaso tratamiento no se condice con la importancia que el problema en cuestión presenta en esta zona. La temprana aparición del concepto y el uso más que frecuente en las alegaciones en los conflictos y en los fueros hace necesaria una revisión del problema de la costumbre en clave jurídica.

Como podrá verse el libro se encuentra dividido en dos partes delimitadas en función de dos grandes problemas que si bien pueden dis-

8 Iglesia Ferreirós (1978); Iglesia Ferreirós (ed. 1996).

tinguirse se vinculan estrechamente entre sí: por un lado, la historia del concepto costumbre; por otro lado, la revisión de la relación que la historiografía ha trazado entre costumbre y memoria.

La primera parte, “Tras las huellas de la costumbre”, abarca los tres capítulos iniciales y tiene por objetivo realizar una indagación histórica e historiográfica sobre el concepto, con el objetivo de mostrar tres momentos claves en la historia del vocablo: la significación romana de la *consuetudo*, el salto cualitativo que se dio en el medioevo con la invención del *jus consuetudinarium*, y por último, la transformación conceptual radical que adquirió la costumbre a partir de la configuración del paradigma romántico tanto en el derecho como en las ciencias sociales entre los siglos XVIII y XIX. Como advertirá el lector, la exploración no se encuentra organizada cronológicamente. El recorrido se inicia en el primer capítulo indagando las perspectivas de la historia del derecho que desde el siglo XIX reflexionaron sobre la costumbre para avanzar luego sobre otras disciplinas como la antropología y la historia social. El segundo capítulo se adentra ya en el período medieval con el objetivo de hacer una breve historia del vocablo en los reinos de Castilla y León, a partir del análisis de la documentación foral que permite mostrar la importancia del derecho romano y del trabajo de los juristas medievales para la invención del concepto *jus consuetudinarium*. El tercer capítulo vuelve hacia atrás en el tiempo, al mundo romano, con el propósito de resaltar la novedad radical del concepto *jus consuetudinarium* elaborado por romanistas y canonistas a partir del siglo XII respecto de la tradición clásica.

La segunda parte desarrolla otro eje fundamental del libro: la relación entre costumbre y memoria. Es frecuente que la presencia en la documentación de referencias a la costumbre se interprete en clave de “recuerdo de la comunidad”, “expresión de la memoria de los campesinos”, e incluso como una “mentalidad tradicionalista basada en la transmisión de recuerdos de generación en generación”. Efectivamente, varios elementos que suelen definir a la costumbre entroncan para la historiografía tradicional con el problema de la memoria: el tiempo, la tierra, la oralidad, aparecen unidas en la documentación medieval, tanto en conflictos como en fueros, y ese vínculo es leído desde una perspectiva romántica. El tiempo siempre se ve asociado a la memoria, que desde una perspectiva romántica o iusnaturalista se encuentra arraigada en la tierra y expresada en su carácter oral. A raíz de todo esto, en esta parte revisaremos la rela-

ción que la costumbre guarda con cuatro elementos que parecen caracterizarla –sus vínculos con la tierra, con el tiempo, con la oralidad y con el *populus*- y que desde una interpretación romántica permiten vincular la costumbre con la memoria. En función de nuestro propósito, esta parte se encuentra dividida en cuatro capítulos. El capítulo cuarto, “¿Recuerdo o memoria legal?: el tiempo de la costumbre”, ahondará en la dimensión jurídica del argumento temporal presente en la documentación sobre pleitos de la Baja Edad Media. El capítulo quinto, “La invención de la tradición: la territorialización de la *consuetudo*”, propone una lectura del afincamiento de la costumbre en la tierra por fuera de la matriz “fetichista”, resaltando la relación de este proceso con otro fundamental para la historia de Occidente que es la formación de la comunidad de habitantes y la espacialización de las relaciones sociales. El capítulo sexto, “Dar memoria: la escritura de la norma y la costumbre”, se centra en el problema de la oralidad de la costumbre. Por último, el capítulo séptimo, “La costumbre, *vox populi*”, gira en torno de la discusión de la matriz populista de las interpretaciones que han hecho de la costumbre la expresión más acabada de un derecho popular.

Parte I

TRAS LAS HUELLAS DE LA COSTUMBRE

Capítulo 1

LA HISTORIA MODERNA DE UN CONCEPTO

Nuestra producción se llama artesanía, y la de ustedes es industria. Nuestra música es folclore y la de ustedes es arte. Nuestras normas son costumbres y las de ustedes son derecho.

Oscar Correas (1994)

Como ha dicho el historiador del derecho Iglesia Ferreirós existen muchos “falsos amigos”, pero uno de los más tramposos es el término *costumbre*¹: ahora mismo yo enuncio “costumbre” y todos creemos que no es necesario aclarar su significado. Se trata de un término de nuestro lenguaje cotidiano y eso genera demasiados equívocos. Sin embargo, esa afinidad inicial se esfuma cuando abordamos una investigación de tipo historiográfico y constatamos la cantidad de prejuicios que subyacen en las definiciones de la *costumbre*; y se desvanece aún más cuando nos adentramos en el análisis de los documentos medievales, y comprobamos que *consuetudo* ha sido un concepto polivalente. Intentaremos en este capítulo realizar un recorrido sobre las distintas formas de abordaje de la *costumbre*, para revisarlas y proponer alguna otra forma de tratamiento del tema, basada, para el bienestar del debate historiográfico, en nuevos prejuicios.

I. LA COSTUMBRE Y LA ILUSIÓN IUSNATURALISTA

1. *La Escuela Histórica y sus efectos*

El problema de la *costumbre* es uno de los temas más emblemáticos de la historia del derecho. Durante el siglo XIX se convirtió de la mano del romanticismo en una de las problemáticas que con mayor entusiasmo

1 Iglesia Ferreirós (1996a), 185.

discutían los historiadores del derecho preocupados por el avance de las codificaciones, señal clara de la consolidación de los Estado Nacionales. En Alemania frente a los primeros intentos de elaborar un Código Civil, en el marco del movimiento codificador que recorría Europa como consecuencia de la promulgación del Código napoleónico, Savigny –fundador de la Escuela Histórica del Derecho- lanzó su conocido panfleto *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho* en donde criticaba la prematura elaboración de este código. Señalaba la idea de que el Derecho no nacía “de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal supremo”², sino que, en realidad, “la sede propia del Derecho es la conciencia común del pueblo..., es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo”, y, por tanto, “en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador”³, es recién cuando la regla está solidamente asentada que el legislador debe promulgarla⁴. Esta concepción si se quiere espontánea del derecho hacía cuerpo con la idea, también presente en la pandectística, de que el derecho romano debía entenderse como una jurisprudencia homogénea, como trabajo de un “sujeto meta-individual”⁵, como texto sin marca de la intervención de una voluntad singular⁶. Ajeno a las decisiones individuales, el derecho romano se presentaba a los ojos

2 Savigny (1970), 53.

3 Savigny (1970), 56-58.

4 Ciertos intelectuales alemanes ligados a ideas liberales consideraban que la elaboración de un código general que unificara el derecho limitando el poder de otras fuentes “era un momento necesario y al mismo tiempo simbólico de la deseada unidad política. Savigny había vislumbrado en cambio una ilusión iusnaturalista, alimentada por el sueño revolucionario de una nueva era, por la confianza mal ocultada en el modelo francés, o también por la ingenua persuasión de que la felicidad de los pueblos es el don de déspotas (más o menos) ilustrados”, consideraba que la acción de compilar el derecho vigente sería dañina e inútil: “Dañina en una época en la que no haya alcanzado un alto nivel de cultura jurídica; inútil en una época en la que por haberla alcanzado no tiene por sí misma necesidad de un código” (Bretonne [1999], 69-70).

5 Thomas (1999), 270.

6 Thomas (1999), 269, señala acertadamente que esta idea traduce bastante bien cierta imagen que se hacían los romanos de ellos mismos: “Es verdad que los romanos mismos, veían en su jurisprudencia la obra de una sujeto transindividual, del cual ningún jurista era separable, y que hacía cuerpo con la ciudad: la ideología sapiencial y antilegalista que domina la cultura alemana en el curso del siglo XIX se apropiará de esta referencia –ya muy fuertemente idealizada- como de un modelo absoluto”.

de la Escuela Histórica como un organismo vivo, como un ser no creado que se desarrollaba bajo el impulso de su propia vida. Estas metáforas savignanas caracterizaron el tono de la romanística alemana, como se puede ver en W. Kunkel, cuando plantea que “el derecho romano es el resultado de un *desarrollo natural* que fue raramente perturbado por un plan racional”⁷. Para Savigny los conceptos jurídicos tenían toda la naturalidad de los objetos bien reales. Lejos de ser el fruto de especulaciones abstractas, de una voluntad individual, habían sido impuestos a los juriconsultos en un proceso de larga frecuentación de la vida y se les habían manifestado “bajo una trama genética”⁸. Para la pandectística el derecho, como todas las demás creaciones del espíritu del hombre, el arte, la ciencia, especialmente el lenguaje, brotaba de la exteriorización inmediata, y, en parte inconsciente, del espíritu del pueblo apareciendo en forma de costumbre para fijarse luego en la ley. En el *Sistema del Derecho romano actual* (1840-48), Savigny señalaba que el Derecho positivo vivía en la conciencia común del pueblo y que, por tanto, todo Derecho debería poder ser llamado también “Derecho popular”⁹. Este derecho popular se manifestaba de forma inmediata a través de la costumbre y de forma mediata a través de la ley¹⁰. La costumbre era de este modo no un hecho creador de

7 Kunkel (1966), 77.

8 Thomas (1999), 271.

9 Savigny (1839).

10 Es interesante prestar atención a la pirieta que tiene que hacer Savigny para lograr darle un lugar privilegiado a la costumbre en el derecho romano ya que para la Escuela Histórica la costumbre era el más científico de todos los derechos. Una famosa ley del emperador Constantino (C. 8, 53, 2) planteaba que si bien la antigüedad de la costumbre era un elemento significativo en su definición no era suficiente para vencer a la razón y a la ley (“*Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*”). Savigny se enfrenta aquí con un problema: sus investigaciones habían apuntado a demostrar, por un lado, la autoridad del derecho romano como fundamento del orden profano, y, por otro, el papel clave de la costumbre en tanto expresión del derecho de un pueblo. Esta ley imperial, según la cual la costumbre no debía ser válida más que como complemento de la ley, parecía contradecir el papel que Savigny le asignaba a la costumbre en relación con el derecho en general. En un intento por resolver esta contradicción, en el apéndice del Suplemento II del tomo I del *Sistema del derecho romano actual*, le asigna a esta cita una significación distinta de la tradicional. El contenido de este pasaje, dice Savigny, plantea la relación que debe establecerse entre una costumbre local y el Estado: las costumbres locales pierden validez al entrar en conflicto con el interés del Estado. No toda ley posee más validez que la cos-

derecho sino solamente un modo de prueba de la existencia del mismo¹¹. Savigny readaptando la idea de “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*), presente en el pensamiento de la época¹², a la esfera del derecho y vinculándolo a la costumbre selló, en ese momento, una relación inédita entre pueblo y costumbre que marcará definitivamente, como veremos, los estudios sobre esta última¹³. Pero esta novedad tenía sus antecedentes, se nutría de la influencia de las ideas del romanticismo alemán que desde el siglo XVIII venía por distintos caminos discutiendo la idea del pueblo como organismo histórico vivo. Desde la filosofía y desde el derecho se vislumbraba una crítica al racionalismo y a las teorías contractualistas de la Ilustración resaltando la importancia de la experiencia vital y de lo colectivo espon-

tumbre, solo las leyes absolutas, las más importantes de las leyes imperiales como las de Constantino. Como dice Hattenhauer (2004), 117, en una época de nacimiento del Estado Nación, Savigny en su defensa de la costumbre apelaba a la razón de Estado.

11 Troper (1986), 11-37, siguiendo a Puchta (1828-37).

12 Los biógrafos y analistas de Savigny coinciden en señalar que no fue él quien creó la idea de *Volksgeist* sino que tomó un concepto que estaba en boga en el ideario de la época readaptándolo para pensar el origen y la naturaleza del derecho. En este sentido, Kantorowicz (1970a), 400, ha señalado que las afirmaciones de Savigny en torno del *espíritu del pueblo* se basan en gran parte en lo que habían enseñado los románticos y sus grandes precursores como Montesquieu, Burke y Herder: “A Savigny le corresponde sólo la originalidad de su formulación exagerada en un sentido hiperromántico”. Otros investigadores, como Nörr (1994), desestiman la influencia de Montesquieu para señalar la herencia intelectual de Herder en la obra de Savigny. Más allá de estos debates puntuales lo que es relevante señalar es que la idea de *espíritu del pueblo* como reservorio de la cultura, derecho y tradiciones de una Nación estuvo presente en el espíritu de una época en la que una de las preocupaciones centrales era encontrar una legitimación para los recién nacidos Estados Nacionales.

13 Vale la pena señalar aquí el marco político general en el que esta idea del *Volksgeist* prospera. Mientras que a fines del siglo XVIII, Gran Bretaña, Francia y España se estaban configurando ya como Estados Nacionales, Alemania no va a poseer un Estado unificado hasta 1871. Cf. Contreras (2001), 161: “Este retraso histórico en lo que se refiere a la cristalización política de la unidad nacional constituye la gran anomalía germana, la peculiaridad que va a imprimir al nacionalismo alemán unos rasgos muy especiales (los historiadores de la República Federal suelen hablar del *Sonderweg*, el «camino atípico» de Alemania hacia la identidad nacional). Fragmentada políticamente en una miríada de Estados de diversos tamaños (esto es, privada de la posibilidad de desarrollarse como *Staatsnation*), Alemania tendrá que inventarse a sí misma como *Kulturnation*: a falta de vínculos políticos, habrá que fundar la identidad nacional sobre las afinidades culturales”. Para más información sobre esta cuestión ver también Giesen (1993).

táneo en la historia y la cultura. Tanto Herder a fines del siglo XVIII planteando que el derecho debía dar cuenta de la espontaneidad colectiva del pueblo, como Gustav Hugo a principios del siglo XIX proponiendo que sería absurdo encerrar al derecho en leyes ya que su forma genuina era más bien el derecho consuetudinario, influyeron profundamente en Savigny y en Puchta, su discípulo, y en la elaboración de su teoría de la costumbre como derecho popular¹⁴.

Precisamente en este último, co-fundador de la Escuela Histórica, esta relación entre costumbre y pueblo se ve afianzada a partir de su obra dedicada al estudio de la costumbre publicada entre 1828 y 1837¹⁵ en donde comienza a vislumbrarse la oposición entre derecho romano y derecho medieval. En una actitud sin duda romántica y nacionalista vincula al derecho alemán de su época con el derecho medieval, basado en la costumbre, oponiéndolo al derecho romano, fundado en la ley. Las dos escuelas que comenzaban a perfilarse, romanistas y medievalistas (o germanistas) terminarán por dividirse el terreno: los primeros se centrarían en el estudio de los textos antiguos en tanto dogmática abstracta; los germanistas en las costumbres más o menos populares del Medioevo¹⁶. Estos últimos, más pegados al espíritu del pueblo y más propensos a criticar las leyes positivas cuando se desvían demasiado, desarrollarán precisamente la idea de que ese derecho germánico que había cuajado durante la edad media oponiéndose al derecho romano, tenía como característica fundamental estar anclado en la costumbre, en el pueblo. Uno de sus más importantes exponentes Heinrich Brunner escribía en 1887 que el derecho germánico se caracterizaba por la inmanencia respecto al pueblo que lo producía, su falta de cohesión, transmisión oral y, como consecuencia de todo lo anterior, su constante vocación de cambio¹⁷. A diferencia del dere-

14 Wieacker (1957), 332 y ss.

15 Puchta (1828-37).

16 Conte (2010), 54-55.

17 Puede verse con claridad en Brunner (1936 [1887]), 1, la identidad trazada entre pueblo alemán y sociedad medieval: “El derecho romano toma nombre de una ciudad que en el curso de los siglos se ha erigido como el Estado Universal de la Antigüedad. El Derecho *alemán* da nombre todo un pueblo que ha carecido siempre de una cohesión rígida, incluso en el tiempo que encontró unidad jurídica estatal en el marco del Sacro Romano Imperio. Ello implica, desde luego, un profundo contraste en la historia de ambos derechos. En Alemania mira a los supuestos previos de la formación del derecho romano, concluida en forma artística y homogénea. El desarrollo del derecho alemán carece de un

cho romano rígido y estático el derecho germánico “nacía del impulso de la misma vida y no era por tanto degeneración ni corrupción sino la vida misma del derecho, que superando una legalidad rígida y firme se expresaba en forma espontánea, más flexible y en consonancia con las nuevas sociedades”¹⁸.

2. Los efectos en la historiografía hispánica

Rápidamente los lineamientos de la Escuela Histórica influyeron en los historiadores del derecho y juristas de la Península Ibérica. El enfrentamiento que se produjo contra la codificación es una primera marca de ello. Hacia fines del siglo XIX el jurisconsulto, político e historiador Joaquín Costa, se opuso a la elaboración del Código Civil español por ahogar el derecho consuetudinario de las provincias y de los pueblos, reservorio auténtico de un derecho popular nacional¹⁹. En el imaginario de Costa este proceso evidenciaba un drama histórico interminable que enfrentaba en un combate desigual a dos protagonistas singulares como sujetos constructores de Derecho, por un lado, los ganadores, los *legisladores liberales* colocados del lado de la ley oficial; por el otro, “*el pueblo* al que se quería reducir a un *tú*, como súbdito sojuzgado e impotente, invirtiendo así la relación real de *la soberanía y el derecho positivo*”²⁰. Derecho consuetudinario y pueblo se fundían en este pensamiento dando lugar a la dicotomía costumbre/ley. La primera del lado del pueblo, auténtica, verdadero motor de la historia y del derecho; la segunda, herramienta de

punto de cristalización como el encontrado por el Derecho romano en la *urbs*. Está abandonado por completo a sus fuerzas”.

18 Brunner (1936 [1887]), 15 ss.

19 El despliegue de estas ideas está presente en Costa (1981). En el primer tomo puede verse con claridad la concepción de Costa sobre el derecho consuetudinario expuesta de forma teórica en la introducción y puesta en práctica en su estudio sobre el Alto Aragón. El tomo II recoge no sólo trabajos de Costa sino también un conjunto de estudios con la misma tónica llevados adelante por Rafael Altamira, Miguel Unamuno, Victorino Santamaría, entre los más significativos. Los artículos que se compilan en este segundo volumen aparecieron por primera vez publicados como tirada aparte de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en la sección especial de Derecho Consuetudinario, entre los años 1896 y 1898. Respecto de la influencia de la Escuela Histórica en Joaquín Costa, ver Fernández Clemente (2000), 198.

20 Ortí y Gómez Benito (2006), 414.

una elite, distorsiva del verdadero derecho. Este enfrentamiento entre derecho consuetudinario y derecho legal calará muy profundo y será el axioma a partir del cual la historiografía española de fines del siglo XIX y comienzos del XX mayoritariamente interprete el problema del derecho consuetudinario en la Edad Media.

De la historiografía alemana se tomará otro condimento que completará la caracterización del medioevo consuetudinario, el derecho germánico. Temáticas claves serán a partir de este momento, la relación entre costumbre y derecho germánico, la confrontación de este derecho con el derecho romano recuperado y la predominancia de la costumbre como fuente de derecho durante la Alta Edad Media. Respecto de la cuestión del *derecho germánico en el Península*, historiadores muy importantes para la tradición española de estudios jurídicos, como Hinojosa²¹, García de Valdeavellano²², Ficker, entre otros, retomaron las exposiciones clásicas del germanismo elaboradas por Schroeder y Heinrich Brunner y las aplicaron a la Alta Edad Media española. Consideraron a partir de estas, que el derecho medieval español derivaba de un derecho germánico con el que compartía gran cantidad de prácticas, tales como: el derecho de familia, la situación de la barragana, la condición de los hijos ilegítimos, el cómputo de los grados de parentesco, el alcance de la venganza de sangre, la responsabilidad familiar y vecinal, la prenda extrajudicial, el juramento expurgatorio, etc., prácticas que fueron estudiadas por Ficker²³ e Hinojosa²⁴ resaltando el íntimo parentesco que encerraban con los derechos germánicos del Norte de Europa. Este derecho germánico era básicamente

21 Podríamos considerar, como lo hace Tomás y Valiente (1978), 431-467, que fue Hinojosa quien puso en contacto a la historiografía jurídica española con los temas y métodos imperantes en Alemania. El medievalismo de Hinojosa, su modo histórico –si bien recostado en la variante genética– de entender el derecho ejerció una especial influencia en España. Vinculados a Hinojosa de diferentes maneras estuvieron Díez Canseco (1860-1930), Ureña (1852-1930), Altamira (1866-1951), Sánchez Albornoz (1893-1984), Galo Sánchez (1892-1969). De este grupo surgió en 1924 el *Anuario de Historia del Derecho Español*, publicación nodal para la historia del derecho hispánico.

22 García de Valdeavellano (1952), 34-35.

23 Ficker (1928).

24 Su trabajo sobre el elemento germánico en el derecho español, presentado en 1908 en la Conferencia de Berlín, ha sido fundamento y guía para los estudios sobre derecho centrados en la Edad Media, integrados a partir de ese momento en el conjunto de la historia de los Derechos europeos.

consuetudinario. Planteaban, más allá de los matices presentes en cada autor, por un lado, que la población goda al llegar a la Península poseía un derecho propio consuetudinario y de carácter germánico que había pervivido durante el Reino Visigodo rigiendo a los godos mientras la población romana seguía gobernándose mediante un derecho de impronta romana. Esta tesis conocida como la tesis de la personalidad del derecho²⁵, que proponía la existencia durante este período de una dualidad de ordenamientos jurídicos, fue eje de uno de los más densos debates en la historiografía española²⁶. Por otro lado, y en relación con lo anterior, estimaban que este derecho consuetudinario de origen germánico gótico-suevo había permanecido en estado de latencia en la corte visigoda y que luego de la invasión musulmana del siglo VIII, con la caída en desuso de las codificaciones, habría emergido influyendo claramente en las tradiciones jurídicas de los reinos de León, Castilla, Portugal²⁷. En la *impasse* entre la ley visigoda y el derecho romano entonces, emergería, según esta tradición, la costumbre deudora de un derecho antiguo de raíz popular, el derecho germánico.

Como es sabido, muchas han sido las objeciones que la tesis germanista recibió, por parte de los historiadores denominados romanistas. Sintéticamente podemos señalar: en primer lugar *una objeción a la idea de personalidad del derecho visigodo*. El reconocido historiador romanista García Gallo fue el primero en 1941 en plantear críticas a esta tesis²⁸: no hay argumentos sólidos, decía, que permitan afirmar esta dualidad de ordenamientos jurídicos; por el contrario, hay que pensar en el reemplazo de un código por otro, en la idea de una *territorialidad* del derecho²⁹.

25 La tesis de la personalidad del derecho germánico si bien no referida a los visigodos ya estaba presente en la obra de Savigny (1854). Luego será retomada y aplicada a este pueblo por Dahn (1871); Brunner (1936 [1887]); Hinojosa (1887); de Ureña y Smenjaud (1905); Zeumer (1944). Planteo recogido posteriormente por la manualística española, por ejemplo: Minguijón (1933); Torres López (1936); Sánchez (1946).

26 de Ureña y Smenjaud (1905), 172: “Al establecerse en las provincias del Imperio, los germanos toleraron que los antiguos habitantes siguieran rigiéndose por las leyes romanas, que subsistieron por tanto al lado del derecho germánico por el que se gobernaba el pueblo dominador”.

27 Hinojosa (1887), 10-11.

28 García Gallo (1941).

29 García Gallo (1941), 193: “Las fórmulas de promulgación y su mismo contenido indican con mucha frecuencia que la ley ha de regir a los dos pueblos. Además, como

Posteriormente otros trabajos se sumaron a esta perspectiva completando o profundizando lo ya dicho, entre ellos A. D'Ors³⁰ y Sánchez Albornoz³¹, y más recientes J. Alvarado Planas³², C. Petit³³, E. Cortese³⁴ y E. Conte³⁵. Para este último la tesis de la personalidad del derecho cara a los germanistas del XIX permitía confirmar la naturaleza profundamente popular y étnica del derecho medieval³⁶. La coexistencia entre los pueblos germánicos y las poblaciones romanas en los reinos romano-germánicos había hecho emerger la necesidad de salvaguardar sus *Volksrechte* respectivos a través del principio de personalidad del derecho.

En segundo lugar, una *crítica a la idea misma de derecho germánico*. Para García Gallo el derecho germánico como construcción doctrinal no tuvo vigencia en ningún momento histórico ni en ningún territorio concreto, sino que fue “una abstracción teórica de laboratorio elaborada por los estudiosos contemporáneos sobre principios extraídos de los diferentes derechos de los distintos pueblos de raza germánica”³⁷. Trabajos más recientes señalan los límites que incluso tiene el calificativo de germánicos. Los historiadores abocados al estudio de lo que se denomina en la actualidad los procesos de etnogénesis de los pueblos que migraron y se asentaron en los márgenes del Imperio Romano, plantean que la noción misma de pueblo o raza germánica es inapropiada. No hay nada en la identidad propia de estos grupos que nos permita unificarlos bajo la idea de germánicos, afirma hoy la historiografía. Los vemos como una unidad por el efecto de dos interpretaciones: por un lado, debido a las descripciones y al trabajo de aculturación romana³⁸; por otro lado, por las elabora-

probaremos, los distintos Códigos de Eurico, Alarico y Leovigildo han regido como códigos únicos, derogando la ley anterior”.

30 D'Ors (1943).

31 Sánchez-Albornoz (1976).

32 Alvarado Planas (1997).

33 Petit (2001).

34 Cortese (1995).

35 Conte (2002).

36 Conte (2002), 1596: “La double législation des royaumes wisigoth et burgonde, entre le V^e et le VI^e siècle, fut utilisée pour confirmer la thèse germaniste de la ethnicité des systèmes normatifs, bien que l'on ne dispose pas de sources pour témoigner de l'application d'un tel principe avant l'époque carolingienne”.

37 García Gallo (1941), 37.

38 En un libro reciente, Morsel (2007b), 27, señala lo importante que es tener

ciones de la filología alemana del XIX³⁹. Refutada la idea misma de pueblo germánico, queda impugnada la existencia de un derecho específico de ese pueblo.

Señalemos por último la crítica a la *relación trazada por los germanistas entre derecho germánico y costumbre*. Carlos Petit que ha analizado la recurrencia de los términos *mos* y *consuetudo* en las leyes visigodas advierte que dichas palabras, lejos de hacer referencia a un “derecho germánico” latente, la mayor parte de las veces remiten a una práctica ro-

en cuenta, a la hora de realizar una descripción de las características de los pueblos germánicos, que “las fuentes narrativas, arqueológicas y jurídicas que atañen a esta cuestión, son poco numerosas o tardías, no siempre claras, cuando no contradictorias, y escritas desde el punto de vista romano”. Un buen ejemplo de esto sería la caracterización que los autores romanos, Tácito, Amiano Marcelino, entre otros, han hecho de la estructura social de los germanos. Según éstos, los germanos se encontraban gobernados por un rey, o varios reyes con poder local, junto a los cuales actuaban los parientes próximos del rey, a la cabeza de sus propias tropas. Por debajo de esta *nobilitas*, como la denominaban los romanos, se encontraba una vasta elite aristocrática, los “grandes”, dotados también de tropas armadas que combatían bajo sus ordenes. Más abajo estaban los hombres libres que no pertenecían a la aristocracia. Ahora bien, esta caracterización, según Morsel, hablaría más de las formas de representación romana de la estructura social de un pueblo que de las características propias de los germanos. “En efecto, dice Morsel (2008b), 29, del mismo modo que en América del Norte a partir del siglo XVII (y sobre todo el XIX), los colonizadores de origen europeo provocaron la aparición de jefes en el seno de las tribus dirigidas inicialmente de manera colegial (y sin distinción neta entre poder político y religioso), porque los europeos, razonando a partir de su experiencia social, no concebían que no pudiese haber un representante único con el que tratar, resulta perfectamente aceptable que la designación de ciertos aristócratas germanos como *reges*... constituya el símbolo de un proceso exógeno semejante de diferenciación social. Así, los romanos no sólo habrían aplicado su terminología social (*rex*, *nobilitas*) sobre estructuras sociales sin relación con ella... sino que al reconocer poderes particulares a determinados aristócratas..., habrían contribuido a reforzar o consolidar su poder”.

39 F. Graus, *Volk, Herrscher und Heiliger im Reich der Merowinger*, 1965, Praga, 23-24 (citado por Goffart [2003], 68): “El concepto de «germánico» es completamente vago y deriva de una construcción conceptual puramente académica [de la filología germánica, una ciencia moderna]. A quienquiera que coteje las fuentes de las áreas germánicas particulares -ya sean cartas, crónicas, inscripciones, obras de harte, hallazgos arqueológicos, etc.- forzosamente habrá de impresionarle la gran variedad y la multiplicidad de diferencias que impiden hablar de «germanidad» en aquella época... Por desgracia, el espectro de la «germanidad» todavía sigue rondando por las cabezas de estudiosos y demagogos político –fuera de las cuales jamás ha existido”.

mana. Para Petit, las explicaciones germanistas de los derechos hispánicos carecen de bases y fundamentos sólidos, al menos en sus presupuestos visigodos. Por lo tanto, la aparición de los términos *consuetudo* y *mos* en la legislación no necesariamente habla de la supervivencia de un derecho tradicional gótico que se desconoce. Puede, por el contrario, hablar de supervivencias de prácticas en zonas altamente romanizadas. En su rastreo de estos vocablos encuentra que en ningún caso la referencia a la costumbre se explica por una continuidad germánica, sino que, es la tradición romana tardía la base más probable de esas costumbres⁴⁰.

En términos generales estas son las observaciones que la tesis germanista ha recibido. Ahora bien, más allá de las discusiones específicas

40 Analizando las leyes del código visigótico, Petit (1990) encuentra la presencia de términos que en las fuentes jurídicas tardoantiguas y altomedievales sirven para designar la costumbre, a saber, *consuetudo*, *mos*, *usus* y *ritus*. Los dos últimos términos *usus* y *ritus* el autor los elimina del análisis porque la mayoría de las apariciones se registran en las leyes antijudaicas del libro 12 y refieren uniformemente a “práctica religiosa”. A la misma conclusión lleva la lectura de gran parte de las leyes que utilizan las expresiones *mos* y *consuetudo*. Ambos vocablos encuentran un uso elevado también en el libro 12 del código, es decir en las legislaciones en torno de cuestiones de fe y religión, y, se refieren a creencias y comportamientos religiosos. En otras leyes aparece *consuetudo* como sinónimo de habitualidad como por ejemplo la ley que hace referencia al ejercicio de la prostitución. Por su parte, *mores* que Recesvinto menciona en L.V 3, 1, 4 puede traducirse como buenas costumbres sentido que no tiene nada de técnico-jurídico. Las leyes en las que entonces *consuetudo* y *mos* parecen tener un sentido técnico se reducen mucho: a 4 en el caso de *consuetudo* y a 3 en el caso de *mos*. En el primer caso, la *antiqua* 3, 4, 2 que pertenece al título *adulteriis*, refiere a la celebración del contrato esponsalicio ante testigos en cuya presencia se otorgaba el “*placitum de futuro coniugio... Sicut consuetudo est*”. Para Petit, esta referencia tiene una filiación clara con la práctica romana de redacción de contrato de esponsales: “En mi opinión, dice Petit (1990), 99, ningún primitivismo germánico, ninguna manifestación de costumbres antiguas de tal naturaleza se encuentra, según se ha visto, tras la tímida alusión a la costumbre en materia de esponsales”. A la misma conclusión llega examinando otras leyes que deslizan el término *consuetudo* destinadas a establecer la cuantía del beneficio económico a que tiene derecho previo acuerdo o sin él, el dueño de un bosque por el pastoreo en su *sors* de una piara de cerdos ajena (L.V 8, 5, 1 *antiqua*/L.V 10, 1, 19 Recesvinto). La renta a percibir por estas leyes *sicut est consuetudo* quedaba establecida en la décima/vigésima parte de la piara. La renta decimal aquí establecida señala Petit, también tiene un origen romano. La cuarta referencia a *consuetudo* (L. V 9, 2, 6) es desestimada por Petit por no remitir a un uso jurídicamente relevante. En el segundo caso, es decir, en relación con la emergencia de derecho consuetudinario indicada mediante el término *mos* la mayoría de las referencias no remiten a un sentido técnico de *mos*.

que enfrentan a germanistas y romanistas, ambos coinciden en sostener que la costumbre reinó en la Península Ibérica durante el período que se extendió desde la caída de la ley visigoda hasta la recuperación del derecho romano. Esta es otra de las temáticas recurrentes en la historiografía institucionalista⁴¹ hispana que va de la mano de una hipótesis, sostenida hasta hace algunas décadas -clara heredera de la oposición trazada en el siglo XIX entre costumbre y ley- que supone la confrontación del derecho consuetudinario con el derecho romano recuperado. La caída de la monarquía visigoda y el vacío legal consecuente, supuso la reinstalación del reino de la costumbre, de naturaleza germánica según los germanistas, pre-romana para los romanistas. No habiendo un derecho formulado por escrito, la costumbre, señalan, funcionaba como el deber ser de la comunidad, hasta que en el siglo XII el derecho romano recuperado comenzó a competir con el auténtico ordenamiento de los hombres, la costumbre. La redacción de las costumbres locales a partir de los siglos XII y XIII es vista, entonces como una forma de resistir el avance de un derecho extranjero como el romano. Dice García Gallo, por ejemplo, “en todas partes, el pueblo se resistió a la recepción del derecho común y al empeño de los juristas de aplicarlo en toda ocasión”⁴². En este sentido, las costumbres representarían la *vox populi*⁴³ frente a la voz culta. Es notable en estas afirmaciones la impronta que ha dejado la concepción romántica de la costumbre de principios de siglo. En este enfrentamiento entre, un derecho popular, consuetudinario, y un derecho sabio y ajeno, el derecho romano, se vislumbra la huella del planteo que para principios de siglo XX hacía Joaquín Costa contra el Código Civil. Si en el pensamiento de éste la costumbre en tanto “voluntad general”, “razón no escrita del pueblo”, debía enfrentarse a la enajenación producto de la imposición de un derecho ajeno encarnado en la codificación; de la misma manera en el medioevo

41 El trabajo de estos investigadores se ha centrado principalmente en el estudio de la norma en sí misma desde la perspectiva institucional, y teniendo como presupuesto que la realidad existe por sobre el derecho y que éste se limita a regularla y moldearla. Para el institucionalismo normativo, “el elemento más importante que define a una institución es el conjunto de valores en función de los cuales se forman las decisiones y los comportamiento de sus miembros” (Goodin, Klingemann [2001], 308). Sus autores destacan la importancia de las normas y valores para definir el cómo debían funcionar y cómo funcionarían las instituciones.

42 García Gallo (1956), 408.

43 Gouron (1997), 200.

la costumbre tuvo que afrontar la desnaturalización que implicó el avance del derecho común.

3. *La Edad Media y la utopía del iusnaturalismo*

“Se afirma algunas veces que la costumbre no es un hecho constitutivo, es decir creador del derecho, sino que tiene solamente una índole declarativa, en cuanto se limita a indicar la preexistencia de una regla de derecho. Esta regla de derecho es, de acuerdo con la doctrina del derecho natural una norma creada por Dios o por la naturaleza; de acuerdo con la Escuela Histórica Alemana (a partir del XIX) es creado por el «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*)... Lo mismo la teoría alemana del *Volksgeist* que la francesa de la solidaridad social⁴⁴, son variantes típicas de la doctrina del derecho natural, con su característico dualismo, de un derecho «verdadero» detrás del positivo”⁴⁵.

Haciendo de la costumbre el verdadero derecho, en tanto derecho natural del pueblo, la Escuela Histórica como señala Kelsen, a pesar de la crítica explícita de Savigny a las doctrinas iusnaturalistas, debe ser pensada como una variante de las mismas: la costumbre expresa de forma inmediata un derecho de raíz popular, que a posteriori el legislador formula y lleva a su máxima expresión jurídica. Para que se trate de un “derecho verdadero” es necesario que se respete esta secuencia en la que al jurista solo le cabe develar y pulir un derecho de matriz popular preexistente. En definitiva el verdadero derecho viviría allí donde, o bien el derecho positivo respetara a rajatablas a la costumbre, o bien, en un momento en el cual la costumbre se desplegase en estado rústico, digamos de naturaleza, como voz de lo real.

La Edad Media, sobre todo la Alta Edad Media, se presenta para el iusnaturalismo como escenario ideal para el despliegue de esta utopía. Grossi, uno de los más prestigiosos historiadores contemporáneos del *jus commune*, es el ejemplo más acabado de este ejercicio:

“He aquí cómo debemos observar al derecho medieval: como una gran experiencia jurídica que alimenta en su seno una infinidad de ordenamientos, donde el Derecho -antes de ser norma y mandato- es orden, orden de lo social, motor espontáneo, lo que nace de abajo, de una sociedad que se autotutela ante la litigiosidad de la incandescencia cotidiana”⁴⁶.

44 Se trata básicamente de una crítica a Duguit (1901) y su escuela, para quienes el verdadero “derecho objetivo” estaba implícito en la solidaridad social.

45 Kelsen (1995 [1945]), 150.

46 Grossi (1996), 54.

En este marco la costumbre será para Grossi el hecho primordial del que nace el derecho:

“La costumbre es, de hecho, la «más objetiva» de las fuentes; nace desde abajo y es la voz misma de las cosas... Los operarios protomedievales identificaban y evaluaban un mensaje escrito en las cosas, que parecía emerger de la misma naturaleza... La costumbre se presentaba y afloraba con precisión ante su atenta sensibilidad, como *altera natura*”⁴⁷.

Sin embargo, ese estado de naturaleza se altera a partir del siglo XI. Grossi plantea, al igual que otros medievalistas, que existen dos momentos de la costumbre en este período: una primera etapa altomedieval en donde esta es efectivamente voz de lo real, y una segunda etapa asociada a la recepción romanista momento a partir del cual la costumbre se convierte en *jus*. Ahora bien, ¿cómo se daría el paso de una situación a otra? La respuesta más inmediata a partir del razonamiento de Grossi es que no hay salto sino desarrollo, el *jus consuetudinarium* es fruto de la larga duración. Sin embargo, también es necesario un taller sapiencial para pulir la *consuetudo*. Los juristas en el siglo XII le harán un lugar dentro del *jus* al “rico tejido consuetudinario que se había expresado en la época altomedieval”, transformándose, incluso en el medioevo sapiencial, en uno de los arcaes sustentadores del orden jurídico. El trabajo de los glosadores y comentaristas medievales consistirá en darle a la costumbre “una valoración plena en el plano de las fuentes y una sistematización teórica perfeccionada, y estará disponible para hacer propias las invenciones acuñadas por la praxis y consolidadas por el uso formalizándolas y robusteciéndolas con arquitecturas técnicas y dogmáticas”⁴⁸.

Formalizar y robustecer las costumbres será la labor fundamental de los juristas medievales en torno de este tema. Tarea compleja en tanto la singularidad del “universo subterráneo” de la costumbre tendrá que acoplarse a una ley que se pretende general⁴⁹. Para Grossi la ilusión ius-naturalista queda cumplida ya que el derecho consuetudinario no es más que iluminación desde lo alto de lo que se arrastra por la tierra⁵⁰.

47 Grossi (1996), 90.

48 Grossi (1996), 187.

49 Grossi (1996), 188.

50 Grossi (1996), 192: “Singular dialéctica entre lo universal y lo particular, y también singular simbiosis entre los usos, que se arrastran por la tierra y están llenos de la tierra, y una ciencia que es iluminación desde lo alto”.

En el ámbito hispánico otro historiador del derecho nos ofrece un cuadro parecido para la comprensión del fenómeno jurídico en la Edad Media:

“Este ordenamiento jurídico [el derecho castellano] del cual la comunidad es vivo testimonio, se fue fraguando muy lentamente en la práctica diaria y se transmitió de modo lento a través del paso de las sucesivas generaciones hasta que un día por las circunstancias que fuesen se hizo necesario exponerlo a los rectores de la comunidad y dejar constancia por escrito de esa manifestación. La fuerza viva del grupo fue dando forma, de padres a hijos, plasmando en sus memorias el criterio jurídico de la masa popular”⁵¹.

En primer lugar, el autor señala que en el periodo altomedieval el derecho, que es por naturaleza consuetudinario, nace de la fuerza viva del grupo, se encuentra encarnado en la práctica cotidiana de la comunidad. Si el derecho tiene su sede en el hacer se evidenciaría en este período cierta indistinción entre hecho y derecho, la esfera de lo jurídico y de lo factual se fusionarían en una sola en tanto el hecho mismo poseería una carga lo suficientemente vital como para proponerse como hecho normativo⁵². Este hecho normativo primigenio no es otro que la costumbre encarnada en las cosas y en los hechos, algo así como lo jurídico pero en estado de naturaleza. En tanto ligada a la naturaleza, la costumbre aparece como fundamento primero, materia prima pura sobre la que se montan externamente las transformaciones socioculturales. Es por lo tanto obvio, a partir de este razonamiento, que la costumbre se encuentre en una dimensión distinta, y hasta opuesta quizás, a la ley que participa no del orden de lo ya dado sino de lo creado.

En segundo lugar, Pérez-Prendes vislumbra un segundo momento en la conformación del derecho medieval que tiene que ver con la puesta por escrito de lo que esa “masa popular” ha producido. La plena Edad media es testigo de lo que algunos autores como vimos denominan la configuración de un *taller sapiencia*⁵³ capaz de pulir a través de la mano de los juristas – romanistas y canonistas- a la rústica *consuetudo*.

En tercer lugar, y como lo venimos señalando, el fragmento citado expone claramente la estrecha relación que las miradas románticas trazan entre costumbre y pueblo. La costumbre es el ordenamiento jurídico que

51 Pérez-Prendes (1989), 509.

52 Ver Boureau (2002).

53 Grossi (1996).

nace de la fuerza jurídica del pueblo. La costumbre es básicamente una forma de regulación popular porque todos los hombres de la comunidad contribuyen cotidianamente a su elaboración y fijación, y, por lo tanto, no les es ajena. La sencillez de este tipo de norma se adaptaba además maravillosamente a la “psique ruda de las comunidades rurales”⁵⁴, ya que implicaba muy poca elaboración. Costumbre y pueblo vuelven a aparecer, como en toda la historiografía citada hasta ahora, como elemento nodal en la definición misma de costumbre. Esta asociación va a estar presente también, como veremos, en la mayoría de los trabajos de la historia social.

II. LA HISTORIA SOCIAL: COSTUMBRE Y MENTALIDAD CAMPESINA

En términos generales los historiadores ligados a la historia social han pensado los textos normativos medievales como *fuentes* disponibles para acceder al conocimiento de las prácticas, las mentalidades y las ideas de aquel momento, perdiendo de vista de esta manera la operatoria específicamente jurídica que estos documentos encarnan. Desde esta perspectiva el documento jurídico, testigo solitario de una época perdida, se vuelve el medio para acceder a las prácticas sociales “reales”. Los abordajes desde el marxismo son un elocuente ejemplo de lo que estamos diciendo. A modo de muestra citemos a uno de sus grandes referente, Pierre Vilar: “El principio de funcionamiento de una sociedad no es el derecho, sino el hecho por ello entiendo no el «hecho» banalmente enfrentado al «derecho», sino el hecho socioeconómico fundamental que el derecho consagra y organiza”; es posible acceder a él por medio del derecho que es “la cristalización del principio de funcionamiento de las relaciones materiales”⁵⁵. Respecto de esta forma de abordar el derecho Bourdieu ya había planteado en un artículo polémico de fines de los '80 que el marxismo descansaba en una concepción instrumentalista del derecho en tanto lo concebía como una herramienta al servicio de la clase dominante, como mero reflejo superestructural que expresa y a la vez refuerza la dominación⁵⁶.

54 Gacto Fernández (1979), 35.

55 Vilar (1983), 119.

56 Esta caracterización fue indicada por Bourdieu (1986) en un artículo publicado a fines de los '80 en el que arremetía contra el marxismo calificando su abordaje de instrumentalista.

Nos enfrentamos entonces con una aproximación que ha considerado al discurso jurídico como mera expresión de una realidad desplegada fuera de él y estructurada en la dimensión económico-social. Pero la perspectiva instrumentalista no se agota en el marxismo. La historia social en términos generales ha caído en la variante instrumental al tomar a los textos jurídicos como simples documentos o fuentes de información creyendo encontrar en ellos un medio para acceder a las prácticas sociales “reales”.⁵⁷ Es una perspectiva instrumentalista no tanto por considerar al derecho como herramienta de control y dominación de clase, sino por abordar a las fuentes jurídicas como manantial donde abreva el conocimiento de lo real.

Este pensamiento cuyo fundamento es la relación identitaria entre los documentos y “la realidad”, recae también en una variante romántica de la costumbre al considerarla rastro de las prácticas reales de la comunidad subestimando el estatuto jurídico de la costumbre. La aparición en los documentos del término es asimilada a la idea de tradición, de práctica ancestral transmitida de forma oral⁵⁸, considerando al derecho consuetudinario expresión de un derecho encarnado en las cosas mismas, manifestación de la cultura popular e instrumento de lucha de los que menos tienen. La costumbre otra vez queda instalada en una dimensión distinta, y hasta opuesta quizás, a la ley que participa no del orden de lo ya dado sino de lo creado, de lo impuesto.

En los argumentos de dos importantes investigadores A. Guriévich y E. P. Thompson se ve claramente la fascinación que produce este paradigma. Desde el título de su introducción⁵⁹: “Costumbre y cultura”, podemos ver claramente cuál es la noción de costumbre que impera en Thompson. La costumbre es el reservorio de la tradición, a la que recurren los que no pueden acceder a una educación sistemática. La costumbre incluye los hábitos tradicionales y los usos propios del pueblo en oposición a un saber transmitido por mecanismos elitistas. La relación que queda inmediatamente establecida es entre costumbre, cultura y pueblo. La costumbre es, así, cultura popular, el conjunto de las experiencias y prácticas

57 Para un análisis en profundidad de las interpretaciones instrumentalistas del derecho, Dell’Elicine, Miceli y Morin (2009).

58 Algunos ejemplos representativos de esta forma de tratamiento son: Reynolds (1984); Bonnassie (1988); Astarita (1993); Bisson (1998).

59 Nos referimos a la introducción del libro de Thompson (1995).

transmitidas de generación en generación como enseñanza sistemática por canales no sistemáticos. Un cariz romántico envuelve este planteo: la costumbre es para Thompson un ámbito de comportamiento no contaminado, el momento o lugar donde se expresa la naturaleza humana.

Sin embargo, aun cuando el planteo del historiador inglés se sitúe en la dimensión “romántica” de la costumbre, se puede ver en algunos pasajes cómo se presenta en su discurso cierta tensión entre la costumbre como naturaleza y la costumbre como norma. Thompson señala que la costumbre también era una palabra operativa. Si, por un lado, el vocablo “costumbre” llevaba consigo muchos de los significados que ahora atribuimos a la palabra cultura, por otro lado, “costumbre” tenía asimismo muchas afinidades con la *common law*⁶⁰. Esta tensión va a desplegarse con mayor intensidad en aquellos capítulos del libro en que ya no se trate de definir sino de aplicar históricamente el concepto de costumbre.

Si bien el objetivo explícito de Thompson es analizar el aspecto antropológico de la costumbre, no deja de hacer referencias a la costumbre en su faceta jurídica. Es en ese momento en que, refiriéndose a la constitución del derecho consuetudinario, sigue atado a una mirada romántica. El derecho no es un derecho construido que instituye; es, por el contrario, resultado de las prácticas: “Este derecho se deriva de las costumbres, de los usos habituales, del país: usos que podían reducirse a reglas y precedentes, que en algunas circunstancias eran codificados y podían hacerse cumplir de derecho”⁶¹. Esta visión de Thompson parece situarnos frente a la idea de que el derecho se impone por sí mismo, que este derecho surge de los comportamientos de los hombres.

Para coronar esta visión, al final de la introducción, Thompson elabora un alegato a favor de la “conciencia consuetudinaria” y en contra del *homo economicus* generado por el capitalismo. “Jamás volveremos a la naturaleza humana precapitalista, pero un recordatorio de sus necesidades, expectativas, códigos puede renovar nuestro sentido de la serie de posibilidades de nuestra naturaleza”⁶². Moraleja: si redescubrimos la conciencia consuetudinaria nuestra naturaleza humana renacería de una forma nueva. Para el historiador la costumbre es “segunda naturaleza”⁶³,

60 Thompson (1995), 16.

61 Thompson (1995), 16.

62 Thompson (1995), 28.

63 Thompson (1995), 108.

lex en estado original, invisible y silenciosa. En definitiva, la costumbre es esencia de la naturaleza humana que por su repetición genera un derecho de tipo contestatario en tanto emerge de una matriz popular. No existen grandes diferencias para Thompson entre costumbre y cultura popular.

Si abandonamos por un momento la introducción, en la que Thompson reflexiona acerca de sus objetivos y deseos, y nos adentramos en el texto, nos topamos con una definición más activa de la costumbre en tanto que ya no tiene un lugar fijo asignado: “En el área de fricción entre la ley y la práctica agraria encontramos la costumbre. La costumbre misma es el área de fricción, toda vez que se la pueda considerar tanto la praxis como la ley”⁶⁴. Si la costumbre queda definida como la zona de fricción entre dos elementos que se enfrentan, la costumbre es, la fricción en sí misma, sin que pueda determinarse de antemano cuál es ese lugar. Aunque a lo largo del trabajo termine reduciendo a la costumbre a determinaciones de clase, se abre aquí la posibilidad de pensar la costumbre sin determinación a priori. La costumbre es, según el pasaje recién citado, el campo mismo en que se desarrolla la lucha y no un elemento que pertenece a una clase. Ambas dimensiones de la costumbre, la praxis y la ley, pueden ser cuestionadas por las fuerzas en lucha en ese campo. Por lo tanto, no se trata de que a la dimensión práctica corresponda lo popular y a la ley, la elite, sino que en tanto situación equívoca la costumbre se constituye en el campo mismo de la disputa. Es posible ver con claridad aquí la tensión existente entre las doble dimensión de la costumbre: la de praxis y la de ley.

El trabajo de Guriévich tiene varios puntos de encuentro con la perspectiva thompsoniana. La costumbre, sostiene el investigador, es una categoría específica de la cultura medieval cuya particularidad esencial es no haber perdido su vinculación con la sociedad. A diferencia de la ley que se transformó en monopolio de un grupo reducido de eruditos, la costumbre conservaba el “cordón umbilical que la unía a la sociedad”. Su oralidad y su carácter local la hacían más cercana a todos los hombres que la ley. Para Guriévich el derecho consuetudinario es el elemento creativo de la sociedad del medioevo, es “*ratio vivens* y no *ratio scripta*”⁶⁵.

A diferencia de Thompson que nos propone una interpretación acerca del origen del derecho consuetudinario, Guriévich no se preocupa

64 Thompson (1995), 116.

65 Guriévich (1990), 211.

por indagar el origen de la costumbre sino que se ocupa de mostrar su predominancia y operatividad en el mundo feudal. Guriévich nunca define explícitamente la costumbre; siempre destaca su función en la sociedad feudal o sus características. Pero es posible a partir de esa lista de características adjudicadas a la costumbre reconstruir a qué se refiere cuando utiliza el término. En primer lugar, la costumbre es considerada en su función totalizadora: ella determinaba todos los aspectos esenciales de la vida de la sociedad; todas las cuestiones y conflictos del grupo se resolvían remitiendo a una forma de hacer tradicional.

En segundo lugar, las costumbres como consecuencia de su carácter universal no se encontraban codificadas ni redactadas por entero. La codificación se presentaba como un imposible para un conjunto de normas que tenían por finalidad reglar todos los aspectos, aún los más recónditos de la vida de los hombres. Sin embargo, este carácter universal no significaba que la costumbre fuera igual en todos lados; muy por el contrario cada localidad tenía sus propias costumbres. Aspecto que formaba parte de la definición misma de costumbre: nunca era general sino local. Imposible de codificar, la dimensión oral se tornaba en su aspecto distintivo. Por último, como dijimos más arriba, su característica fundante parece ser el no haber perdido el lazo que la unía con el hacer cotidiano de los hombres y con la sociedad.

Caracterizada como predominantemente oral, regional y regulando todos los ámbitos de la vida la costumbre no parece distinguirse, según Guriévich, de la tradición, con la que es equiparada. La costumbre puede definirse según el autor como una forma de hacer tradicional o ancestral.

No cabe duda que esta concepción que asocia derecho consuetudinario a cultura popular tiene una activa filiación con las interpretaciones del derecho consuetudinario nacidas a principios del siglo XIX de las que hablamos con anterioridad. Es posible, sin embargo, ver también la influencia de lo que podríamos denominar el “paradigma antropológico” de la costumbre⁶⁶, paradigma que se fraguó sin duda bajo la influencia del movimiento romántico -las ciencias sociales, como señala Assier-Andrieu, empezando por la antropología, quedaron fascinadas por el carácter “popular” de la fuente consuetudinaria, destino mítico de la costumbre forjado por los propios juristas⁶⁷- pero que tiene una historia propia.

66 Para una crítica en profundidad de las concepciones populistas sobre la cultura popular ver Grignon y Passeron (1992).

67 Assier-Andrieu (2001).

En un artículo clarificador Assier-Andrieu repasa la formación del concepto costumbre en los orígenes de la antropología social. Sigámoslo de cerca para ver este recorrido. El punto de partida para el antropólogo es la lectura que Pierre-Jean Grosley y Antoine-Ives Goguet, hombres de letras, hacen en el siglo XVIII del *Espíritu de las leyes* de Montesquieu. Es en este momento es donde puede verse en germen una concepción genética de la juridicidad anclada en la costumbre. En *De l'influence des lois sur les moeurs*⁶⁸, Grosley emprende una fenomenología de la costumbre planteando que estas son representación de las normas de la organización de las relaciones sociales distinta de la norma legal. Aparece entonces una concepción binaria del campo jurídico que separa el de los “mores” y el de la ley; sobre esta idea se montará posteriormente por parte de la sociología y la antropología la oposición ley/costumbre, derecho formal/derecho informal y se producirá “par l'effet d'une sujétion progressive du juridique aux facteurs sociaux qui le déterminent, l'opposition droit/société”⁶⁹. Antes incluso que la Escuela Histórica, este erudito francés va a demarcar el territorio en el que va a prosperar la idea de costumbre: un hecho testigo de un derecho que se opone al derecho oficial y lo vuelve ilegítimo porque encarna una manifestación presente del origen, de las leyes primitivas que son la fuente de toda sociedad humana y lo que explica la variedad planetaria de sociedades⁷⁰. En este planteo no solo se establece la clásica taxonomía que opone por un lado razón subjetiva, endógena, autóctona y relativa, a razón objetiva, abstracta universal y científica, sino también, se vehiculiza la posibilidad de designar a través del concepto de costumbre los caracteres “étnicos” o “culturales” de una nación o pueblo.

Para la misma época Goguet elabora un esquema de la evolución y de la diversificación de las instituciones humanas fundado sobre una lectura de la costumbre en relación con la “subsistencia” influyendo vivamente en los primeros teóricos de la antropología social y cultural del siglo XIX, básicamente en Tylor y Morgan. Para Goguet la costumbre es signo y principio de toda normatividad social encarnando un estado primitivo de lo jurídico. Respecto de esta idea Assier-Andrieu señala que progresivamente con los trabajos de Taylor y Morgan el término costumbre adquirirá un significado distinto al del registro jurídico, instalándose

68 Grosley (1757).

69 Assier-Andrieu (2001), 232.

70 Assier-Andrieu (2001), 234.

en un registro de tipo étnico o etnográfico. La costumbre se transforma en una forma de juridicidad propia de las sociedades tradicionales, holistas, sin escritura y sin Estado⁷¹.

La matriz dualista (derecho legal opuesto a derecho consuetudinario) adquiere fuerza en las ciencias sociales: el derecho consuetudinario estaría vigente en las sociedades sin Estado y el derecho legal en las que lo poseen. ¿Cuál sería en términos teóricos el fundamento, el soporte silencioso de esta distinción? Las palabras de León Duguit, un importante constitucionalista de comienzos del siglo XX, tal vez sea una clave para responder a esta pregunta: “Imaginemos una sociedad ideal, donde no habría autoridad pública, ni leyes...Que haya un derecho nos parece indudable. Incluso diremos, ¡hace falta que haya un derecho!”⁷². Habría que plantearse aquí, teniendo en cuenta la afirmación de Duguit si lo que se encuentra en el fundamento de esta distinción –consuetudinario/legal– no sería la imposibilidad misma de pensar una sociedad sin derecho. Imposibilidad atada al etnocentrismo con que los investigadores frecuentemente han abordado el estudio de las sociedades primitivas.

Desde la antropología jurídica también se ha planteado en los últimos años que esta distinción entre ley y costumbre ha servido como mecanismo de legitimación del derecho occidental:

“La ley nacional –dice Hernández Castillo– para legitimarse como símbolo de racionalidad occidental ha necesitado de la costumbre para representar el atraso, la pre-modernidad. La costumbre como discurso homogéneo de otredad, construido desde la legalidad y la academia, solo puede imaginarse como alter-ego de la ley occidental”⁷³.

Incluso antropólogos de la talla de Fitzpatrick han planteado desde una perspectiva marxista que la visión atemporal, fija y armónica del derecho consuetudinario está vinculada al desarrollo mismo de la empresa imperialista⁷⁴.

71 En los clásicos de la antropología, Malinowski (1985), Radcliffe-Brown (1996), entre otros, opera esta misma idea. Las costumbres en tanto “reglas no legales” son para el primero la suma total de reglas, convenciones y esquemas de comportamiento en una sociedad dada; Radcliffe-Brown ve en los usos y las costumbres, convenciones no producidas por el Estado.

72 Duguit (1907), 2.

73 Hernández Castillo (2004), 21. Análisis clásicos en esta línea son los de Fitzpatrick (1980; 1992).

74 Fitzpatrick (1990) Desde mediados de los años '80 una serie de trabajos en el

Pero abandonemos por un momento este problema que concierne de lleno sobre todo a la antropología jurídica, para volver a pensar de qué modo se anudaría el paradigma antropológico con los estudios de los medievalistas. Recapitulemos. El pensamiento romántico de los siglos XVIII y XIX creó un escenario propicio para la configuración tanto en el derecho como en la antropología de una definición de costumbre como norma social espontánea, voz de los pueblos primitivos, incluso oprimidos. Fue en este momento cuando encontramos las primeras aproximaciones “genetistas” y “populistas” que ven en la costumbre el origen prístino del derecho. Desde el derecho la Escuela Histórica inaugurará la idea del derecho consuetudinario como espíritu del pueblo; los trabajos iniciales de la antropología evolucionista la desmarcarán del plano estrictamente jurídico para instalarla en un plano étnico según el cual el derecho consuetudinario será comportamiento de una nación, de una comunidad o de un pueblo. Sobre esta idea se montaría la matriz dualista que, como advertimos, hace de la costumbre el derecho de los pueblos sin escritura, sin estado, es decir primitivos.

He aquí el punto en cual se anudan el paradigma antropológico de la costumbre y las aproximaciones medievales al problema: la posibilidad de pensar a la Edad Media como una sociedad primitiva. No hay ninguna duda de que la antropología ha contribuido notablemente al estudio de las sociedades precapitalistas, sobre todo en lo que concierne a la posibilidad

marco de la antropología jurídica han venido revisando la problemática del derecho consuetudinario en sociedades indígenas. Si en los enfoques tradicionales el derecho consuetudinario se presentaba como expresión atemporal de un derecho precolonial, desde las nuevas orientaciones comenzó a ser considerado como una construcción del colonialismo. Trabajos fundantes en esta línea son los de Fitzpatrick (1990) y Chanock (1985), quienes plantean que lo que generalmente se asemejaba a “costumbre” en las sociedades con pasado colonial, era en realidad una invención del imperialismo. Como señalan Sierra y Chenaut (2002), 143: “Fitzpatrick parte de la crítica a dos ideas recurrentes en torno de la costumbre para construir su posición: por un lado, la visión deificada y ahistórica de la costumbre que suele concebirla como autónoma y autocontenida..., y por otro lado, una concepción reduccionista que tiende a ver a la costumbre como distorsión del colonialismo. Para el autor, la visión deificada y positivista de la costumbre es integral a la opinión colonial. Su argumento principal reside en considerar que el imperialismo en su fase post-iluminista, como proyecto hegemónico, constituye identidades fijas como es el caso del «nativo» y la «costumbre». Es decir el proceso que llevó a construir una visión atemporal, fija y armónica de la costumbre es un hecho vinculado al desarrollo mismo de la empresa colonial”.

de estudiarlas despojándonos de los prejuicios modernos. Sin embargo, en el caso particular de la costumbre lo que se evidencia es una sobreinterpretación del fenómeno consuetudinario en clave antropológica que descuida el carácter jurídico que tiene en la documentación.

Un ejemplo claramente ilustrativo de esta sobreinterpretación en clave antropológica nos lo da Monsalvo Antón un importante medievalista español cuya investigación se centra en el estudio de los conflictos por terrenos comunales. Como veremos a lo largo de este libro las referencias a la costumbre son moneda corriente en la documentación judicial medieval. Los testigos alegan con frecuencia, y como estrategia para reafirmar un derecho, que desde hace veinte, treinta, cuarenta años o más, usan una tierra de determinada manera. La historiografía que se ha centrado en este tipo de documentación ha leído estas remisiones haciendo operar la relación entre costumbre-cultura popular-mentalidad primitiva. Monsalvo Antón importante referente en esta línea, plantea, en sus análisis de los conflictos por los comunales que atraviesan buena parte de la Baja Edad Media castellana⁷⁵, un recorrido que muestra claramente la potencia de esta relación. Parte de considerar, por un lado a la costumbre como un valor asociado a formas de pastoreo comunitario y tradicional en contraposición con los regímenes recientes basados en la privatización y destrucción de sus usos antiguos⁷⁶. Asociación inicial entonces entre costumbre y práctica rural tradicional. Esgrime, luego de confrontar los argumentos de los testigos con la legislación vigente y ver que en muchos casos lo que se presentaba como costumbre “de siempre” era, por el contrario, una norma jurídica resultado de pactos o decisiones políticas⁷⁷, una crítica al paradigma antropológico de la costumbre –que la piensa como resultado de consensuadas y armónicas reglas tácitas y prácticas, depuradas por generaciones de usuarios, que eran asumidas tranquilamente por las comunidades-. Su conclusión, entonces, es que la costumbre presentada

75 López Benito (1983); Barrios García (1983-84); Monsalvo Antón (1986; 1992); Martín Martín (1990); Molina Molina y Asis Veas Arteseros (1991).

76 Monsalvo Antón (2006), 62.

77 López y del Ser Quijano (1990) = *Asocio*, p. 38. Un claro ejemplo de lo que señalamos se ve el pleito que entabla el consejo contra Alfonso González: cuando el procurador Domingo Fernandez hace referencia a la antigüedad de la práctica de hacer pastar el ganado libremente en las tierras comarcales una vez recolectados los panes, en realidad está hablando de la derrota de mieses, práctica recogida recién en la ordenanzas abulenses de mediados del XV y que no se registraba en las de 1346.

como intemporal, en realidad, era producto de las decisiones adoptadas por el concejo, por la intervención de los reyes, etc.; fruto en definitiva de los cambios más que de las permanencias:

“Las costumbres son tanto o más historia que etnografía o antropología... Comprobamos por otra parte que el principio de la costumbre es equívoco. Servía para justificar unos usos, pero también era invocado para justificar los contrarios. Y esto también impugna el paradigma antropológico, pues, lejos de ser inmutable la costumbre era por el contrario, algo nuevo, cambiante, producto de la decisión”⁷⁸.

Su camino es sinuoso porque luego de esta afirmación y con el objetivo de redondear su idea sobre la costumbre en estos conflictos recae en el paradigma criticado:

“Creo que esta percepción campesina, su apología de los «viejos usos», es una de las grandes piezas del ideario comunalista campesino de la Edad Media en estos medios geográficos al menos, y sin duda se encuadra en ese tradicionalismo mental del campesinado del Antiguo Régimen que tanto han resaltado los medievalistas y modernistas”⁷⁹.

Tradicionalismo mental, arcaísmo, son las características que explican para Monsalvo Antón la presencia de la costumbre en los argumentos de los testigos. La perplejidad nos invade: ¿cómo es posible considerar que la costumbre remite a un ideario campesino cuando unas líneas antes ha dicho que esa costumbre tenía poco de uso antiguo y de práctica ancestral? ¿Qué enunciado oculto hizo posible la transformación, sin vacilación alguna, de la palabra de los testigos en el proceso judicial, en prueba del imaginario campesino, cuando un poco antes había señalado ajustadamente que en estos argumentos podía verse la sabia estrategia del procurador de los pueblos intentando fundir en una línea argumental congruente las declaraciones de los testigos y la normativa abulense vigente?⁸⁰ Lo

78 Monsalvo Antón (2006), 45.

79 Monsalvo Antón (2006), 62.

80 Refiriéndose al papel legitimante de la costumbre dice Monsalvo Antón (2006), 44: “La legitimidad de los habitantes de la ciudad y sus aldeas para disfrutar de los comunales y, en general, de todo lo que no estaba acotado o era privado en término rurales, pudo ser garantizada en los pleitos de términos gracias a la apelación omnipresente a la costumbre, que describieron los testigos... Pero aquí hemos resaltado que el cuadro de esa legitimidad tenía, cuando menos, el referente de los privilegios regios y las ordenanzas.

que opera como sentido común, como lo no dicho que permite decir, es lo que el propio Monsalvo Antón denomina “paradigma antropológico” sobre la costumbre. La idea de la costumbre como conjunto de creencias no escritas, normas sociales y usos que se hacen valer en la práctica, que pertenecen a la tradición oral y son sustento de los pobres y marginados de las comunidades rurales, es el plafón a partir del cual generalmente los historiadores trabajan sobre la costumbre. Como veremos a lo largo de nuestro trabajo esta reducción de la costumbre a la idea de una mentalidad campesina pierde de vista el carácter estrictamente jurídico que las remisiones a la costumbre tenían en la documentación. La expresión “por costumbre” lejos de hacer referencia a un ideario campesino primitivista remitía a una figura jurídica.

A modo de síntesis de esto que hemos denominado la ilusión ius-naturalista sobre la costumbre permítasenos el despliegue del siguiente cuadro que de forma esquemática permitirá ver el modelo dualista que resulta de estas visiones:

Derecho legal	Derecho consuetudinario
Escrito	Oral
Oficial (de elite)	Popular
Artificial	Auténtico
Sociedades con Estado	Sociedades sin Estado
Civilización	Mentalidad primitiva
Derecho positivo	Derecho natural

Sobre este modelo dicotómico se ha pensado frecuentemente la oposición entre sociedad civil, expresada en el derecho popular que encarna la costumbre, y sociedad política, basada por el contrario en la ley.

Ahora bien, se le podría objetar a nuestra crítica que algunos de estos elementos ya aparecían asociados a la costumbre en el derecho romano, en los rétores republicanos o tardoantiguos (como Cicerón e Isidoro de Sevilla) o en los romanistas y canonistas medievales. La idea de la costumbre como *altera natura* como *non scripta* y asociada al *populus* remiten claramente a la tradición antigua y medieval. Sin embargo como

Unos y otras fueron sabiamente utilizados por los procuradores de los pueblos, quienes hicieron intervenir en los procesos al grueso de testigos, pero que supieron además hacer ver a los jueces estos otros fundamentos de derecho”.

veremos en los siguientes capítulos estos elementos ligados a la costumbre no encarnaban una concepción romántica. Esta impronta fue adquirida durante los siglos XVIII y XIX. Uno de nuestros objetivos será tratar de desmontar para el estudio de la sociedad medieval esta dicotomía.

III. LA CRÍTICA AL IUSNATURALISMO Y SUS CONSECUENCIAS PARA UNA HISTORIA DE LA COSTUMBRE

Como permite ver el nacimiento del positivismo jurídico, el siglo XX habilitó la profundización de la crítica al iusnaturalismo⁸¹. Puestos en vigor los códigos nacionales a fines del siglo XIX y comienzos del XX la cuestión del enfrentamiento entre la codificación y los “derechos consuetudinarios” dejó de ser un problema y el eje del debate se situó en torno de las capacidades y límites del discurso jurídico. Las ideas de que el derecho nacía del espíritu del pueblo y que la costumbre no creaba sino que señalaba un derecho preexistente fueron criticadas por colocar al *Volksgeist* como fundamento, lugar de un derecho natural perfecto, absolutamente justo opuesto al derecho positivo⁸². Se desarrolló entonces entre

81 En algún aspecto la cultura jurídica contemporánea o incluso precedente a Savigny, kantiana o postkantiana, ya había revisado la concepción de las tesis iusnaturalistas y había puesto en evidencia en particular con las elaboraciones de Kant que el derecho positivo (estatutario) no reposaba originariamente en principios a priori –como si lo hacía el derecho natural– sino que derivaba de la voluntad del legislador. Cf. Bove (1985), 7. Mucho se ha escrito sobre esta distinción kantiana, no será este libro lugar para una sistematización de las opiniones por tratarse de una temática que excede la competencia de la autora.

82 Es interesante señalar aquí aunque sea de forma superficial el carácter construido de esta oposición. En un ilustrativo artículo aparecido en la revista *Annales*, Boureau (2002) plantea la necesidad de ver la distinción entre derecho y hecho como objeto histórico. Para un análisis histórico de esta separación es necesario, dice, profundizar en un hecho fundamental, la invención de la oposición derecho natural y derecho positivo, que constituyen una de las ocurrencias posibles de la distinción entre hecho y derecho. Esta invención según el autor, por lo menos desde el punto de vista lexical, ha tenido lugar en el inicio del siglo XII en el momento en se produjo la recuperación del derecho romano. La hipótesis de Boureau es que la invención del término “derecho positivo”, remite a un proceso esencial de la Edad Media que el autor denomina “abstracción judicial” y que consiste en buscar modelos abstractos y formales de equivalencia entre realidades empíricamente inconmensurables. El aporte de Berman (1996) parece confluir con esta

los juristas una línea según la cual los hechos no pueden crear derecho si no hay una regla jurídica que ordene las prácticas según su conformidad: “Las normas jurídicas son producidas consuetudinariamente cuando la constitución de una comunidad establece a la costumbre –y, ello, una costumbre especialmente caracterizada- como un hecho productor de derecho”⁸³. El derecho consuetudinario se transforma así en producto de una voluntad jurídica más que en expresión de una voluntad popular. El derecho consuetudinario, sostiene Troper, es creado “non pas par suite de quelque mystérieuse transformation du fait en droit, mais simplement par l’opération du juge qui a interprété le fait”⁸⁴. De esta forma el pasaje de la regularidad del hecho al derecho consuetudinario se operaría no por desarrollo natural sino por la intervención de una voluntad subjetiva, la del juez, en tanto agente del sistema jurídico oficial que “métamorphose les simples usages... en véritables coutumes juridiques, sanctionnées par l’ordre permanent d’exécution”⁸⁵. El juez no opera aquí como individuo

misma idea cuando señala que el revolucionario aporte de los juristas medievales al desarrollo de la ciencia occidental fue el haber transformado las reglas jurídicas romanas en principios generales y conceptos. Del mismo modo que la Iglesia construyó a partir de las normas romanas un conjunto de conceptos generales, también se dio un proceso de conceptualización en los sistemas jurídicos seculares. “Los mismos términos derivados en gran parte del derecho romano, se emplearon en la determinación de principios generales y, con el tiempo, en la formación de conceptos generales. Luego, principios y conceptos fueron empleados como base para la extrapolación de nuevas aplicaciones. Este avance revolucionó la ciencia del derecho. Mostró que se podía poner a prueba el sentido de una prueba jurídica y evidenciar su validez mostrando su congruencia orgánica con los principios y conceptos del sistema en conjunto” (p. 162). De allí que para Berman hayan sido los juristas escolásticos los creadores de una ciencia jurídica moderna basada en: “1) Un cuerpo integrado de conocimiento, 2) en que se explican sistemáticamente las ocurrencias particulares de fenómenos, 3) de acuerdo con principios o verdades generales (leyes), 4) el conocimiento de los cuales se ha obtenido mediante una combinación de observación, hipótesis, verificación, y en la medida de lo posible experimentación, 5) el método científico de investigación y sistematización” (p. 163).

83 Kelsen (1998 [1960]), 23.

84 Dentro de esta misma corriente se presentan discusiones acerca de cuál es en última instancia la voluntad que decide. Para algunos se trata de la voluntad del legislador. Para otros, entre los cuales se encuentra Kelsen, la costumbre es resultado de la voluntad del juez. Como sostiene Troper (1986), 21, para Kelsen “le juge crée la norme coutumière comme il crée la norme législative”.

85 Combacau (1986), 4.

particular sino como representante de una voluntad superior: las reglas consuetudinarias son instituidas por órganos que otorgan a ciertas prácticas significación de normas. Es decir, existe una regla que dice que la regularidad bajo ciertas condiciones genera derecho; el paso del hecho al derecho se opera entonces por una regla interior al discurso jurídico: sólo es posible que la costumbre genere derecho si una norma superior (la constitución por ejemplo en los estados modernos) instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica al lado de la legislación. Situados en esta perspectiva, la costumbre se aleja del derecho natural, y de la voluntad popular para afianzarse como fuente del derecho positivo.

Estas discusiones en torno del carácter de fuente del derecho de la costumbre que mantienen teóricos y filósofos del derecho influyeron, como era de esperar, en las investigaciones de los medievalistas sobre el tema. La crítica al carácter natural y popular de la costumbre sumado a las investigaciones, ya señaladas en el apartado anterior, que ponían en cuestión la naturaleza germánica de la costumbre, abrieron el juego a partir de fines de los '70 a trabajos que, especialmente en el ámbito francés, hicieron énfasis en la raigambre profundamente romana y medieval del derecho consuetudinario.

1. *Costumbre y renovación intelectual del siglo XII*

Los trabajos de A. Gouron son pioneros en esta línea para el ámbito francés. Sus investigaciones ponen el acento básicamente en dos cuestiones claves: en primer lugar, señalan que solo es posible tomar conciencia de la costumbre si se posee un mínimo de cultura jurídica romana; en segundo lugar plantean un origen estrictamente medieval para la expresión *jus consuetudinarium*. El problema de la costumbre quedaría atado entonces a la influencia del derecho romano por un lado, y a su recepción medieval, por el otro. Desarrollemos estas dos hipótesis para tener una idea más clara de sus implicancias.

Como ya vimos, la historiografía tradicional había planteado que en el primer momento de la recepción del derecho romano (fin del siglo XI) se produjo un enfrentamiento entre *lex* y *consuetudo*. Esta visión sostenía que las poblaciones meridionales bruscamente confrontadas con un derecho importado habrían tomado conciencia de la originalidad de sus usos erigiéndose contra el derecho romano. Los textos “consuetudina-

rios” que abundaban en este momento serían el resultado de dicha confrontación. Esta hipótesis clásica ha sido puesta en entredicho por las investigaciones de André Gouron. En el Midi francés, región estudiada por Gouron y sus discípulos, la difusión del derecho romano y la redacción de costumbres lejos de oponerse fueron dos aspectos de un mismo fenómeno vinculado a la recepción justiniana: la reificación de la regla jurídica como instrumento privilegiado de mediación en las relaciones sociales⁸⁶. Según el autor, sólo en aquellas regiones en donde se evidenciaba cierta cultura jurídica vinculada con la adopción en grados variables del derecho romano se tuvo conciencia de la costumbre⁸⁷. Un importante aporte de Gouron, que refuerza esta hipótesis, es que, a diferencia de lo que se creía comúnmente, la influencia del texto romano y la práctica de la glosa se extendieron rápidamente de Italia a la zona Provenzal⁸⁸. En efecto, hasta entonces se pensaba que la recepción del *Corpus Iuris* fuera de Italia ocurría a mediados de siglo XII. Gouron determinó la existencia de una serie de escuelas provenzales ligadas a la figura de Placentino mucho antes de esa fecha. Estas escuelas se encargaron de llevar el derecho romano al norte de España y a Cataluña en forma temprana. La presencia prematura en estas zonas de referencias a la costumbre permitieron a Gouron sostener que “sans un minimum de culture juridique, sans le maintien, même ténu ou déformé, du souvenir des sources antiques, la prise de conscience de la coutume n’est guère possible”⁸⁹. En definitiva, lo que esto viene a confirmar es la importancia del derecho romano y del trabajo de los romanistas y canonistas para la existencia del derecho consuetudinario.

En los años 90 también la historiografía alemana resaltó el vínculo que el derecho consuetudinario tenía con la tradición romano canónica. Kröshell planteaba que el concepto derecho consuetudinario mismo era un producto de la ciencia de derecho romano canónica y no valía como originaria protorepresentación de los pueblos de la temprana Edad Media⁹⁰. Ya ha comienzo de los años 60 Klaus von See había comprobado

86 Gouron (1984a); Poumarède (1990), 237.

87 Gouron (1988a), 183.

88 Cf. Gouron (1988a; 1988b).

89 Gouron (1988b), X. Estos primeros glosadores no tenían el texto para glosar razón por la cual lo hacían de memoria. Su glosa era “nómade”, si es válida dicha expresión, porque se trasladaban de un lugar a otro. Este tipo de escuela dejó de existir alrededor del siglo XII.

90 Kröshell (1994).

desde la filología que la lengua jurídica antigua del norte no tenía ningún concepto para derecho consuetudinario y aún menos aparecía la etiqueta de “antiguo y buen derecho” (*gutes altes Recht*) difundida a partir de un tratado de von Fritz Kern (1919) principios del siglo XX⁹¹. Recién bajo la influencia de la doctrina romano canónica de la *consuetudo* aparecieron estos giros. Este hallazgo fue confirmado también por los estudios de Gerhard Köbler (1969, 1971) quien había señalado la falta de equivalentes de la palabra *consuetudo* en la lengua alemana: “*giwonaheite*” fue construida copiando parte por parte el modelo latino⁹².

Como veremos en el capítulo 3 de la primera parte, si bien, el término costumbre se encontraba presente en el *Corpus Iuris Civilis*, se trataba de un término polivalente y equívoco que rara vez era utilizado en sentido técnico. De hecho, señalan los historiadores, la expresión *jus consuetudinarium* no existía en el corpus del derecho romano⁹³, fue creada por los glosadores en el momento en que elaboraron la teoría de la costumbre⁹⁴. La labor de los romanistas consistió en desligar a la *consuetudo* de la idea de uso ancestral, que tenía en el derecho romano, para transformarla en derecho. La forma que tomará esta tarea será el forzamiento de los textos justinianos para lograr encontrarle a la costumbre un lugar dentro del corpus jurídico heredado. El resultado de dicho forzamiento fue la creación del *jus consuetudinarium*. Según esta línea de interpretación es precisamente en el momento de la elaboración del *jus consuetudinarium* cuando recién es posible hablar de un enfrentamiento entre ley y costumbre, puesto que los romanistas se vieron ante la necesidad de combinar un sistema jurídico que era esencialmente universal con ordenanzas privadas, normas locales, estatutos municipales, etc., que tenían claras consecuencias políticas para la constitución del poder del príncipe. El trabajo de los romanistas, por tanto, debe entenderse dentro del proceso más general de constitución de la potestad normativa del príncipe⁹⁵.

Según Mayali, otro importante historiador del derecho que puede inscribirse en esta línea, en los primeros glosadores el elemento distintivo entre *lex* y *consuetudo* fue el carácter escrito u oral de la norma. Pero a

91 Garré (2005), 55.

92 Garré (2005), 56.

93 Gouron (1988a; 1988b); Roumy (2001).

94 Para una historia del concepto ver el Capítulo 2.

95 Mayali (1988).

partir de esta distinción la costumbre seguía manteniéndose unida a su dimensión antropológica que la ligaba a la tradición, a un sustrato de “cultura consuetudinaria”. Considera, el autor, que la dimensión oral era lo que vinculaba a la costumbre a un “modo de vida consuetudinario” ajeno a la lógica de una cultura atada a la escritura uniéndola así a la tradición. Esta definición ligada a la oralidad, plantea Mayali, empezó a mostrarse inadecuada en el momento en que comenzó el auge de la redacción de las costumbres locales. La línea divisoria no podía seguir pasando entre *scriptum* o *non scriptum*. Los doctores del derecho se vieron obligados a elaborar un concepto de la costumbre mucho más técnico que abandonara la dimensión mítica tradicional para construirlo dentro del discurso jurídico. En esta misma línea Gouron plantea, que a los juristas medievales les interesaba desligar a la costumbre de su dimensión tradicional para transformarla en fuente formal del derecho. Una serie de operaciones permitieron lograr ese objetivo: la elaboración de una definición técnica de *consuetudo*; la separación de la costumbre del orden factual; la determinación de una temporalidad definida. Cuestiones que serán abordadas en el capítulo 3. Pero, como veremos en el capítulo siguiente, incluso luego de formalizada, las dificultades para una definición unívoca de la costumbre siguieron existiendo. Sostiene Mayali que esta imposibilidad encuentra su razón en que la *consuetudo* excedía el problema estrictamente jurídico. Por un lado, porque la costumbre poseía una serie de connotaciones políticas. Como ya indicamos, el marco en que comienzan las elaboraciones doctrinales sobre la costumbre coincide con el de la configuración de la potestad normativa ligada al monarca. La transformación de la costumbre en derecho implicará en un segundo momento, discutir acerca del lugar que este derecho tiene respecto de la ley que emana del príncipe.

Como ya ha señalado la historiografía a lo largo de los siglos XII y XIII, luego de la recuperación del corpus justiniano la ley se transforma en la esencia del poder político tanto imperial como pontifical, la ley se convertirá en la expresión jurídica de la soberanía. La tarea de los juristas será sobre todo la de instituir al monarca como fuente privilegiada en la producción de derecho. La idea del príncipe como *lex animata* fue una formulación precisamente en esta línea. Parece provenir de la resignificación de la idea romana de que el emperador era el reservorio de las virtudes, la idea que entrañaba esta imagen era que el príncipe era la ley viviente, a partir de la cual derivaban las leyes civiles⁹⁶.

96 Esta máxima se relacionaba con otra proveniente del derecho romano que

Pero por otro lado, el autor considera que el fenómeno consuetudinario excede la cuestión jurídica por sus connotaciones culturales, porque remite a la idea de identidad de un pueblo o de un grupo social que se reconoce en una tradición heredada de sus padres.

Advertimos en el planteo de Mayali cierta recaída iusnaturalista. Si bien se hace hincapié en el carácter construido de la costumbre, parecen señalarse dos momentos de existencia de la costumbre: uno prejurídico y otro jurídico⁹⁷. El primero, correspondería en palabras de Mayali a una “cultura consuetudinaria” que caracterizaba a la vida en sociedad antes de la recepción; el segundo, una existencia claramente jurídica, resultado de la operación de los juristas sobre el término y su transformación en derecho, pero que no terminaría de dejarse tomar por la formalización produciendo desacoples y tensiones. Con frecuencia, en su artículo: “La coutume dans la société romaniste”⁹⁸, hace referencia a la existencia de “algo” por fuera del discurso jurídico cuya fuerza es difícil de controlar. La mayor parte de las veces se refiere a ese exceso como “cultura consuetudinaria”, “costumbre tradicional”, etc. Cae así nuevamente en la idea de que la costumbre preexiste al discurso jurídico cuando había planteado de forma inicial el carácter construido del derecho consuetudinario.

Un texto muy reciente de Roy Garré dedicado enteramente al problema de la costumbre vuelve sobre esta idea de Mayali resaltando la existencia de dos momentos de la costumbre: uno en donde el derecho consuetudinario se encontraba en estado salvaje (la Alta Edad Media), otro en donde la costumbre es encausada a través de la razón⁹⁹. El nacimiento

sostenía que el emperador contenía todas las leyes *in scrinio pectoris*, en el escritorio de su pecho. Ver Kantorowicz (1985). Para un análisis más reciente del problema, Vallejo (1992).

97 Los trabajos de Gouron son la excepción a esta recaída. A lo largo de sus investigaciones deja muy clara la imposibilidad de hablar de costumbre sin la existencia de un corpus dogmático que transforme regularidades en reglas jurídicas.

98 Mayali (1990).

99 Garré (2005), 58, se hace eco aquí de las palabras de Mayali (1990), 12: “Après les invasions barbares et la chute de l’empire romain d’Occident, la déliquescence de l’Etat et de ses attributs accompagnèrent la dissolution du juridisme. La tentative de réforme carolingienne et les vagues réminiscences romaines conservées dans les législations barbares n’avaient pas suffi à endiguer un tel mouvement. De ces temps incertains ne subsistaient le plus souvent que des usages et des pratiques transmis de générations en générations au sein de groupes sociaux nettement différenciés. Le caractère obligatoire de

de una teoría de la *consuetudo* elegante es una de las señales más importantes para Garré de una cesura fundamental producida en la historia del derecho. Dos mundos entran en conflicto: una sociedad tradicional basada todavía en la validez de hecho de los usos heredados y otra fundada en una racionalidad moderna que se expresa en el estudio del derecho en las ciudades del norte de Italia. Conciliar estos dos mundos, dice Garré, no fue tarea fácil. Se logró a base de sacrificar mucho de la natural vitalidad del derecho consuetudinario¹⁰⁰. La cuestión que nos inquieta aquí no es la demarcación de un corte a partir de fines del siglo XI comienzos del XII, porque como se verá en el próximo capítulo coincidimos en señalar una ruptura para esta época -asociada obviamente a la recepción del derecho romano y a la tarea de los juristas medievales sobre este corpus-, sino la identificación de dos momentos de la costumbre definidos a partir de registros diferentes. Cuando se habla de una primera edad de la costumbre asociada a una mentalidad o cultura consuetudinaria los rasgos que definen a esa costumbre son básicamente los trazados a partir de lo que llamamos el paradigma antropológico de la costumbre; por el contrario, en la “segunda edad” la costumbre es otra cosa, es derecho consuetudinario, es, en definitiva, una institución jurídica que no es parangonable con la costumbre definida antropológicamente¹⁰¹. Volveremos sobre el problema.

ces usages qui supposaient la continuité d'un mode de vie traditionnel se traduisait par une notion générale et imprécise : la coutume dont la mention parfois quasiment incantatoire et magique suffisait à enraciner certaines pratiques dans l'imaginaire collectif d'un peuple ou d'une communauté. Mode de vie, la coutume était un mode de penser. Dans cette perspective, le passage d'un monde coutumier à une société juridiquement définie et organisée provient surtout d'un changement de mentalité. Cette rupture dans l'histoire de la pensée juridique se traduit par l'émergence d'une nouvelle rationalité qui dépasse largement le cadre limité de la mise en place d'un système de normes”.

100 Garré (2005), 59: “Die Entstehung einer eleganten *consuetudo*-Lehre ist eines der wichtigsten Signale dieser zentralen rechtsgeschichtlichen Zäsur. Zwei Welten geraten in Konflikt: eine traditionelle Gesellschaft, die noch an die tatsächliche Geltung der von den Vorfahren geerbten Usancen gebunden ist, und die Grundanliegen einer modernen Rationalität, die sich zunächst im Rechtsstudium der norditalienischen Lebhaftigkeit des Gewohnheitsrechts geoffert. Das «wilde» Gewohnheitsrechts des Frühmittelalters wurde in rationale Bahnen gelenkt und dadurch gezähmt”.

101 No podemos dejar de señalar que la idea de una costumbre salvaje controlada por la razón reenvía con excesiva facilidad al “mito del buen salvaje”: la costumbre en estado de naturaleza sería corrompida, tergiversada y transformada por la tarea racional de los juristas medievales.

a. Derecho consuetudinario y aculturación

Haciendo hincapié también en la novedad que implicó el advenimiento del concepto *jus consuetudinarium* Robert Jacob le da al argumento una nueva vuelta de tuerca. Retomando la perspectiva sociológica del pluralismo jurídico plantea que la invención del derecho consuetudinario desplegó un proceso de aculturación con características similares al proceso colonizador del siglo XIX cuando se imponía la redacción de costumbres a los colonizados¹⁰².

¿Qué plantea el pluralismo jurídico? El pluralismo jurídico parte de una crítica a lo que se denomina el monismo jurídico, esto es el modo en que en general pensamos el sistema jurídico desde la configuración de los Estados Nacionales: se considera que dentro de un Estado debe existir un soberano indivisible, esto es, un solo individuo o grupo de individuos con poder creador de derecho y fuente única del poder político que garantice la cohesión y el carácter unitario de la nación. Se concibe, además, que las normas jurídicas expedidas por este soberano deberán tener un carácter general y abstracto y deberán constituir un sistema claramente estratificado y coherente. Para el pluralismo jurídico, el monismo es una teoría descriptivamente errada y normativamente poco fértil. Los pluralistas jurídicos consideran que el monismo, oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos y elimina por definición el que, en ocasiones, sea normativamente adecuado que coexistan diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, por ejemplo, para garantizar la paz en Estados compuestos por comunidades culturales radicalmente distintas. Así, el pluralismo jurídico es un modelo de análisis que intenta desprenderse de la primacía fáctica, política y analítica del derecho estatal como expresión de la soberanía¹⁰³.

Inicialmente la teoría del pluralismo jurídico se aplicó sistemáticamente a la etapa colonial, específicamente al momento de encuentro entre el derecho europeo y el derecho indígena. El derecho consuetudinario o, mejor, la calificación que el derecho estatal hace del derecho indígena como “costumbre” es considerada una forma de degradación y subordina-

102 Jacob (2001).

103 Correas (1994).

ción de las minorías nacionales¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, se da por hecho que el derecho indígena es un auténtico “derecho” que el Estado no reconoce como tal y que, por el contrario, éste lo vincula de manera negativa y degradada como derecho consuetudinario¹⁰⁵. Trabajos fundantes en esta línea son los de Fitzpatrick (1990) y Chanock (1985), quienes plantean que lo que generalmente se asemejaba a “costumbre” en las sociedades con pasado colonial, era en realidad una invención del imperialismo. Fitzpatrick, en sus investigaciones sobre Papúa Nueva Guinea, muestra que una serie de estructuras y prácticas identificadas como “costumbres” fueron en realidad redefinidas, e incluso a veces impuestas por los colonizadores y luego retomadas como propias por los colonizados, con el objetivo de subordinar el orden jurídico indígena al nuevo orden colonial¹⁰⁶. Esta es la matriz que han tomado autores como Jacob para aplicar a la Edad Media.

En un artículo publicado en 1998, propone que los doctores en derecho romano y en derecho canónico dieron cuerpo a este concepto, el *jus consuetudinarium*, para proporcionar un cuadro cómodo de legitimación a las normas nacidas más allá de los grandes *corpora* textuales. Será la presión de los administradores y jueces formados en la lengua del derecho culto la que recalifique estas normas como “costumbres”. Este proceso tendría por resultado marginar las normas así denominadas ya que la costumbre se concebía como forma inferior respecto de los grandes textos del derecho escrito.

“L'apparition d'un droit coutumier dans l'Europe des XII^e et XIII^e siècles ne constitue pas, comme on l'a longtemps dit, l'émergence ou «émersion» d'un déjà-là auparavant latent, mais un aspect de la mise en place de nouvelles régulations juridiques et judiciaires. En somme, une forme d'acculturation qui n'est peut-être pas si différente en essence de celle où conduisit la colonisation du XIX siècle lorsqu'elle imposa la rédaction des «coutumes» des colonisés”¹⁰⁷.

De este modo Jacob retoma para el mundo medieval los planteos que la perspectiva del pluralismo jurídico señalaba para los pueblos colonizados: las estructuras y prácticas denominadas “costumbres” fueron

104 Correas (1994); Stavenhagen (2002)

105 Ariza & Bonilla (2007)

106 Como señalan Sierra y Chenaut (2002), 143.

107 Jacob (2001), 106.

en realidad redefinidas, e incluso a veces impuestas por los colonizadores y luego asumidas como propias por los colonizados. Esto se aplicaría no solo a los pueblos con pasado indígenas sino también a las civilizaciones con una historia jurídica radicalmente diferente a la occidental y sometidas al imperialismo. En el caso de China, Bourgon muestra cómo los juristas formados en la tradición occidental, en el momento de elaborar un derecho codificado, modificaron la tradición China instalando el modelo occidental de la costumbre como origen histórico de la ley, paradigma totalmente ajeno a la historia nacional¹⁰⁸.

En el caso medieval, para Jacob, sería el derecho docto quien operaría la aculturación que en los siglos XVIII y XIX habría provocado el derecho colonial. ¿Por qué en el caso medieval se trataría de una aculturación? Sigamos el estudio de Jacob sobre los primeros textos que abren la tradición “*coutumier*” en Francia para comprender mejor esta hipótesis. La primera compilación de textos consuetudinarios proviene del reino cristiano de Jerusalén. Se trata en realidad de tres libros o tratados que presentan ciertas dificultades de datación. El primero que se supone anterior a 1250 designa con el término “*assise*” la regla específicamente aplicable al reino de Jerusalén, una ordenanza, disposición establecida por el rey con el consentimiento de los barones¹⁰⁹. Pero el término nunca está solo, suele asociarse a la idea de derecho y de razón. En un solo caso dice Jacob aparece la idea de “*l’assise e par l’us du reyaume*” pero, considera el autor, que estamos en presencia de una asociación entre *assise* y uso que realizó un copista posterior.

El segundo tratado, escrito aparentemente entre 1252 y 1257 por Felipe de Novara se separa fuertemente del vocabulario del *Livre du roi*, el texto anterior. Las palabras “ley” y “razón” dejan lugar a expresiones como “*par dreit*”, “*en dreit*”, pero lo más significativo es que “uso” em-

108 Bourgon (1999). A principios del siglo XIX un jurista japonés asilado en China escribe una serie de ensayos sobre la evolución del sistema jurídico chino y sobre su ciencia jurídica. Presenta en ellos el papel fundamental de la costumbre, fenómeno desconocido hasta ese momento. Lo que es verdaderamente interesante es que este esquema evolutivo del derecho chino descrito por Liang Quichao coincide con el modelo que ya hemos citado y criticado de etapas de la costumbre: en un primer estadio de evolución la costumbre que es práctica se convierte en derecho consuetudinario; en el segundo el derecho escrito se desprende progresivamente de su origen consuetudinario y la costumbre pierde razón de ser.

109 Jacob (2001), 110.

pieza a estar combinado con *assise*, “*par us et par assises*”, relación que introduce la idea de una cierta regularidad. Por el contrario, la palabra costumbre está ausente en la obra de Novara. Más exactamente, dice Jacob, no está presente en noventa y tres de los noventa y cuatro capítulos de su obra. En el capítulo noventa y cuatro aparece vinculada a la *assise*, “*chascune assise et us et costumes*”. Se vislumbra una notable mutación lexical que podría hacer suponer una interpolación posterior. Sin embargo, para Jacob no habría que suponer una adición tardía, sino una fuente de inspiración diferente. Muy probablemente el contacto de Novara con el derecho docto habría hecho posible la asociación de la “*assise*” con la costumbre, vinculación paradójica ya que la “*assise*” no tendría nada que ver con el derecho consuetudinario. En su afán de oponer la “*assise*” al decreto, a las decretales y a la ley, Novara calificaba la “*assise*” como costumbre¹¹⁰. En el tercer tratado, el de Jean d’Ibelin, tributario del de Novara, la “*assise*” aparece definitivamente vinculada a la costumbre en todo el texto. La aculturación ha sido exitosa, la “*assise*” un tipo de norma que nada tenía que ver con la costumbre queda nominada bajo ese concepto.

Otros ejemplos permiten a Jacob probar esta hipótesis que tiene por objetivo demostrar el carácter artificial, en tanto construido, del derecho consuetudinario. Una vez creado el concepto se nomina con él a unas prácticas normativas preexistentes que pierden su identidad al caer bajo las garras del derecho docto.

Aunque desde otra perspectiva, el planteo de Jacob evoca, de algún modo, la vieja discusión sobre el supuesto enfrentamiento entre derecho consuetudinario y derecho romano. Si bien en esta versión no se trata del conflicto entre la costumbre auténtico derecho del pueblo y un derecho foráneo de matriz elitista, la idea de tergiversación de una verdadera identidad presente en el análisis lo acerca a aquella vieja mirada sobre el derecho consuetudinario.

Pertinente, tal vez, para pensar el proceso de aculturación producido como resultado de la conquista y colonización del siglo XIX, habrá que tener ciertos cuidados a la hora de aplicar este paradigma a la realidad jurídica medieval. Sobre todo porque no se trata en la Edad Media, como lo ha demostrado la historiografía, de un enfrentamiento entre dos culturas –una consuetudinaria, otra legal–, sino, como ha dicho Gouron, de un proceso de “reificación del discurso jurídico” a partir del cual nace el

110 Jacob (2001), 113.

derecho consuetudinario. En el siglo XIX la distinción entre derecho legal y derecho consuetudinario ya existe, y se utiliza para “recalificar” unas prácticas de modo de someterlas al derecho de los dominadores. En el siglo XII, por el contrario, se inventa un concepto que instituye un referente que no deriva de otros discursos previos. No se trata de una recalificación sino de una invención, de la creación de un concepto y del objeto al que remite.

b. *Jus consuetudinarium* y retórica

Otro ajuste de la tesis que considera que el derecho consuetudinario es una invención ligada al renacimiento jurídico del siglo XII, se presenta el trabajo de F. Roumy, una investigación sobre el nacimiento de las expresiones *lex consuetudinaria* y *jus consuetudinarium*. En su trabajo centrado en diferentes fuentes diplomáticas y literarias de los siglos XI y XII muestra que estas fórmulas aparecen a mitad del siglo XI en el Norte de Francia y en Alemania, independientemente de la difusión del derecho justiniano. La presencia de estas locuciones en estas zonas, dice el autor, en una época donde la ciencia del derecho civil aún está dando del otro lado de los Alpes sus primeros balbuceos, invita a reconsiderar la historia de los primeros desarrollo del concepto derecho consuetudinario¹¹¹. Analiza para ello dos grandes grupos de documentos recolectados en distintas regiones del Norte de Francia (antiguo condado de Borgoña, Bravante, Picardía, etc.) y en el Imperio: uno formado por textos que parecen estar exentos de contaminación del vocabulario romano-canónico; otro, organizado en torno de documentos que manifiestan claramente la contaminación del derecho culto.

En el primer grupo, encuentra que las menciones más antiguas de *lex consuetudinarium* y *jus consuetudinarium*, corresponden a 1040 y 1075-1076 respectivamente. A partir de esa fecha los términos aparecen con frecuencia en actas de todo tipo (reales, de donación, de conflictos, etc.). Lo fundamental para resaltar es que, salvo un documento correspondiente al mundo germánico escrito al calor de la querrela de las investiduras del que se considera que puede estar contaminado por el vocabulario de las compilaciones justinianas, todas las referencias remiten a la costumbre en su sentido feudal, lo que las fuentes del XI y el XII llamarán

111 Roumy (2001), 261.

usualmente *exactiones* o *consuetudines*, es decir obligaciones banales. En ningún caso reenvían a la noción de derecho consuetudinario que manejarán los juristas a partir del siglo XII.

En el segundo grupo, el de los textos romanizados, también se encuentran remisiones a la costumbre en su sentido feudal pero, conforme avanzan los años, se hace cada vez más presente, bajo la influencia de glosadores y decretistas la significación de la costumbre como un derecho distinto de las *leges* o de los cánones, pero susceptible de representar un verdadero corpus de reglas comparables a estos¹¹². Lo que en definitiva ve Roumy es que las expresiones *jus consuetudinarium* y *lex consuetudinaria* sufren en este período una evolución paralela pasando de designar derechos públicos y principalmente obligaciones ligadas al señorío banal¹¹³, a indicar a fines el XII un derecho consuetudinario de naturaleza territorial. Se ve en esta transformación la marca de la tarea de los juristas.

Es evidente entonces, que respecto del análisis de este segundo grupo, no habría diferencias con la interpretación de Gouron. En ambas investigaciones se señala el papel clave que tuvo la renovación cultural del siglo XII en la formalización de la costumbre como derecho positivo. La diferencia es que Roumy trata de explicar la presencia de estas expresiones en zonas en donde la influencia de la recepción no fue tal, o más tardía. Respecto de la expresión *lex consuetudinaria* considera que la fuente más probable de unión de las nociones de ley y de costumbre en un único concepto sea Isidoro de Sevilla, cuya *Etimologías* fue una de las obras más difundida en el Occidente latino altomedieval, utilizada para la enseñanza de retórica. El pasaje en el que Isidoro explica que entre la ley y las *mores* la diferencia está en que mientras la ley es escrita, el *mos* es una costumbre aprobada por la antigüedad, por lo tanto una ley no escrita¹¹⁴, para Roumy contiene en germen la idea de *lex consuetudinaria* y es justamente este pasaje el que es retomado en el siglo XII en el *Decreto* de Graciano. La utilización en el norte de Francia y de forma temprana de estas expresiones habría que buscarla en el uso didáctico que las escuelas de gramática hacían en esa zona del texto isidoriano.

112 Roumy (2001), 275.

113 Analizaremos esta cuestión cuando nos centremos en los fueros de Castilla y León en el Capítulo 2.

114 Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, II, 10, 1: “*Inter legem autem et mores hoc interest quod lex scripta est, mos vero est vetustote probata consuetudo sive lex non scripta*”.

La expresión *jus consuetudinarium* tendría para Roumy una fuente diferente aunque también ligada a la retórica. Considera probable situarla en dos textos, *De inventione* de Cicerón y la *Rethorica ad Herennium*, que la tradición medieval adjudicaba al rétor romano pero que en la actualidad se considera de autor desconocido. Dos pasajes del *De inventione* evocan el derecho reposando sobre la costumbre (*consuetudine jus*). El primero remite a la más antigua y famosa definición de costumbre: Cicerón la presenta como estando fundada sobre el tiempo y apoyada por el consentimiento del conjunto del cuerpo social, sin necesidad de que la ley intervenga para sancionarla. Da como ejemplo las prácticas consagradas por el pretor romano al final de la República:

Derecho por costumbre se llama al que por voluntad de todos, pero sin ley, se halla establecido desde muy antiguo. Hay en este derecho cosas ya ciertas por su mucha antigüedad, como son la mayor parte de los edictos de los pretores¹¹⁵.

En otro pasaje plantea que el derecho fundado sobre la costumbre se nutre poco de la naturaleza, desarrollándose básicamente a partir del uso y por la aprobación del vulgo a través por ejemplo del pacto y la sentencia¹¹⁶.

Por otro lado, un fragmento de la *Rethorica ad Herennium* presentando las diferentes categorías de *jus* evoca a la costumbre como una posible fuente del derecho al lado de la naturaleza, de la ley, y del precedente judicial¹¹⁷. El derecho natural aparece fundado en la observancia de ciertos deberes entre los próximos y la familia; el *jus lege*, sancionado por la decisión del pueblo, y el *jus consuetudine*, sancionado por el uso en caso de ausencia de toda sanción legal que adquiere fuerza de ley.

115 Cicerón, *De inventione*, II, 67

116 Cicerón, *De inventione*, II, 162: *Consuetudine ius est quod aut leviter a natura tractum aluit et Malus fecit usus ut religionem, aut si quid forum quae ante diximus ab naturam profectum maius Factum Procter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit: quid genus pactum est par iudicatum*".

117 *Rhetorica ad Herennium*, II [13] 19: *"De eo causa posita dicere poterimus si ex quibus partibus ius constet cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, constitutione, iudicatio, a quo et bono pacto. Natura ius est quod cognationis aut oietatis causa observatur quo iure parentes a liberis et a parentibus liberi coluntur. Lege ius est id quod populi iussu sanctum est; quod genus ut in iuseas cum voceris. Cosnuetudine ius est id quod sine lege aequaeac sit legitimum sit usitatum est; quod genus, id quod argentario tuleris expensum ab socio eius recte petere possis"*.

Ahora bien, según el autor, en su contexto original estos pasajes entendían el término *consuetudo* en un sentido para-jurídico, los rétores buscaban sobre todo calificar a través de este concepto, una regla susceptible de demostrar lo bien fundada de una acción humana, más que dar cuenta de una categoría de derecho positivo. Con el desarrollo del *trivium* estos textos conocieron en la Edad Media un gran suceso porque sirvieron para definir no a la costumbre en general sino a la costumbre en el seno del orden jurídico. Las transformaciones del vocablo también tendrían para Roumy su historia. En el tratado de Agustín contra Parménides ya figura la expresión *consuetudinis jus* que es como aparece según Gouron en el *Decreto* de Graciano. Los rétores latinos, entonces, forjan concepto en ablativo, pasa con Agustín a genitivo y luego a *jus consuetudinarium*. Roumy plantea que este paso podría obedecer a cierta lógica semántica si se considera la preocupación de claridad que podía animar a los autores de tal transformación. Lejos de resultar de un simple bastardeo del lenguaje fue utilizada muy temprano por gramáticos advertidos para señalar una distinción entre derecho natural, derecho escrito y derecho consuetudinario.

Dos cosas a resaltar entonces del planteo de Roumy. Por un lado, que la presencia temprana de las locuciones *jus consuetudinarium* o *lex consuetudinaria* en el norte de Francia y en el Imperio pueden explicarse debido a la importancia que tuvo a partir del siglo XI la lectura y la glosa de los textos sobre retórica heredados de la tradición romana o altomedieval. Por otro lado, lo que estos documentos diplomáticos designan de forma precoz como *lex consuetudinaria* o *jus consuetudinarium* remite en este período temprano a las obligaciones banales. Es recién bajo la influencia y la difusión progresiva del derecho justiniano que empiezan a aplicarse, aproximadamente del final siglo XII, aun derecho consuetudinario de naturaleza territorial por oposición al *jus scriptum*¹¹⁸.

2. Las producciones en el ámbito hispánico

En el ámbito hispánico también se produjeron críticas a esta concepción iusnaturalista y germanista de la costumbre. Un grupo de historiadores que la historiografía califica de romanistas, consideran que el derecho altomedieval fue una prolongación de la tradición jurídica romano-vulgar que tras

118 Roumy (2001), 257.

la caída del Imperio pervivió en la monarquía visigoda. En esta línea, se encuentran entre otros Aquilino Iglesia Ferreirós, Petit, autores cuyos trabajos, a pesar de las diferencias que guardan entre sí, tienen por objetivo común señalar el carácter romano del derecho visigodo. Iglesia Ferreirós ha sostenido que la creación del derecho visigodo tiene su anclaje en la tradición romana, aun cuando conserve algunas de sus instituciones: “Al integrarse en la sociedad romana los visigodos se integraron igualmente en su derecho, aunque conservando sus instituciones propias, que pudieron integrarse a la evolución final del Derecho Romano, como mostraría el mismo Código de Eurico”¹¹⁹.

La costumbre también en estos argumentos se vuelve una pieza clave a la hora de demostrar la influencia del derecho romano en la tradición visigoda. Si los historiadores germanistas habían vinculado a la costumbre con el derecho germánico, Petit se encarga, como ya señalamos, de demostrar que los vocablos *consuetudo*, *mos*, *usus*, presentes en la *Lex Visigothorum* lejos de referirse a normas de derecho consuetudinario de raíz germánica, que era lo que tradicionalmente se suponía, tiene por base la tradición jurídica romano-tardía¹²⁰.

En estos trabajos el eje central, respecto de la costumbre, es la revisión del axioma tradicional que confrontaba el derecho consuetudinario con el derecho romano, para considerar la idea ya planteada por Gouron de que la toma de conciencia de la costumbre está siempre vinculada con la adopción en grados variables de la cultura jurídica asociada al derecho romano¹²¹. Este lazo entre costumbre y derecho romano se explica porque únicamente las fuentes antiguas aportaban una verdadera teoría de las fuentes del derecho concediendo un lugar a la costumbre¹²². Un claro ejemplo de esto son las investigaciones sobre el problema de la costumbre en la región de Cataluña de Iglesia Ferreirós centrados en demostrar la necesaria influencia del derecho romano para la presencia de conceptos ligados a la costumbre: la precocidad que se ve en la documentación jurídica catalana en la utilización de términos traducibles por costumbre está

119 Iglesia Ferreirós (1978).

120 Petit (1990).

121 Gouron (1988a), 183: “Au fond, la leçon catalane comme la leçon italienne son claires: sans un minimum de culture juridique, sans le maintien, même ténu ou déformé, du souvenir des sources antiques, la prise de conscience de la coutume n'est guère possible”.

122 Gouron (1986), 137.

ligada al peso que la tradición romana tenía en la región¹²³. A partir de esta tesis se han realizado trabajos de constatación, esto es de búsqueda de influencias romanistas que expliquen la presencia del término *consuetudo* en tal o cual corpus documental¹²⁴.

En el ámbito hispánico también encontramos un conjunto de trabajos que centrados en la relación entre derecho consuetudinario y constitución de la potestad normativa del monarca, investigan la obra de Alfonso X, monarca que llevó adelante una importante política en materia jurídica incorporando los nuevos elementos del derecho romano y del derecho canónico¹²⁵. En lo que concierne a la costumbre, los trabajos en esta línea, la abordan desde una perspectiva estrictamente jurídica. Se trata de mostrar que la preocupación por elaborar una definición acabada de derecho consuetudinario tiene que ver con las preocupaciones centrales de la monarquía: en primer lugar la reivindicación de la creación del derecho por parte del monarca; en segundo lugar, la unificación jurídica de sus reinos; por último, lograr una renovación jurídica del reino en todos los niveles¹²⁶. A raíz de estos objetivos, sobre todo del primero es que surgirá la necesidad de dar una definición acabada del término costumbre; establecer un sentido específico para la costumbre era garantía del éxito de la operación de subsunción de cualquier otra forma de producción de derecho a la capacidad normativa del rey. Veremos en el próximo capítulo los avatares de esta definición en el corpus jurídico alfonsí.

Recapitemos para señalar lo esencial del abordaje de estos trabajos sobre la costumbre. En primer lugar, no piensan la relación entre *lex* y *consuetudo* como enfrentamiento entre dos tipos de derecho, que en algunos casos la historiografía tradicional había clasificado como derecho romano y derecho germánico. Por un lado, porque la posibilidad de nominar a unas prácticas a través del vocablo costumbre está directamente asociada a la herencia romana; por otro, porque antes del trabajo de los juristas medievales sobre el corpus romano recuperado el *jus consuetudinarium* no existía como concepto. Es recién a partir de esta invención

123 Ver Iglesia Ferreirós (1977).

124 Éste ha sido el problema central desarrollado en mi Tesis de Licenciatura; Miceli (2000). Una parte de este trabajo fue publicado en Miceli (2002).

125 García Gallo (1951-52; 1976; 1984); Craddock (1974; 1981); Iglesia Ferreirós (1980; 1985; 1986); MacDonald (1984); Sánchez de la Vega (1990).

126 Martínez Llorente (1990).

y en el marco del proceso de constitución de la potestad normativa del monarca que aparecen los conflictos entre ley y costumbre¹²⁷.

En segundo lugar, esta visión si se quiere más jurídica de la costumbre vuelve a caer, salvo escasas excepciones, en el modelo de las dos edades de la costumbre; pero resaltando la tergiversación o domesticación que la invención del *jus consuetudinarium* habría provocado respecto de la costumbre como reservorio auténtico de la tradición de la comunidad.

Nuestra investigación retoma varios de los planteos de esta perspectiva, sobre todo los que atañen a la novedad que implicó el trabajo romanista y canonista sobre la costumbre, pero toma distancia de la idea de tergiversación que algunos autores enmarcados en esta línea plantean. Hablar de “tergiversación” supone la transmutación de una esencia que se encontraba allí para ser dicha y fue traicionada. Esta investigación se preocupará por resaltar por el contrario que no hay ninguna esencia popular o natural en el derecho consuetudinario que el derecho positivo vino a traicionar o transformar. En este libro no veremos al derecho consuetudinario nacer del espíritu del pueblo o de la memoria campesina sino que advertiremos que su gestación se produjo en el interior mismo del discurso jurídico a partir de las operaciones doctas sobre el corpus del derecho romano recuperado. Desde esta perspectiva el carácter popular y natural de la costumbre se desvanece: no se trata de un derecho popular porque cuando los juristas medievales hablaban de pueblo no se referían a lo popular sino a *maior pars* esto es al pueblo como *universitas*; no refleja una naturaleza arraigada en las cosas, los hombres o la tierra, por el contrario es un artificio que impone las reglas para que una práctica devenga costumbre. Como veremos más adelante, en *Las Siete Partidas* (texto clave de la obra jurídica de Alfonso X) se explicitan esas condiciones que tienen como fuente al *jus commune*: se dice, en primer lugar, que debe tratarse de un uso que persista por un lapso de tiempo de diez o veinte años; en segundo lugar, debe ser llevada adelante por el pueblo o una parte de él; en tercer lugar, debe ser confirmada por la jurisprudencia («*Si en estos tiempos fueron dados dos juicios por ella*»); en cuarto lugar, la costumbre debe ser con razón y no contra el derecho natural o contra el de la tierra; por último, un requisito que añade particularmente el código alfonsí, debe existir el consentimiento del señor de la tierra¹²⁸. En definitiva, y a esto queríamos llegar, en el siglo XIII se

127 Ver Capítulo 3.

128 Sánchez de la Vega (1990), 155-156. Estas condiciones quedan claramente

fijan, tomando como referencia las glosas y comentarios al *Corpus Iuris*, los criterios de existencia de la costumbre. Es el momento, por lo tanto, en que se instituye la regla jurídica que crea a la costumbre como derecho. No hay nada de natural y popular en la costumbre en tanto sus pautas han sido fijadas arbitrariamente desde un discurso doctrinal.

expuestas en *Partidas* I.2.5: “*E tal pueblo como este o la mayor partida del, si usaren diez o veynte años a fazer alguna cosa como en manera de costumbre sabiéndolo el señor de la tierra y no contradiciendo, e teniendolo por bien pueden la fazer, e debe ser tenuta y guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados, concejeramente de dos juyzios arriba por ella de omes sabidores, ey entendidos de juzgar. E no aviendo quien gelas contralle, esso mismo seria cuando tal costumbre, en el tiempo sobre dicho, alguno pusiesse demanda, o su querella: o dixiesse que non hera costumbre que debiese valer ... E otrosí dezimos que la costumbre que el pueblo quiere poner, e usar della, debe ser con derecha razon e non contra la ley de dios, ni contra señorío ni contra derecho natural ni contra procomunal de toda la tierra del logar do se faze, e deven la poner con gran consejo, e non por yerro ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho e razon e pro, ca si de otra guisa la pusieren non seria buena costumbre, mas dañamiento dellos e de toda justicia”.*

Capítulo 2

LA COSTUMBRE EN CASTILLA Y LEÓN

Quod non est in texto juris non est in mundo.

Jasón de Mayno

Consideradas en el capítulo anterior las diversas perspectivas historiográficas sobre el problema de la costumbre, y habiendo señalado nuestro punto de partida teórico-metodológico, nos dedicaremos aquí al estudio de otro aspecto de la dimensión histórica de la costumbre: su historicidad como concepto. ¿A qué hacemos referencia con esta idea? Frente a la visión unitaria y romántica de la costumbre como “usos ancestrales estables que evolucionan de manera muy lenta y que se transmiten de generación en generación”, definición que ha llegado a convertirse en el paradigma de las ciencias sociales sobre la cuestión, planteamos aquí la necesidad de historizar el concepto de *consuetudo*, que lejos de permanecer estático a través de los siglos se ha modificado, pudiendo ver importantes cambios a lo largo de su historia¹. La transformación fundamental, y que marcará un antes y un después en la historia del vocablo, está ligada, como ya indicamos en el capítulo anterior, a la tarea que sobre el corpus romano realizaron los doctores del derecho civil y canónico a partir del siglo XII. Operación que en relación con la costumbre dio como resultado la invención de un concepto desconocido hasta ese momento en la jurisprudencia y retórica occidental, la locución *jus consuetudinarium*, que modificará radicalmente la percepción acerca de la costumbre en Occidente.

Como vimos, la concepción dominante en la actualidad en las ciencias sociales pone el acento en el aspecto que hemos denominado romántico de la costumbre; pero esta visión fue construida entre los siglos XVIII y XIX y, como intentaremos demostrar, poco tenía que ver con la concepción que imperaba en la documentación medieval española.

Ahora bien, si como acabamos de señalar el *jus consuetudinarium*

1 Serna Vallejo (2006), 871.

no existe antes del siglo XII ¿qué es la costumbre antes de la recepción justiniana? Proponemos en función de indagar esta cuestión un recorrido sobre el concepto “*consuetudo*” en una documentación específica del mundo medieval español, los fueros. Si bien la historiografía ligada al derecho medieval ha afirmado el predominio del derecho consuetudinario en algunas regiones de la península durante la Alta Edad Media, nuestro objetivo aquí será mostrar, a partir del análisis riguroso de los fueros, que la *consuetudo* en tanto conjunto de prácticas jurídicas, recién aparece en la documentación, a partir de la elaboración docta del *jus consuetudinarium*. La documentación indica, si es que se constata la presencia del vocablo, que *consuetudo* antes de fines del siglo XII remite a otro universo de significación. Es a partir de la elaboración de la *consuetudo* como *jus* que la palabra amplía su campo semántico hasta incluir la idea de una práctica obligatoria recurrente generadora de derecho. Pero esto no sucederá hasta mediados del siglo XII, como resultado de un trabajo minucioso por parte de los doctores del derecho.

En función de nuestra hipótesis analizaremos documentos que corresponden a dos áreas diferentes: al reino de León y a la región de Castilla. Como sabemos el mapa jurídico español es verdaderamente muy fragmentado tanto geográfica como cronológicamente en este período. La conquista musulmana que trajo como consecuencia el hundimiento de la monarquía visigoda provocó también la desaparición de la unidad jurídica forjada en torno a la vigencia del *Liber Iudiciorum*. En regiones tales como Navarra, Castilla, Asturias y los valles del Pirineo, el Libro dejó de aplicarse. “Sólo al cabo de un siglo Alfonso II (792-842) lo restableció en Asturias, y a principios de siglo X los mozárabes que procedentes de la España musulmana se establecieron en León contribuyeron a que en esta región se difundiese la ley gótica”². Por el contrario, las zonas de Castilla, Navarra y Aragón van a seguir desconociendo durante algunos siglos el texto visigótico. Las comarcas extremeñas al encontrarse lejos de las urbes centrales y debido a la particularidad de su función estratégica (tengamos presente que se trataba de avanzadas militares en el proceso de la “reconquista”) en la mayoría de los casos elaboraron un derecho con características propias muy peculiares.

¿Por qué es importante esta distinción territorial en función de la demostración de nuestra hipótesis? Porque además de la cesura temporal

2 García Gallo (1956), 391.

que señalamos anteriormente también debemos tener en cuenta las diferencias entre las distintas regiones. En los territorios donde se mantuvo vigente la ley visigoda pervivieron a través de ésta algunos elementos del derecho romano; por lo tanto, es posible encontrar más tempranamente, debido a esta herencia romana, la utilización de locuciones que remitan a la idea de costumbre. Por el contrario en aquellas zonas donde la aplicación del *Liber* fue inexistente la utilización de dicho lenguaje aparece de forma tardía. En este punto establecemos una filiación directa con la tesis de Gouron, quien afirma que la aparición de términos traducibles por costumbre está siempre vinculada con la adopción en grados variables de la cultura jurídica asociada al derecho romano³.

La comparación regional nos permitirá mostrar cómo a pesar de las diferencias entre los documentos de Castilla y León en ambos casos se evidencia un cambio fundamental respecto de la *consuetudo* a partir de fines del siglo XII momento en el cual comienza a operar una definición dogmática del término.

I. LOS FUEROS Y PRIVILEGIOS DE FINES DEL SIGLO XII

1. Castilla

El conjunto de territorios que pertenecen a Castilla dejaron de aplicar el derecho gótico muy rápidamente. Si bien durante el período que Castilla se encontró unida al reino de León tuvo vigencia el código visigótico, a mediados del siglo X al acceder a su autonomía, el *Liber* dejó de aplicarse. La inexistencia de un referente para resolver las situaciones pasibles de ser sometidas a derecho permitió el desarrollo de un derecho local “susceptible de resolver por sí mismo las dificultades que planteaba la convivencia en comunidades de economía agropecuaria”⁴. A diferencia de otras regiones, como el reino de León, en donde el *Liber* permaneció vigente, en Castilla no se mantuvo el sustrato romano que la ley gótica transmitía. De allí las claras diferencias que veremos entre una región y otra.

Una lectura de los más significativos fueros y privilegios del área otorgados durante los siglos X y XI, como los concedidos por Fernán Gon-

3 Cf. Gouron (1988b).

4 Gacto Fernández (1979), 31.

zález a distintas localidades castellanas (los privilegios al Monasterio de Santa María de Remondo, el fuero de Castrojeriz, entre otros), donaciones hechas por otros condes castellanos (como por ejemplo al Monasterio de San Salvador de Oña), y los fueros de Nave de Albura, de Alcalá de Henares, de Medinaceli, el fuero latino de Sepúlveda, etc., permite ver que no existe ninguna mención del vocablo *consuetudo* en ellos⁵. En los fueros siguientes que se otorgan a lo largo del siglo XII se repite esta característica: el término *consuetudo* no aparece, ni tampoco otras locuciones que tradicionalmente podrían considerarse sinónimos, como *usus* o *mos*. La costumbre como concepto, no existe por lo tanto, en la documentación castellana altomedieval.

Acodado en el paradigma antropológico (la costumbre como rasgos identitarios de una comunidad o pueblo que se transmite de forma oral de generación en generación) el historiador se sobresalta: ¡pero si estas comunidades tienen costumbres! ¡Si se ven hábitos que se repiten! No hay ninguna duda de esto. Baste con darle una mirada a uno de los más representativos fueros castellanos, el fuero latino de Sepúlveda otorgado por Alfonso VI en 1076, para encontrar marcas de prácticas que se reiteran:

*“Yo Alfonso el rey y mi esposa Inés, nos place desde nuestra propia voluntad, confirmamos a Sepúlveda su foro que tuvo en tiempo antiguo de mi abuelo y en tiempo de los condes Fernán González, y del conde García Fernández y del conde señor Sancho, de sus términos así como de sus juicios y de sus placitos y de sus pignoras, y a sus pobladores, y de todos sus fueros que tuvieron antes en tiempo de mi abuelo y de los condes que aquí nombramos”*⁶.

En este fragmento queda claro que el rey reconoce que, desde el tiempo de su abuelo, hay determinadas prácticas que se vienen realizando de un modo particular. Desde la definición etnográfica o antropológica, habría pues costumbre en Sepúlveda porque existen hábitos que se repi-

5 Las ediciones consultadas pertenecen al volumen publicado por Muñoz y Romero (1847).

6 *“Ego Adefonsus rex et uxor mea Agnes. Placuit nobis ex propria nostra bona voluntate, et / confirmamus ad Septempública suo foro quod habuit in tempore auoli mei et comitum Fredenando Gonzaluez, et García Fredinandiz et dono Sanctio quod fuit in / tempore illorum, de suis terminis sive de suis iudiciis uel de suos placidos aut de suas pignoras et de suos populares et de totos suos foros quod fuerunt / ante in tempore auoli mei quos hic nominamos”*. Sáez Sánchez (1991), 3.

ten y se transmiten. Pero es importante señalar que muchas de las prácticas que se ratifican no son simples hábitos comunitarios, sino instituciones jurídicas, como es el caso de la pignoración romana⁷ y de los *placidos*, reuniones judiciales cuyo objetivo era restablecer la paz⁸. Existe entonces continuidad de las instituciones jurídicas, de un ordenamiento jurídico que se practica, según enuncia el rey desde época ancestral —siempre debemos tener en cuenta que la remisión al pasado puede ser una estrategia de legitimación de un derecho nuevo—. En esta misma línea, el término “foros”, presente en el documento, parece querer indicar la continuidad y permanencia de un ordenamiento antiguo. Ahora bien, ¿significa esta continuidad de las prácticas sociales, y de los *foros* antiguos, y de instituciones jurídicas la existencia de derecho consuetudinario? Fuera de la perspectiva etnográfica y del romanticismo la presencia de hábitos reiterados o de un ordenamiento que se perpetúa no implica de ninguna manera la constatación de existencia de derecho consuetudinario. Si bien en el documento el rey está reconociendo el derecho antiguo de la villa, el término “fuero” debe ser entendido aquí, como lo indica García Gallo⁹, como derechos del lugar no necesariamente consuetudinarios. El término fuero podía remitir a anteriores concesiones de los reyes, a privilegios condales o incluso como veremos en el caso de León a leyes contenidas en códigos al-

7 *Pignoras* se refiere aquí a una institución del derecho romano *pignus conventio* o *pignoratio* que implicaba la colocación de un objeto en garantía del cumplimiento de una obligación. Este término latino ha pervivido en castellano en las formas “pignorar”, “pignoración”, “empeñar”, “prender”, etc. En el fuero de Sepúlveda se explicitan las condiciones de la pignoración o prenda: “*E quales homines voluerint pignorare in arequa vel in alia parte, antequam vadat, et accipiat eum ante suo iudice XL solidos pecte in quoto et duplet ipsa pignora. Et nullus homo sit ausus pignorare en suas aldeas, et si pignoraverit per totum, aut directum, duplet ipsa pignora, et reddat LX. solidos*”. Muñoz y Romero (1847), 285.

8 Según Prieto Morera la palabra *placitum* proviene del verbo latino “*placere*” (parecer bien) que significaría estar de acuerdo con algo o parecer oportuno o conveniente algo. La fórmula “*placuit atque convenit*” está presente ya en pizarras visigóticas y otros documentos altomedievales. En la región de León el uso más frecuente de *placitos* remite al compromiso de las partes a comparecer en el proceso. Cf. Prieto Morera (1992), 400. Otros autores consideran que *placitum* remite a las reuniones judiciales en donde se trataba de llegar a la paz o se buscaba atenuar temporalmente un conflicto. Ir al *placitum* significaba poner en movimiento mecanismos rituales para establecer la paz mediante compromisos o convenciones “privadas”. Ver Le Goff y Schmitt (2003), 205.

9 García Gallo (1956), 393-395.

tomedievales. “Fuero” no es sinónimo de derecho consuetudinario, porque lo que lo define es haber sido guardado y respetado por la comunidad, y no su origen. Es fundamental tener en cuenta, como lo hace Iglesia Ferreirós, que lo que definía a un uso o *consuetudo* -o *fuero*, agregáramos nosotros, ya que estos términos no aparecen en la documentación castellana- antes del siglo XII no era, como en la actualidad, su origen, sino su observancia. Guardar una regla, respetarla, la transformaba en costumbre. Dice el autor “las reglas establecidas se convierten en costumbres al ser observadas y, como las normas se dan para su observancia, pueden establecerse costumbres. En la Alta Edad Media el término costumbre –*consuetudo*, *mos/mores*, *usualia*, *usatges*- sirve para designar bajo una misma palabra el derecho legislado y el derecho consuetudinario actual”¹⁰. Es por esta razón que en muchos casos el propio *Liber*, sin dejar de ser la ley de los visigodos se equiparaba a la costumbre, al ser mantenida su observancia. Teniendo esto en cuenta, en el fuero de Sepúlveda, la referencia a *foro* que se realizaba desde tiempos del abuelo del rey, no remitiría necesariamente a un derecho de origen consuetudinario sino a una serie de privilegios que poseía la villa desde la época de los condes por tratarse de un pueblo de frontera en la avanzada de la reconquista, privilegios que en términos generales eran de origen condal y no consuetudinarios (en términos actuales).

Varios puntos quedan aclarados a partir de las reflexiones del párrafo anterior. En primer lugar, si definimos a la costumbre desde una mirada antropológica, no hay duda de que la comunidad de habitantes de Sepúlveda las tiene. Pero esta es una certeza que desgraciadamente no nos incumbe. No nos preocupa en este trabajo la costumbre en tanto hábito social, sino su dimensión jurídica. En segundo lugar, sí una cuestión nodal que nos concierne: no existe en estos fueros castellanos anteriores al XII referencias a la *consuetudo*. En tercer lugar, la referencia a “fuero” tampoco debe leerse como sinónimo de derecho consuetudinario ya que generalmente remitía a normas establecidas por la autoridad.

En síntesis podríamos decir que en los fueros castellanos de este período no está presente ni el concepto de *consuetudo*, ni la idea de derecho consuetudinario. Llama la atención, sin embargo, que a pesar de esta ausencia la historiografía ligada al derecho medieval haya señalado con frecuencia el predominio del derecho consuetudinario en la región para esta época: “Castilla, Navarra y Aragón siguieron desconociendo el *Liber*.

10 Iglesia Ferreirós (1996b), 338.

En todas estas regiones –en unas hasta el siglo IX o X; en otras hasta el XIII o el XIV– la costumbre fue la única fuente del Derecho”¹¹; “La mayor parte del contenido de los fueros recogen un Derecho consuetudinario que se presenta como propio del lugar, la comarca o la región”¹². Podríamos señalar otros muchos ejemplos en donde se desarrolla esta idea muy afianzada en la tradición de los historiadores del derecho¹³. Lo que queda claro es que buena parte de la historiografía tradicional encuentra derecho consuetudinario en los fueros castellanos anteriores al siglo XIII. ¿Por qué según el pensamiento de estos autores, aun estando ausente, el derecho consuetudinario determina la situación?

El tópicos de los dos momentos históricos de la costumbre, heredero, como vimos en el capítulo anterior, de una combinación de la concepción antropológica de la costumbre y de las miradas iusnaturalistas sobre el derecho consuetudinario, es el soporte de estas interpretaciones. Se piensa un primer momento, previo a la recuperación del derecho romano, cuando la costumbre en estado práctico era la única forma de regulación de la comunidad; y un segundo momento, posterior a la recuperación del corpus justiniano en que la costumbre fue al *jus* predominando sobre el “saber popular”, un derecho de matriz docta:

“La vitalidad de la costumbre y la inicial desatención de la autoridad política a los asuntos jurídicos configuran el derecho de la época como esencialmente popular: todos conocen el propio ordenamiento porque todos contribuyen a su elaboración y fijación... Cuando resurjan [los juristas] profesionalmente, ya en la Baja Edad Media encontrarán su mejor acomodo cerca del poder político y al amparo de la burocracia real”¹⁴.

Pero como intentamos mostrar en el capítulo anterior, esta secuenciación abreva en una doble fuente, el romanticismo de los juristas del siglo XIX y el paradigma antropológico, que concibe al derecho consuetudinario y a la costumbre como aquello que caracteriza a las sociedades sin un corpus de derecho escrito, en donde los hábitos se transmiten oralmente de generación en generación. Es esta concepción romántica de la costumbre, que la vuelve un fenómeno ahistórico, la que habilita la posibilidad de ver derecho consuetudinario aun allí donde no existe.

11 García Gallo (1956), 392, n. 25.

12 Gacto Fernández (1979), 69.

13 Beneyto (1961); Gibert (1961); Sánchez (1946).

14 Gacto Fernández (1979), 56.

Esta interpretación de matriz metafísica no permite ver la novedad que introduce el derecho romano y posteriormente la labor de los juristas en el ámbito del derecho. Dejando de lado la interpretación antropológica y trabajando en la inmanencia de las prácticas discursivas es posible advertir las transformaciones que se realizan a lo largo de los siglos medievales respecto del papel o rol de la costumbre. A partir de esta mirada es posible entonces ver que el derecho consuetudinario no existe desde siempre sino que es una invención posterior de los creativos juristas abocados a la lectura e interpretación del corpus recuperado cuestión que abordaremos en el próximo capítulo.

2. León

El ejemplo castellano nos ha mostrado claramente la inexistencia de términos traducibles por costumbre antes de la recuperación del derecho romano y del trabajo de los juristas sobre el mismo. A diferencia del caso anterior, en León encontramos muy tempranamente menciones a *consuetudines, usus y mos*. En esta región a partir del siglo X, debido a la llegada de mozárabes fugitivos procedentes del sur, se dio una revitalización del derecho gótico aun cuando el ordenamiento establecido por éste no fuera el único que tuviera vigencia. Esta aplicación temprana de la *Lex Visigothorum*, en tanto el *Liber* contenía algunas características del derecho romano, permitió la aparición de este vocabulario. Sin embargo, como veremos a lo largo del análisis esta idea precoz de *consuetudines* tuvo durante varios siglos un sentido circunscripto a las imposiciones del poder de ban¹⁵.

Si bien el *Liber* se aplicó en zonas del reino de León, otras formas de reglamentación que regulaban aspectos de derecho público o que se habían encontrado vigentes en algunas comarcas del territorio cerca de la frontera constituyeron otros cuerpos sistemáticos que en algunos casos complementaron el *Liber Iudiciorum*¹⁶. Estos cuerpos sistemáticos a los

15 Debido a estas características es posible comparar los datos de León con el caso catalán. A partir de las investigaciones de Iglesia Ferreirós en Cataluña vemos, por un lado, la precocidad de la utilización en los textos jurídicos de los términos traducibles por costumbre; pero también una tendencia conservadora que mantiene incluso después de la elaboración del *ius consuetudinarium* los conceptos arcaizantes de *consuetudines* como poder de ban. Ver Iglesia Ferreirós (1977); Gouron (1988a), 183.

16 Gacto Fernández (1979), 30-31.

cuales nos referimos podían ser exenciones, normas penales y administrativas, cartas y fueros breves. Estos últimos son los que nos interesan específicamente¹⁷. La ciudad de León recibió fuero de Alfonso V en el año 1017. El fuero regula la libertad humana, el gobierno económico de la ciudad y del alfoz, la disciplina del mercado y de los oficios, las garantías judiciales; posee también una serie de alusiones a aspectos penales¹⁸. Una vez en vigencia el fuero de León se extendió hacia otros centros urbanos siendo concedido por reyes o por señores feudales; pero no siempre se aplicó en otras ciudades en su totalidad. En comunidades como Villavicencia, Pajares, Castrocalbón y Benavente, la influencia del fuero leonés queda clara desde el inicio no sólo por la similitud de los temas y preceptos, sino también porque se realiza una referencia explícita al texto leonés¹⁹. Otras ciudades como Rabanal o Villafranca del Bierzo tienen fueros basados en el de León pero no existe referencia escrita respecto de la relación con ese texto madre²⁰.

Se hiciera o no referencia explícita al fuero de León de 1017, lo cierto es que este texto tuvo mucha influencia en la región, aun en territorios situados en los extremos del reino²¹. Fue tomado como uno de los paradigmas, lo mismo que el fuero de Sahagún (1084), en la organización de numerosos señoríos en períodos posteriores.

En conclusión, los fueros de la región leonesa que comparten cierta influencia de la ley visigoda recuperada en el siglo X, tienen un carácter altamente señorializado puesto que nos encontramos en una región de avanzada de las relaciones feudales y son mayoritariamente el resultado del cruce de fueros fundadores como los de León, Sahagún, etc.

17 Utilizamos la edición de Rodríguez (1981) = *FRL*. Para análisis general de los fueros del Reino de León ver Martínez Diez (1988), J-M Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco (1988).

18 Gibert (1961), 697.

19 En el año 1131 Alfonso VII otorga fuero a Pajares de los Oteros, en donde se aclara "*facio vobis carta de foro de Legionis*", y se extraen una serie de disposiciones penales procesales y económicas del fuero de León. También el fuero de Castrocalbón otorgado por la condesa María en 1156 aclara: "*do eam ad populandum per omnia per forum civitatis Legionis*". Lo mismo es explicitado por Fernando II en el fuero de Benavente (1164): "*iuxta foros de León*". Cf. Gibert (1961), 697-698.

20 García Gallo (1969).

21 Acerca de la redacción del Fuero de León ver Martínez Diez (1988, 1992), Menéndez Pidal (1928); Sánchez Albornoz (1922, 1970); García Gallo (1969); Sánchez-Arcilla Bernal (1992).

Una heterogeneidad de vocablos remiten a la idea de costumbre. Ya que la cesura cardinal se encuentra, para nosotros, en siglo XII, analizaremos en primer lugar el conjunto de los fueros del reino de León que corresponde a los siglos XI y XII, rastreando allí una gama de vocablos que usualmente son asociados con la idea más corriente de costumbre: *consuetudines*, *usus* y *mos*.

a. *Consuetudines*

Comencemos con el que a primera vista parece ser el más transparente de los términos: *consuetudines*. Para fines del siglo XI es cada vez más frecuente la utilización de este vocablo en la documentación. Veamos qué señala el fuero dado por Alfonso VI en 1085 a los pobladores de la villa de Sahagún:

“Yo Alfonso, por gracia divina emperador de toda España, al sentarme en el trono paterno comencé a cuidar de las iglesias y entre todas amé a la de los santos Facundo y Primitivo que de antiguo llaman Dominis Sanctos, y por mediación de Don Bernardo, abad de la Orden de San Benito, que es buena y religiosa, la proclame exenta de todo vinculo del fisco regio y de la dependencia eclesiástica. Dándola a la Iglesia romana de San Pedro, libertad. Y pensando aun en hacerle otros bienes, vino a mi el abad y me rogó que diese fueros para que hubiese una buena villa alrededor del monasterio; a lo que accedí gustoso, concediendo enseguida lo que el abad y los monjes me pedían. Así pues yo Alfonso, hijo del rey Fernando y de la reina Sancha, con asentimiento del abad y de los monjes, os doy a los hombres pobladores de San Facundo estas consuetudines y fueros con que vivais y sirvais a la mencionada iglesia y monasterio”²².

Y en la cláusula 30 se lee: *“Estas consuetudines y fueros, según la voluntad del abad y la comunidad de los monjes, di yo, Alfonso, empe-*

²² *“Ego Adefonsus Dei gratia totius Ispanie Imperator postquam sedi in trono paterno curam Ecclesiarum habere cepi, sed super omnes Ecclesiam Sanctorum Facundi et Primitivi quem antiquitus Dominis Sanctos vocitant amavi et per Domnum Benardum Abbatem in ordine Sancti Benedicti que est bona el religiosa declaravi atque ab omni iugo Regalis Fiscis vel Ecclesiastice presure feci ingenuam. Dedi enim eam romane Ecclesie et Beati Oetri in libertate romana. Cumque adhuc cogitarem bonum quod facerem accessit ad me Abbas et rogavit quatinus darem foros ut esset bona villa in circuitu de Monasterio, quod devotus annui, et mox quod abas et monachi petebant concensi; ideo que monachorum do vobis hominibus populatoribus Sancti Facundi consuetudines et foros in quibus et serviatis Ecclesie et monasterii suprataxti”, FRL, II, pp. 35 y 37.*

*rador, a los hombres de San Facundo para que con ellos le sirvan como señor, en plena sumisión y humildad*²³. Como vemos aquí la acepción de *consuetudines* dista mucho de la idea de un derecho originado en la *voluntas populi* tal como lo definían los juristas medievales; designan, por el contrario, las obligaciones que los hombres y pobladores de Sahagún tienen respecto de la abadía de San Benito, impuestas a partir de la intervención del rey. Las *consuetudines* al igual que el fuero son una concesión que el rey hace al abad y que los miembros de la comunidad deben respetar incondicionalmente. Se trata de disposiciones que por ejemplo prohíben el uso de hornos y cocinas campesinas, establecen el pago al abad por utilizar el horno: “*Nadie tenga horno o cocina, y donde se halle destrúyase, y pague al abad cinco sueldo*”²⁴.

Si seguimos el protocolo cabe decir que estas *consuetudines* son en sí mismas la reglamentación. Según Clavero, la utilización del término *consuetudines* para referirse a las obligaciones de los tenentes tiene más que ver con las prácticas que la comunidad debe asumir y conservar que con las que los poderes puedan imponer y mantener; por lo tanto, “que el ordenamiento sea consuetudinario dice entonces más del modo de aplicarlo que del de generarlo, de concebirlo que de determinarlo”²⁵.

Las *consuetudines* que abundan en los documentos del siglo XI y XII son, ante todo, obligaciones que la comunidad debe al señor, sea laico o eclesiástico, o a su rey. Ahora bien, ¿cómo ha sido interpretado por los historiadores el uso de este término en la documentación? Hagamos un breve paneo.

a.1. *La interpretación en clave mutacionista*

En un artículo de 1951 Lemarignier relacionaba la aparición del término *consuetudines* tanto en el Norte como en el Sur del reino francés con la dislocación del *pagus*-estructura administrativa carolingia- y el desarrollo del señorío banal²⁶. A partir de esta interpretación el vocablo tendría una existencia significativa en la tesis de la revolución feudal. Los historiadores mutacionistas señalan que la aparición de la palabra es una marca clara de

23 *FRL*, II, p. 39.

24 Fuero de Sahagún clausula XIII

25 Clavero (1992), 33.

26 Lemarignier (1951).

la apropiación por parte de los señores feudales de una serie de derechos que en época bajoimperial y carolingia eran de naturaleza pública. En el origen, dicen, el vocablo poseía un sentido eminentemente «público» designando el impuesto, la obligaciones que se denominan exacciones (lo que pagaba el contribuyente), etc.²⁷; en torno del año mil el señorío sustituyó al *pagus* como cuadro de la vida política y económica, y, la palabra *consuetudines*, reemplazó a *exacciones* pasando a designar los derechos de origen público, reales o pretendidos, que ejercía el señor a título privado: el derecho de justicia y las obligaciones relacionadas con el orden judicial, derecho de albergue, las prestaciones de carácter militar, y derechos de naturaleza puramente económica, prestaciones agrarias más o menos ligadas a prerrogativas públicas. La irrupción de un término del latín vulgar, *consuetudines*, en la conservadora cancillería real es considerado por lo tanto testimonio privilegiado de la patrimonialización del poder de ban.

Si bien el término nace en la cancillería real, como se ve en el fuero otorgado a Sahagún por Alfonso VI citado previamente, este uso es rápidamente imitado por el resto de los señores. Siguiendo la clasificación que han hecho G. Duby, P. Bonnassie, J.-P. Poly, A. Debord o E. Magnou-Nortier los documentos cuando se refieren a *consuetudines*, *usos* o *usaticas* aludían en general a:

1. Derechos de origen público que los señores ejercían en nombre del “ban”: el derecho de justicia y las obligaciones relacionadas con el orden judicial; el derecho de morada y otras exigencias similares.
2. Prestaciones de carácter militar.
3. Eventualmente, derechos económicos basados en *regalías*.
4. Derechos de naturaleza puramente económica, prestaciones agrarias más o menos ligadas a prerrogativas públicas²⁸.

La polisemia de la palabra, dicen, probaría claramente que la fuerza pública y la fuerza privada estarían a partir de ese momento confundidas²⁹. Desde entonces las *consuetudines* pueden ser donadas, legadas o vendidas; no expresarían solamente un poder más o menos legítimo sino que constituirían los elementos de un patrimonio y las ocasiones para obtener un beneficio³⁰.

27 Lauranson-Rosaz (2001).

28 Poly y Bournazel (1980); Guillot (1983), 21-48.

29 Duby (1953); Lauranson-Rosaz (2001), 40.

30 Lauranson-Rosaz (2001); Lemarignier (1951).

La proliferación, avanzado el siglo XI, de expresiones tales como “malas costumbres” o “malos usos” (*malae consuetudines*), reafirmaría para estos historiadores la misma idea: enfrentamiento con un vocablo que es testimonio privilegiado de la patrimonialización del poder de ban. Tanto Duby como Poumarède han considerado que la adopción unánime del vocablo costumbre, utilizado en plural (*consuetudines*) y pensado como un término vulgar irrumpiendo en la cancillería real, mostraría que después del año mil los poderes no se fundarían más sobre una delegación expresa de la soberanía, sino sobre el hábito y el testimonio de la memoria colectiva³¹. La aparición para fines del XI de las primeras cartas de franquicia en donde se hace referencia a malas o buenas costumbres, o que proclaman el abandono de las mismas, deberían interpretarse para Poumarède como el testimonio de una lenta transformación de las relaciones de fuerza en relaciones de derecho³². Las malas costumbres entonces, asociadas al ejercicio de la fuerza y a la manipulación de la memoria caracterizarían al período transcurrido durante las primeras décadas del XI, hiato violento entre un momento anterior donde el poder se basaba en la soberanía, y, otro posterior apoyado en el derecho. Interesante es detenerse un momento en la relación establecida por el autor entre derecho y fuerza. Ambos se presentan como configurando campos opuestos: la fuerza del lado de la violencia y de la inexistencia de soberanía; el derecho, ligado al estado y al orden. Primera cuestión básica por la que disintimos con el autor, las relaciones de derecho son también relaciones de fuerza, aunque su ejercicio se encuentre pautado, reglado. Puede ser que estemos frente a un momento nuevo en el cual el discurso jurídico asume un rol que no había tenido en los años precedentes; sin embargo, las relaciones de fuerza se mantienen, ya que siguen vigentes en el discurso jurídico. Detrás de la idea de que el derecho es la interrupción de la violencia se encuentra una concepción purista de la ley: se concibe a la ley como una herramienta neutra que se aplica para resolver conflictos; la ley es considerada sinónimo de pacificación³³. El derecho es por el contrario, como

31 Duby (1953), 174: “Les pouvoirs d’essence régaliennne ne se fondant plus sur une délégation expresse de la souveraineté, mais sur l’habitude et le témoignage de la mémoire collectives”.

32 Poumarède (1990), 235.

33 Para una crítica ya clásica a esta mirada *naïve* y burguesa de la ley ver Foucault (1993), 40: “La ley no nace de la naturaleza, junto a las fuentes a las que acuden los pastores. La ley nace de los conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen su

bien nos han mostrado entre otros Foucault y Bourdieu, un campo en el que se enfrentan fuerzas en pugna³⁴. Pero además esta concepción purista de la ley y del derecho encierra una mirada evolucionista, según la cual aquellas sociedades sin derecho estarían atravesadas por la violencia y la sin razón (privativa de las sociedades primitivas en un estadio de prederecho), mientras que lo que caracterizaría a la sociedad occidental civilizada no sería la fuerza sino el predominio de la ley, la soberanía, por ende el Estado.

Volvamos ahora a la tesis mutacionista. Como dijimos la irrupción en las fuentes de la locución “*consuetudines*” es interpretada por estos historiadores como expresión de un cambio social, la privatización del poder de ban que da nacimiento al feudalismo. Frente a este avance del poder señorial, señalan, emerge como opositora la Iglesia, única fuerza capaz de poner un límite a este avance injusto. Nace en este marco la institución de la “Paz de Dios” que encuentra su justificación teórica en el deseo de restablecer sobre la tierra el orden querido por Dios³⁵. Las investigaciones de E. Magnou-Nortier fueron pioneras en trazar una relación entre la Paz de Dios y las malas costumbres en la zona del Midi francés³⁶, mostrando que las primeras menciones a “malas costumbres” se encontraban en los cánones del concilio llamado “de Puy” desarrollado durante los años 993 o 994³⁷. Los historiadores mutacionistas retomarán este planteo para afianzar su hipótesis de la violencia feudal, proponiendo que se trataría de un movimiento de Paz reclamado por los oprimidos y recuperado por la propia Iglesia en pos de poner orden en medio del caos y de la violencia imperante.

a.2. *Las consuetudines y los prejuicios de monjes e historiadores*

Como es sabido, Barthélemy en su libro *L'an mil et la paix de Dieu* lanzó una artillería pesada contra los argumentos medulares del mutacionis-

fecha y sus horribles héroes... La ley no es pacificación, porque detrás de la ley la guerra continúa enfureciendo, y de hecho enfurece, dentro de todos los mecanismos de poder, hasta de los más regulares. La guerra es la que constituye el motor de las instituciones y el orden: la paz, hasta en sus mecanismos más ínfimos, hace sordamente la guerra”.

34 Para un análisis del campo jurídico y de las fuerzas que lo atraviesan ver Bourdieu (1986).

35 Duby (1973), 227-240.

36 Magnou-Nortier (1984).

37 Lauranson-Rosaz (2001), 45.

mo³⁸. Nada escapó a las objeciones del historiador, realizando incluso una revisión crítica del problema de las *consuetudines*. Dos serían las observaciones más importantes respecto de este tema. En primer lugar, indica Barthélemy, ni la propia palabra *consuetudines* ni la práctica de estos usos eran nuevas, “la *consuetudinaria functio* (exacción de usos) aparece constantemente mencionada en época merovingia”, incluso, algunos preámbulos que siguen el viejo estilo invocan *lex y consuetudo* juntos. “No hubo por lo tanto ninguna subversión de las reglas de derecho”, tal como lo plantean los mutacionistas³⁹.

En segundo lugar, para Barthélemy, la calificación de estos impuestos como malos e injustos, debe ser leída como un juicio de valor difundido por los monjes en el momento de mayor expansión de los monasterios, cuando sus propios bienes se vieron amenazados por el avance de los señores laicos. En Vendôme, región estudiada por el historiador⁴⁰, se encuentran entre 942 y 954, varias referencias a usos pero que no son denunciados como injustos; es recién después del mil, en pleno avance de Cluny, cuando la pluma de los redactores monásticos exige que los laicos renuncien a la reivindicación de malos usos y violaciones (*violentia* en latín) de derechos de Cluny por apropiación efectiva o incluso por litigación⁴¹. Las denuncias de malos usos y la puesta en marcha de la Paz de Dios no tendrían para Barthélemy por objetivo la preservación de la paz por sobre la violencia feudal ni la protección de los *humildes*, sino la defensa de los bienes de la iglesia, la preservación de los señoríos eclesiásticos.

a.3. Consuetudo en los Códigos de la Antigüedad tardía

Los partidarios de la revolución feudal han postulado que a partir del siglo XI se produjo el reemplazo del término *exactio* por *consuetudines*. F. Roumy⁴² ha indicado algunas objeciones que conciernen a esta cuestión. En primer lugar, plantea que a diferencia de lo propuesto por los mutacionistas, la palabra *consuetudines* no sustituyó absolutamente a la de *exactio*. Los dos vocablos cohabitaron hasta fines del siglo XII momento

38 Barthélemy (2006 [1999]).

39 Barthélemy (2003), 220.

40 Barthélemy (1993).

41 Barthélemy (2006 [1999]), 108-109.

42 Roumy (2001).

en el cual el segundo empezó a perder terreno respecto del primero. En segundo lugar observa, que no se puede considerar que el término *consuetudo* haya sido tomado prestado del latín vulgar, por el contrario, el vocablo podría remitir sin problemas a las locuciones *consuetudine jus* o *lex consuetudinaria* que aparecían ya en los rétores antiguos y tardoantiguos, es decir en construcciones eruditas. Para el autor, lo que empaña la comprensión del vocablo *consuetudo* es el sentido engañoso que ha generado la significación actual de la palabra costumbre, resultado de la aculturación del derecho justiniano y sobre todo de su interpretación medieval. En efecto, dice, si nos situamos en el siglo XI, los conceptos heredados del Imperio Bizantino eran ajenos todavía al pensamiento en Occidente que conoce el derecho romano solo a través del *Código Teodosiano* o del *Breviario de Alarico*. Por lo tanto, para entender el sentido exacto de la *consuetudo* altomedieval, es necesario indagar el uso que de ella se hace en estos *corpora* jurídicos. Y es mediante esta operación de remisión a partir de la cual Roumy encuentra que la equivalencia, o incluso, el reemplazo de *exactio* por *consuetudo* no es una novedad del XI ligada a la aparición del señorío banal, sino que ya estaba presente en *Código Teodosiano*. A diferencia de la época clásica en la cual el término *consuetudo* podía designar la regla consuetudinaria practicada localmente por ciertas poblaciones del Imperio, las constituciones del *Código Teodosiano* limitaron el sentido del vocablo al derecho público, aplicándolo frecuentemente a los usos de la administración central o local, relativos a los problemas fiscales. Si se examinan las 71 constituciones del *Código* que se refieren a la *consuetudo*, se puede en efecto ver, que nueve de ellas al menos tratan de las *exactiones* o más generalmente del rol de los *exactores*⁴³. La posibilidad entonces de denominar *consuetudines* a las obligaciones no sería tan descabellado, estaba eventualmente presente en el *Código Teodosiano*. Siguiendo el razonamiento de Roumy también se desbarataría la idea de que el uso del vocablo *consuetudines* hablaría, como señalan Duby o Poumarède, de un salto cualitativo en la forma de legitimación del poder: antes del 1000 basada en el ejercicio de una soberanía delegada; después del 1000 sobre el hábito y el testimonio de una memoria colectiva.

43 *C.Th.* 1, 12, 7; 2, 2, 21; 11, 7, 15; 11, 7, 16; 11, 7, 18; 11, 7, 19; 11, 16, 7; 12, 1, 117; 12, 6, 22 (citado por Roumy [2001], 288).

a.4. Mala consuetudo *en la concepción cristiana de la costumbre*

Estamos absolutamente habituados a considerar en sintonía con los historiadores mutacionistas que expresiones tales como “malos usos” o “malas costumbres” remiten a la idea de costumbres injustas. Cuando un monasterio, un rey o un señor laico otorgaba buenas costumbres en contra de los “malos usos” suponemos, o bien (en versión mutacionista) que esos malos usos remitían a la apropiación privada violenta de los derechos banales, generalmente injustos y excesivos para los campesinos; o bien (desde la perspectiva crítica) que esos malos usos eran calificados como injustos con el fin de reafirmar el lugar soberano de quien los otorgaba y consolidar, así, su dominación. Nadie duda de que la calificación de “malo” remite a injusto. Ahora bien, sería interesante cruzar esta idea de *malae consuetudines* con ciertas elaboraciones cristianas en donde la costumbre, para tener valor como tal, debe ser conforme a razón. Desde ese lugar “malas costumbres” no remitiría necesariamente o solamente a una costumbre injusta en sentido estrictamente social, sino a una costumbre irracional por derecho. Si bien, es a partir del siglo XII que se consolida en el Derecho Canónico la idea de que la costumbre debe ser conforme a razón, existen desde la época clásica tratados que vinculan estrechamente costumbre y razón. Para fines de la época clásica dos tratados de Tertuliano, *De virginibus velandis* y *De corona*, aparecidos entre el 160 y el 220 d.C., mostraban las primeras marcas de un pensamiento cristiano de la costumbre. En ambos textos la costumbre se fundaba en la tradición pero no a la manera en que la pensaban los jurisconsultos clásicos, es decir, como la simple repetición de un uso en el tiempo, sino remitiéndola a una autoridad más grande que se remontaría a los apóstoles, interpretes autorizados de la ley divina (*Cor. 4, 7: Si legem nusquam reperio, sequitur ut traditio consuetudini morem hunc dederit, habiturum quandoque apostoli auctoritatem ex interpretatione rationis*). Tertuliano asimilaba la *lex fidei*, de la cual los apóstoles serían intérpretes autorizados, a la *lex veritatis* o *rationis*⁴⁴. De esta manera la costumbre reposaba, para Tertuliano, indirectamente sobre la razón, y esta idea es, según autores como Gaudemet, el condimento propiamente cristiano de la reflexión sobre la *consuetudo*. Entre los rétores y los jurisconsultos romanos la *ratio* no designaba el concepto abstracto de una norma racional, significaba meramente el motivo, la razón contingente que explicaba la aparición de una regla. Se-

44 Gaudemet (1938), 163.

rán los autores cristianos quienes asimilando *ratio* a *veritas* inauguren la posibilidad de considerar no válida una costumbre que se oponga a la razón. La confrontación *consuetudo-veritas* será a partir de ese momento un motivo recurrente en el pensamiento cristiano produciéndose una identificación clara entre *veritas*, *ratio*, y *Christus*; filiación visiblemente plasmada en la frase de *De virginibus velandos I*, 1: Cristo afirmó que era la verdad, no la costumbre (*Sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit*). Para ser válida, pues, no debía ser contraria a la razón, por lo tanto a la *veritas* que era para el fiel el fundamento primero y único de toda disposición jurídicamente válida⁴⁵.

Este tópico será retomado a lo largo de toda la Edad Media. Tanto Yves de Chartres (decreto IV, 234) como el mismo Graciano (*D. 8, c. 5*) apelaron a ese lugar común de la patristica: Cristo ha dicho yo soy la verdad y la vida, no dijo soy la costumbre. Esta asociación entre Cristo-Verdad-Ratio permitirá descartar toda costumbre considerada errónea y por tanto irracional. A partir de mediados del siglo XII decretales pontificiales y cánones conciliares reactivaron la idea de que la costumbre debía ser conforme a razón⁴⁶. Condición que luego tomaran también los civilistas. A partir de ese momento toda costumbre juzgada contraria a la verdad, a la razón, al derecho o a la ley podría ser calificada de *mala consuetudo* y por lo tanto abrogada⁴⁷. Podríamos considerar entonces que las referencias a las malas costumbres en los fueros, sobre todo avanzado el siglo XII podrían tener también un trasfondo doctrinario. Horizonte que ha quedado velado por el impacto de la tesis de la mutación feudal. Por lo dicho hasta aquí, no alcanzaría con ver a los malos usos como normas consuetudinarias vejatoriamente impuestas –interesante oxímoron- por lo señores, y, a las buenas como “manifestación de la voluntad popular”⁴⁸. Es necesario para una mejor comprensión del fenómeno poner en rela-

45 Bove (2002), 202-203.

46 En el capítulo 7 se verá el vínculo que guarda esta nueva centralidad de la razón en la definición de *consuetudo* con lo que Legendre (1988) ha denominado “la revolución medieval del intérprete”.

47 Krynen (2007).

48 Cf. Pérez-Prendes y Azcárraga Servet (1997), 157: “Aquellas normas consuetudinarias impuestas vejatoriamente por los señores y que la voluntad popular sufre a la fuerza, se las nombra con el apelativo «malas o desaguisadas», mientras otras, que son realmente manifestación de la voluntad popular tienen por tanto el asenso de la comunidad, recibe el nombre de «buenas»”.

ción estas locuciones por un lado, como dice Roumy, con los conceptos presentes en los códigos altomedievales, y por otro lado, como acabamos de señalar, vincularlos con las elaboraciones dogmáticas acerca de la costumbre.

Ahora bien, más allá de estas precisiones en torno de la filiación de la idea de malas costumbres, lo importante es señalar que para fines del siglo XI en León las *consuetudines*, buenas o malas, no remitían a la idea de derecho consuetudinario sino a las obligaciones públicas y privadas que una comunidad de habitantes debía al poseedor de *dominium*.

b. *Usus*

Este término no se presenta con demasiada frecuencia en los fueros de León anteriores al siglo XIII y cuando aparece, más que reenviar a la idea de hábitos reiterados, como espontáneamente tendemos a suponer por la utilización del propio vocablo “*usus*”, remite a la ley visigoda. Esto puede verse claramente en la cláusula 30 del ya citado fuero de Sahagún: “*Y el abad y los monjes los defiendan y amen como a hombres suyos. Y los montes, las cosas y las heredades del monasterio se gobiernen pacíficamente segun sus usos y leyes antiguas, por mano del abad y de los monjes*”⁴⁹.

Usus aquí refuerza la dimensión antigua de la ley que se está citando. Es decir hace referencia a la idea de una ley antigua que se viene usando desde época visigoda. Se ve nuevamente esta dimensión del uso ligada a la observancia. Como habíamos señalado con anterioridad en la Alta Edad Media la referencia al uso o a la *consuetudo* no remitía a la forma en que se originaba el derecho (este será el sentido atribuido por los juristas a partir del siglo XII y que se transformará en dominante en Occidente), sino a las normas que se respetaban, que se guardaban. Esta cláusula es similar a las disposiciones iniciales del fuero de León de 1017 en las que se prescribía la jurisdicción de los obispos sobre el personal y los bienes eclesiásticos:

“*Mandamos hasta este momento que nadie ose robar algo de la iglesia, pero si ha sus-*

49 “*Et illi defendant eos et ament ut suos homines. Et sedeant montes, et res, et hereditates monasterii per suos usus et leges antiquas in pace per manum Abbatis et monachorum*”, *FRL*, II, p. 39.

*traído algo del interior del lugar sagrado por rapiña, salve el sacrilegio, y cualquier cosa que de allí haya arrebatado, (ordenamos) que lo devuelva como rapiña; si en cambio injustamente ha sustraído una cosa fuera del cementerio de la iglesia, (ordenamos) que restituya y (pague) caloña a los administradores de su propia iglesia more terre*⁵⁰.

Estas disposiciones serían un resumen de varias leyes del *Liber Iudiciorum*⁵¹, vigentes en la región a partir del siglo X. Se trataría de la ley recesvindiana XI del libro II, Título V; la ley primera: “*De donationibus ecclesiis datis*”; la ley segunda: “*De conservatione et redintegratione ecclesiasticae rei*”; y la ley sexta: “*De coertione Pontificum, qui pro rebus quas suis ecclesiis auferunt trivennium intercessisse causantur*”. Rodríguez señala que de estas leyes

“... toman el canon leonés (y luego copian los otros fueros) no solo la perspectiva jurídica, sino también la fundamentación religiosa, según evidencia la fórmula coincidente con que se destaca el carácter sacrilego de la alegación del *tricennio* como causa de prescripción extinta adquisitiva. *Deo etenim* –resume el canon leonés- *fraudem facit per tricennium rem ecclesie rescindit*”⁵².

Siguiendo esta línea, es factible que los usos y las leyes antiguas a las que hace referencia el fuero de Sahagún sean estas disposiciones del *Liber* en las que se afirmaba la potestad episcopal sobre las personas consagradas, iglesias, monasterios y propiedades de tal condición.

En síntesis, *usus* nada tiene que ver con lo que será a posteriori el derecho consuetudinario en tanto reenvía a una norma cuyo origen es legal.

c. *Mos*

En los fueros más antiguos de fines del siglo X y principios del XI encontramos un término profundamente marcado por la tradición romana. Nos referimos a *mos*. En efecto, el *mos maiorum* ejercía en Roma una gran

50 “*Mandauimos adhuc ut nullus audeat aliquid rapere ab ecclesia; uerum si aliquid infra cimiterium per rapinam sumpserit, sacrilegium soluat, et quicquid inde abstulerit, ut rapinam reddat; si autem extra cimiterium iniuste abstulerit rem ecclesie, reddat eam et calumpniam cultoribus ipsius ecclesie more terre*”, *FRL*, II, p. 17.

51 Ver *FRL*, I, p. 86.

52 *FRL*, I, p. 86.

influencia en las esferas del derecho, la religión, la disciplina militar, la educación de los hijos, el comportamiento público y privado, etc. Se trataba de un conglomerado de reglas no enunciadas sistemáticamente, inmanentes a las prácticas, que poseían un carácter modélico. Dice Bettini: "... En la cultura romana, en efecto, el *mos maiorum* existe en primer lugar como regla a seguir, como paradigma con el cual el comportamiento de los *minores*, y los descendientes, tiende a uniformarse"⁵³.

Tanto Varrón en el siglo I a.C. como Ulpiano en el I d.C. hablaban de dos requisitos necesarios para la constitución del *mos*: que se desarrollara con el consentimiento de una comunidad y que fuera consolidado por el tiempo. Entre los jurisconsultos bajoimperiales se fortaleció la idea de que *mos* era la norma en el sentido de lo que tácitamente había acordado el pueblo romano (y que lo identificaba como tal) y de lo que se encontraba arraigado por el uso ancestral. Ese consentimiento tácito no remitía a una exteriorización de la práctica sino a la idea, según Macrobio planteada por Varrón, del *iudicium animi*, es decir, a una disposición interior que se afirmaría como *mos* verdadero y propio sólo en el momento en el que era expresado por la costumbre⁵⁴.

¿Cuál es el uso que los textos forales hacen de este término? Empecemos por la cláusula 17 del ya comentado fuero de León: "*Illi etiam qui soliti fuerunt ire in fossatum cum rege, cum comitibus, cum maiorinis, eant semper solito more*"⁵⁵.

Este fragmento corresponde al fuero otorgado por el rey Alfonso V y su mujer Elvira en 1017 al reino de León. La palabra *more* es la que nos interesa. ¿Cómo la traduciríamos? Si respetamos el sentido antiguo de la palabra deberíamos decir "según la tradición", lo cual parece no estar demasiado alejado del que le atribuían los romanos, aunque usado en un contexto radicalmente diferente. ¿Pero a qué tradición se refiere? Otra vez, como en la cita anterior de *usus*, nos encontramos con una referencia a las leyes visigodas en relación con el modo en que debe realizarse con el rey, con los condes o con los merinos el servicio de fonsado⁵⁶.

En otro pasaje del mismo fuero, comentado un poco antes (*reddat*

53 Bettini (2000), 261.

54 Bettini (2000), 253.

55 *FRL*, II, p. 19.

56 *FRL*, I, p. 91.

*eam et calumpniam cultoribus ipsius ecclesie more terre*⁵⁷⁾, la tradición se territorializa a través de la idea de *more terre*. Llamativamente, se trata del precepto 4 del fuero de León que versa sobre la cuestión de la rapiña de los bienes eclesiásticos desde una perspectiva jurídica similar a la de las leyes del *Liber* que ya citamos. Muy probablemente la locución *more terre* remita directamente a estas *leges antiquas*.

Volveremos en los capítulos siguientes sobre el problema de la territorialización de la tradición y del carácter modélico del *mos*; por ahora nos importa resaltar que *mos*, de la misma manera que *usus*, hacía referencia en los fueros leoneses de este período a leyes contenidas en el *Liber* a las que se intentaba hacer respetar.

3. Los fueros de León y Castilla a fines del siglo XII: algunas conclusiones

A partir de los documentos que hemos analizado podemos concluir, en primer lugar, que existe una diferencia significativa entre los fueros del reino de León y los de Castilla: en León es una constante, desde época muy temprana, la aparición de un lenguaje que en una primera aproximación podríamos asociar con la *consuetudo*; por el contrario en Castilla este lenguaje no está presente durante los siglos XI y XII. Esta diferencia puede explicarse, como ya adelantamos, en función de la pervivencia en León de elementos del derecho romano a través de la ley visigoda.

Sin embargo, y esta es la segunda conclusión que queremos apuntar, incluso considerada más importante que la primera, en León la temprana aparición de la voz *consuetudo* no implica la presencia de derecho consuetudinario. En estos fueros, como hemos visto, existe una importante diferencia entre, por un lado, *usus* y *mos*, y, por otro, *consuetudo*. Los dos primeros términos remitían en la mayoría de los casos a normas del *Liber*. Por el contrario, la voz *consuetudo* tiene un significado radicalmente distinto: hace referencia a una serie de imposiciones y regulaciones establecidas por señores o reyes que evidencian el avance del poder feudal sobre las comunidades campesinas. El verbo que precede en todos los casos a *consuetudines* es dar o conceder, dato que nos demuestra que estas “nuevas prácticas” no se encontraban desde antiguo en esa tierra, sino que se las estaba implantando en beneficio de quienes detentan el poder de ban.

57 *FRL*, II, p. 17.

La *consuetudo*, entonces, en los fueros concedidos durante los siglos X, XI y principios del XII era un conjunto de imposiciones ligadas al poder feudal. En virtud de lo dicho hasta aquí, no existe intercambiabilidad entre *usus*, *mos* y *consuetudo* sino utilización que discierne entre lo que es norma legal y lo que es una imposición feudal. En síntesis aun estando presente los vocablos que “naturalmente” traduciríamos por costumbre no se puede hablar tampoco en los fueros de León de la presencia de derecho consuetudinario.

Ahora bien, si como acabamos de señalar no existe hasta el siglo XII intercambiabilidad entre los términos analizados, y tampoco existe hasta esa fecha el *jus consuetudinarium*, momento en el que se pone en marcha la elaboración doctrinal de los juristas, ¿por qué los historiadores del derecho y los filólogos utilizan el concepto de derecho consuetudinario si de lo que se trata en estos documentos es de un derecho estrictamente legal (en el caso de las referencias a *usus* y *mos* que se corresponden con la *Lex Visigothorum*) o de imposiciones banales? Veremos a continuación cómo estas lecturas sólo resultan posibles desde las elaboraciones posteriores del derecho culto medieval.

4. *El anacronismo de los investigadores*

Vimos por un lado, en el caso castellano que hasta el siglo XII avanzado no existe en los documentos el concepto de costumbre, ni la idea de derecho consuetudinario. Por otro en León, la presencia de *consuetudo* y sus supuestos sinónimos tampoco remitían a la idea de derecho consuetudinario. Sin embargo, al detenernos en las reflexiones de numerosos historiadores acerca del carácter del derecho español durante la alta y plena edad media vemos que no dudan en definirlo como derecho consuetudinario, pues conciben la costumbre como el orden jurídico no escrito de una comunidad, un pueblo: “La fuente consuetudinaria alimenta la mayor parte del derecho castellano-leonés, incluso cuando surge *ex novo* con ocasión de la concesión de cartas pueblas, donde está presente la anterior experiencia”⁵⁸.

Si bien la región correspondiente a León y sus alrededores parece haber estado influenciada por la vigencia del *Liber Iudiciorum*, los historiadores como Gacto Fernández no dejan de hablar del carácter consue-

58 Beneyto (1961), 263.

tudinario de ciertos preceptos de los fueros de esta región que regulan algunos aspectos de la vida de las comunidades que no se encontraban presentes en el texto gótico⁵⁹. También la historiadora Barrero García considera que en León existe un “derecho esencialmente consuetudinario que se completa con algunas disposiciones de alcance general y la aplicación en ciertos aspectos o en caso de duda del *Liber*”⁶⁰.

Existe en estas apreciaciones un supuesto subyacente a partir del cual se decodifican los documentos: lo que se presenta como un ordenamiento no escrito es derecho consuetudinario. En el mismo sentido podemos señalar las consideraciones de Alfonso García Gallo, que en su artículo dedicado a la evolución de la palabra “fuero” establece un fuerte vínculo entre derecho no escrito y costumbre.

También en las traducciones de los filólogos encontramos equiparación entre los términos *usus*, *mos* y *consuetudo*, habiendo nosotros observado que si nos atenemos a las palabras de los documentos esta intercambiabilidad puede llevarnos a una conclusión engañosa. Tomemos como ejemplo la ya citada cláusula número 17 del fuero de León de 1017: “*Illi etiam qui soliti fuerunt ire in fossatum cum rege, cum comitibus, cum maiorinis, eant semper solito more*”. El editor traduce: “De igual modo los que solieran ir al fonsado con el rey, con los condes o con los merinos, vayan siempre según la costumbre”⁶¹.

Se ve aquí, en este primer caso, un claro desfase entre la palabra original (el término que aparece en el documento es *more*) y la palabra utilizada por el traductor. Al final de otra cláusula ya citada del mismo fuero vuelve a realizarse la misma operación: “*Reddat eam et calumpniam cultoribus ipsius ecclesie more terre*”. El traductor vuelve a decir: “Restitúyalo y pague caloña a los administradores de la iglesia según la costumbre de la tierra”⁶².

Toda vez que aparece en el fuero la idea de una práctica habitual, algo que se suele realizar a menudo de una determinada manera, el traductor utiliza la palabra costumbre, a pesar de que no se encuentra presente en los documentos originales. Se nos podrá plantear que la palabra costumbre es la que hoy día resulta más cómoda para traducir estos tér-

59 Gacto Fernández (1979), 85.

60 Barrero García (1995), 74.

61 *FRL*, II, p. 19.

62 *FRL*, II, p. 17.

minos, por lo tanto el traductor la usa como sinónimo para evitar utilizar una perífrasis que complicaría tal vez el texto. Es posible, pero la utilización de la misma palabra para términos diferentes lleva a confundir el sentido que le han atribuido los textos medievales. ¿A qué nos referimos? Justiniano Rodríguez usa la misma palabra, *costumbre*, cuando los textos dicen “*damus istas consuetudines*” y cuando dice “*more terre*”. Por lo tanto, en el texto traducido, *costumbre* se refiere tanto a una tradición ligada a la legislación visigoda como a una imposición señorial⁶³ e incluso a la repetición de un hacer. La intercambiabilidad que no se percibe en los textos originales se impone a través de la traducción.

¿Por qué cada vez que se hace referencia a un hacer o a un hábito, aparezca o no en los documentos la voz *consuetudo*, traductores y filólogos utilizan la voz *costumbre* en la traducción de los textos? ¿Por qué los historiadores hablan de derecho consuetudinario cuándo se trata de una construcción posterior? ¿Por qué usan la misma palabra, *costumbre*, para traducir tres vocablos diferentes, *mos*, *usus* y *consuetudo*?

El modelo de las “dos edades de la costumbre”, reseñado al inicio del libro, parece ser el fundamento de estas interpretaciones en donde el valor etnográfico de la costumbre y la dimensión jurídica de la misma son dos etapas de un mismo proceso. A la Alta Edad Media correspondería la “costumbre” en tanto práctica, modo de vida, etc.; a la Baja Edad Media la elaboración dogmática del *jus consuetudinarium*. El nudo argumental es que el paso de una etapa a otra supone una suerte de plasmación o concreción de una concepción de la costumbre que se encontraba en un estado rudimentario. Se supone que la idea de costumbre como hecho jurídico aceptado por toda una comunidad existía desde siempre en estado latente en la conciencia de los hombres y en los documentos anteriores a los textos justinianeos y a la glosa. Y es el concepto de *jus consuetudinarium* construido por los juristas el que vendría a nombrar lo que se encontraba implícito. Así, se considera que el derecho consuetudinario existió siempre pero que no había ninguna formulación dogmática que lo

63 Un caso todavía más interesante es el del fuero de Alcoba otorgado en el año 1218 por Alfonso Rodríguez a los moradores de la ciudad, en el que la traducción dice: “Debeis majar el pan según acostumbráis, y se os debe dar para comer según es costumbre”, cuando en el texto latino no aparece mencionado el vocablo *costumbre* sino tan sólo una referencia indeterminada a un “soler hacer”: “*Et debetis malliare panem sicut soletis et debent vobis dare ad comedendum sicut solent dari*” (FRL, II, p. 203).

explicitara; por lo tanto, la labor de los juristas medievales fue expresar, a través de las elaboraciones teóricas, ese orden vigente que se encontraba en forma latente. De allí que se hable de derecho consuetudinario cuando las menciones a costumbre en los textos leoneses remitían a la implantación del poder de ban; o como en el caso castellano, donde la idea de *jus consuetudinarium*, o tan siquiera de costumbre, no estaba presente en los documentos.

La dificultad principal de este planteamiento, es que lee bajo la luz de la formulación posterior del derecho consuetudinario cualquier término que remita a un hábito reiterado. *Consuetudo* se transforma así en el significado de todos los significantes previos, es el término que viene a traducir toda la dispersión de términos anteriores.

¿Por qué este punto es central para nuestra investigación? En primer lugar, porque uno de los objetivos de este trabajo es demostrar que la costumbre como *jus* no existe en los documentos estudiados de la región de Castilla y León antes del siglo XIII. La nominación de esas prácticas como consuetudinarias se produce a partir de la recuperación del derecho romano y de la posterior elaboración de un derecho culto por parte de los comentadores y glosadores medievales⁶⁴. Por lo tanto, usar la palabra costumbre para traducir todas las referencias a hábitos o formas de hacer antes del siglo XII es evidentemente un anacronismo⁶⁵.

En segundo lugar, porque en el conjunto de fueros analizados la inexistencia del término *consuetudo* con el sentido que fue a posteriori elaborado por los juristas, nos permite repensar críticamente la idea de que el *jus consuetudinarium* es la elaboración doctrinal que representa de forma automática el universo práctico. En lugar de plantear, entonces, a la costumbre emanando de los hechos humanos y al *jus* dando cuenta de este fenómeno, deberíamos considerar la hipótesis de que fue necesaria un reinención del concepto de *consuetudo*, que tenía sus raíces en el mundo romano, para nominar a unas prácticas bajo ese concepto. No existiría desarrollo gradual, ni reflejo pasivo, como plantean las miradas románticas, sino construcción por parte de los doctores del derecho de una dimensión jurídica que resignificaría el orden práctico.

64 En el Capítulo 1 hemos desarrollado las perspectivas de Gouron y de Kröshell sobre este tema.

65 Gouron (1988b), 202, considera que calificar de costumbres a las prácticas anteriores, aun cuando fueran corrientes, revela un importante anacronismo de parte de los investigadores. Cf. Garré (2005), 55.

II. UN NUEVO SENTIDO PARA LA *CONSUETUDO*

La situación hasta aquí analizada cambia radicalmente cuando nos situamos frente a los documentos de fines del siglo XII o del XIII: la *consuetudo* aparece como una constante en los fueros. La marcada diferencia entre Castilla y León presente en los fueros anteriores al siglo XII se desdibuja. Por un lado, constatamos en los fueros castellanos la presencia antes inexistente de términos tales como *usus* y *consuetudo* (*costumbre* en caso de tratarse de fueros romanceados), como puede verse en la confirmación de privilegios que Alfonso VIII hace a las villas sujetas a la ciudad de Burgos en 1103 y en donde se mantiene la idea arcaica de *consuetudines*⁶⁶.

En este fuero, el rey otorga a los habitantes de diversas villas como Castrillum de Vega, Quintanilla, Catañares, etc. fueros y costumbres que se encuentran vigentes en la ciudad de Burgos. Lo mismo se repite en el privilegio otorgado por el mismo rey a los pobladores del Hospital de San Pedro de Barrioeras en 1194 en donde se otorgan se les otorgan los mismo fueros y las mismas costumbres que poseen los collazos de esa ciudad (“*et habeant eodem foros et consuetudinis quos habeant collati, qui populati sunt in Burgis*”)⁶⁷.

Los reyes conceden obligaciones y normas de funcionamiento a una comunidad de la misma manera que lo hacían antes pero a partir de fines del siglo XII se hace habitual en Castilla llamar a eso que se concede con el nombre de *consuetudines*. Esta es, como dijimos, el primer cambio respecto de la situación anterior.

Pero, por otro lado, tanto en Castilla como en León vemos un nuevo sentido de *consuetudo* ya no ligado a la idea de imposición. Por ejemplo, el encabezado del fuero de Medinaceli nos habla de la elaboración por parte del concejo de una carta basada en fueros y costumbres de la propia villa que el rey debía confirmar: “Esta es la carta hecha por el concejo de Medinaceli sobre sus fueros y costumbres, con beneplácito del rey

66 Muñoz y Romero (1847), 257: “*Do et concedo vobis supernominatis hominibus burgensis civitatis forum, ut in omnibus diebus vite seculi interim mundus extiterit illud burgense forum habeatis vos et filii vestri, cuncta generatio et posteritas vestra idem forum, eandem consuetudinem, eandem faciendam in omnibus iis, quibus burgeneses homines utuntur, volo et regali iussione confirmo, ut vos hominem qui vobis hominibus in illas villas aliquam*”.

67 Muñoz y Romero (1847), 269.

Alfonso”⁶⁸. La *consuetudo* es en este documento patrimonio de la comunidad a pesar de que el rey debe confirmarla⁶⁹. Si nos detenemos a analizar el enunciado de este fuero nos damos cuenta de que es el propio consejo el que ha exigido el beneplácito del rey: la necesidad de establecer por escrito el ordenamiento jurídico de la región puede interpretarse como una forma de prevenir modificaciones posteriores por parte del príncipe. Según el historiador español Sardina Páramo existe una relación directamente proporcional entre el aumento del poder público del monarca y la redacción de fueros⁷⁰. Un monarca fuerte aseguraba el mantenimiento de los privilegios frente al avance de otros sectores sociales⁷¹.

Será a partir de la mitad del siglo XII cuando la palabra *consuetudo*, y en algunos casos incluso *usatika*, comience a designar un conjunto de reglas jurídicas que se observan en una villa o en una comunidad. Dos cláusulas, números 1 y 16, de la carta de la infanta Doña María otorgada al Concejo de Toro en el año 1283 muestran la operación de confirmación por parte de la autoridad superior de privilegios y franquezas que la comunidad ya poseía desde antiguo:

“*Dovos é otorgovos firmemente que ayades todos vuestros fueros, et vuestros privilegios,*

68 “*Hec est carta quam fecit concilium de Medina celim super suis foris et consuetudinibus, cum beneplacito domini Alfonsi regis*”. Existen algunas contradicciones con respecto a quién fue el rey que dio el beneplácito a este fuero, si Alfonso el Batallador o Alfonso VIII de Castilla. El fuero se conoce a través de una copia de fines del siglo XIII. Muñoz y Romero (1847), 435.

69 Otro ejemplo de esta presencia es el Privilegio otorgado por Alfonso II de Aragón en 1187 a la ciudad de Jaca en donde se explicita la concesión y confirmación a los buenos varones del lugar las antiguas costumbres de Jaca (*antiquas jaccae consuetudines*). “*Ego Ildefonsus Dei Gratia rex Aragonensium [...] concedo, atque confirmo consilio Richardi venerabilis Episcopi Oscensis [...] et aliorum mutorum bonorum virorum antiquas jaccae consuetudines, et fueros, et totius illae terrae quae est ultra serram versus montario Jaccae... Scio enim quod in Castilla, in Navarra, et in aliis terris solent venire jaccam per bonas consuetudines et fueros addiscendos, et ad loca sua transferendos*”, Muñoz y Romero (1847), 243.

70 Sardina Páramo (1979).

71 Es interesante considerar aquí la noción de fuero que maneja Sardina Páramo (1979), 78. El fuero se encuentra más cercano al pacto que a una norma soberana: “El rey cede, supuesta una fundamental actitud ética, en aquello que entiende no ser de su competencia”, y logra el apoyo de la comunidad municipal; el concejo pide la aprobación del monarca para garantizar la perpetuidad de sus privilegios.

et usos et costumbres, et libertades, et franquezas, *que habedes por privilegios et por cartas de los reyes que ante fueron et del Emperador et del Infante Don Sancho mi marido, et todos los otros que non habedes por privilegio ni por carta de que vos mas pagaredes*⁷².

*“Como de todos los otros que después de mi vinieron a tener e guardar todos vuestros fueros, et usos, et costumbres, et libertades, et franquezas, et privilegios, et cartas, según sobre es dicho, el que no valgades por ello mengua vos, nin aquellos que de vos vinnieron”*⁷³.

Son los habitantes de la comunidad de Toro los que poseen ese conjunto de costumbres; no se trata, por lo tanto, de una imposición exterior. El rey los confirma mediante un fuero, gesto que establece un vínculo estrecho entre la comunidad y el soberano. Ahora bien, frente a la cuestión de la confirmación por parte del rey de los derechos y privilegios de la comunidad surge inmediatamente una duda: ¿se trata tan sólo de aprobar lo que ya existe o el rey puede excluir aquellas disposiciones que no le convienen?

No cabe duda de que la expresión, nueva por cierto, “otorgo y confirmo” o “doy vuestros privilegios” es equívoca. Por un lado, permanece la idea altomedieval de que las *consuetudines* son otorgadas por la autoridad, pero se incorpora la idea de la confirmación que supone la existencia de unas costumbres propias y un grado de negociación con los poderosos. Se trata de confirmar algo que es patrimonio de la comunidad y de volverlo a otorgar una vez reconocido. Como es sabido en la Edad Media es muy fuerte la idea de que el derecho no nace *ex novo*, sino que es antiguo y por lo tanto hay que encontrarlo en lo que antecede. La expresión doy y confirmo posiblemente tenga que ver con esta concepción del derecho. Volveremos sobre esta cuestión en el capítulo dedicado al problema de la formación de la comunidad de habitantes.

En los fueros del Reino de León también encontramos a partir del siglo XII el término *consuetudo* con valor de práctica jurídica de una región. Es en la cláusula 2 del Fuero que la Abadesa Teresa da a sus vasallos de San Pedro de las Dueñas en 1124 la primera vez que en la colección de documentos correspondiente al reino de León se menciona a la *consuetudo* con este valor: *Sed, sicut est consuetudo totis terre, propinqui*

72 Rodríguez Fernández (1990), 380.

73 Rodríguez Fernández (1990), 381.

*hominis defuncti possideant hereditatem proximi sui si filium aut filiam non habuerint*⁷⁴.

En este documento *consuetudo* hace referencia a la costumbre de la tierra, y es ésta la significación que va a obtener de aquí en adelante. La *consuetudo* comienza a tener el valor del conjunto de reglas con las que jurídicamente se rige una comunidad⁷⁵. Es central aquí prestar atención a la fechas; nos encontramos a mediados del siglo XII cuando el trabajo de los romanistas ya ha llegado a España⁷⁶; por lo tanto, la utilización de esta palabra no es inocente sino que tiene tras de sí todo un trasfondo doctrinario, aun cuando ese trasfondo sea confuso o contradictorio, como veremos en el próximo capítulo.

Es en este sentido que señalamos una equiparación entre las regiones de Castilla y León. Como vemos, León también incorpora este valor en el uso de la *consuetudo*. Esto no significa que no se siga utilizando el concepto de *consuetudines* para hacer referencia a las imposiciones de los señores feudales. A lo largo del siglo XII se siguen concediendo fueros en los que *consuetudines* sigue teniendo ese sentido. Un ejemplo claro es el caso del fuero dado por el Abad de Sahagún a Talavera y Galleguillos en el año 1127 en donde se dice *damus istas consuetudines*⁷⁷.

También en Castilla se hace presente este valor de *consuetudo* pero sobre todo para señalar la intervención del rey en su modificación.

74 *FRL*, II, p. 53.

75 Igual proceso puede visualizarse en las zonas de la antigua Septimania y el Midi francés investigadas por Poumarède y Gouron. A través de una compilación de cartas relativas a un grupo de villas, se puede ver la aparición de la palabra *consuetudo* con un sentido nuevo: designa un cuerpo de reglas que tiene como referente los comportamientos tanto públicos como privados de los habitantes. Cf. Poumarède (1990), 235. Ver también Poudret (1998).

76 Recordemos que gracias a las investigaciones de Gouron y sus discípulos se ha comprobado que la influencia del texto romano y la práctica de la glosa se extendieron rápidamente de Italia a la zona Provenzal.

77 “*Notum sit omnibus quicumque ad habitandum conuenire uoluerint in talauera et in galleguelos, que sunt Uille Saliti et seruiunt uictui monachorum et depopulate fuerant pre nimia guerra, ut iterum reedificentur damus istas consuetudines*”, *FRL*, II, p. 55. Se repite en la confirmación de la Reina Doña Berenguela al monasterio de San Pedro de Eslonza (1197): “*Sancti Petri de Asluenza illam libertatem et consuetudinem et forum quod avus meus Aldefonsus Hyspaniarum imperator laudabilis memorie dicto monasterio Sancti Petri concessit et dedit*”, *FRL*, II, p. 157.

Así en muchos casos los fueros y privilegios hablan de *mala consuetudo* y *bona consuetudo*⁷⁸.

Como ya vimos el sintagma *mala consuetudo* carga en sus espaldas con un importante debate historiográfico. Marca de patrimonialización del poder de ban, signo del enriquecimiento y expansión de los monasterios, etc., lo cierto es que en este fragmento la apreciación de una costumbre como mala le sirve al rey para descalificar un orden jurídico e imponer otro. Tal vez sea aquí donde con mayor claridad pueda verse la importancia del aspecto doctrinario de la costumbre. Como habíamos señalado más arriba, en el siglo XII la influencia de la tradición cristiana sobre la costumbre permitió incorporar la idea de que la costumbre, para establecerse y ser considerada derecho, debía ser con razón. Por lo tanto el rey necesita calificarla como mala, es decir como irracional, para poder desterrarla. El sintagma entonces, no necesariamente sería la traza de una costumbre injusta, o impuesta arbitrariamente por los señores que se han apropiado de derechos que no le corresponderían, sino la evidencia de la necesidad de utilizar un vocabulario específico y preciso para abrogar una costumbre.

Por otra parte, en la colección de fueros zamoranos a partir del siglo XIII empezamos a encontrar la presencia de *usus* y *consuetudo*. En un documento fechado en 1220 otorgado al lugar de Puebla por Alfonso IX, pero cuyo texto nos ha llegado en la versión romanceada de Alfonso X, encontramos el uso de vocablos que hacen referencia a la costumbre:

*“En el nombre de nuestro señor Yesu Christo, Amén. Guisada cosa es e pertenece a todo rey christiano de dar a la su puebla nueva tales fueros e tales derechos, e tales costumbres de justicia, e conformarlo por siempre jamás”*⁷⁹.

A simple vista esta forma en la que aparece costumbre no se diferencia del sentido que le atribuimos al analizar los fueros del reino de

78 El caso del fuero de Vallunquera concedido por Alfonso VI en 1102 muestra la intervención del rey para modificar las malas costumbres: *“Et ydeo uolo ut ab hodierno et deinceps omnis mala consuetudo de ipsa supradicta villa, scilicet, Valionquera sit abrasa et toto foro de Olmiellos ibi sedeat confirmato et non perdant ipsum forum nec filios nec neptos, set habeant eum omnis generacio eorum iure hereditario in perpetuum”*, González (1945), 629-631.

79 Fuero dado a la puebla de Sanabria por Alfonso IX. Reformado y romanceado por Alfonso X, en Rodríguez Fernández (1990), 329-332.

León. Allí *consuetudines* remitía al conjunto de las imposiciones privadas que los señores imponían a sus campesinos. En el fragmento que acabamos de citar, *costumbre*, al estar a continuación de un verbo que implica imposición, como lo es el verbo *dar* (*dar a su puebla tales costumbres de justicia*) puede interpretarse de la misma forma en que lo hemos hecho con los fueros leoneses de los siglos XI y XII. Sin embargo, es importante que señalemos algunos elementos que a nuestro entender le dan a esta nueva aparición del término *costumbre* una diferencia significativa con lo que veníamos trabajando hasta el momento. Una primera diferencia salta a la vista: la palabra está acompañada por una especificación, se trata de *costumbres de justicia*. En los casos antes analizados correspondientes a los fueros del reino de León, las *consuetudines* remitían claramente a imposiciones banales, “damos estas costumbres para que sirváis a tal monasterio”. En este caso, el del fuero otorgado a Puebla, las *costumbres* aparecen ligadas a un ámbito de liberalidad mayor. Confirmar *costumbres* es confirmar libertades y franquicias que tal comunidad posee.

A partir de los documentos anteriormente citados, vemos también una creciente tendencia en las redacciones forales de los siglos XIII y XIV a ubicar en el mismo nivel que la palabra *costumbre* a las libertades o privilegios que posee una comunidad. Los historiadores que han analizado el fenómeno consuetudinario en las áreas de pervivencia del derecho escrito en el territorio francés, en la zona del Midi, también encuentran a partir de esta fecha la utilización constante en los textos denominados consuetudinarios de los distintos términos (libertades, privilegios, *costumbres*) en calidad de sinónimos⁸⁰. La *costumbre* se transforma en este período según Poumarède en un signo de libertad y en una marca de identidad⁸¹, se transforma en el modo particular en que los hombres de tal región o ciudad se comportan, diferenciándolos esto de cualquier otra comunidad. Esto se evidencia, por ejemplo, en el Documento 82 de los fueros locales zamoranos que muestra como el abad James de Moreruelo le entrega la villa de Ifanes a Per Esteban, Bartolomé Pérez y otros setenta pobladores para poblarla bajo determinadas reglas: “*Que seades vosotros vasalos buenos e leales e bien mandados, assi como vasalos deven ser a*

80 Para la región del Midi, Carbasse (1986), 27, ha detectado un proceso similar de transformación del significado del término *consuetudo* a lo largo del siglo XII.

81 Ver Poumarède (1990), 244.

*sennor en todas las cosas que es de derecho e de costumbre en la tierra do vivimos*⁸².

La misma intención encontramos en la cláusula 16 de la carta de la Infanta Doña María concediendo privilegios, gracias y mercedes al Concejo de Toro en 1283:

*“Como contra todos los otros del mundo que a vos quisieren pasar en qual manera quier, contra vuestros fueros, et usos, et costumbres, et libertades, et franquezas, et privilegios, et cartas: et por esto sea firme et estable mandévos ende dar esta carta sellada con mi sello colgado”*⁸³.

No se trata de cualquier comportamiento; no se está haciendo referencia simplemente a un hábito, sino a una práctica que en tanto privilegio o franquicia es del orden de lo jurídico. Al aprobar y autorizar una costumbre, el rey, en tanto *lex animata*, la equipara a la ley -como fuente del derecho- y la introduce en el ámbito del *jus*. Sin embargo, como veremos, esa equiparación de la *consuetudo* a la ley tiene como contracara la subsunción de la primera a la segunda de forma tal que se concentra la capacidad generadora de derecho en las manos del príncipe.

A lo largo de los fragmentos de fueros anteriormente citados pudimos ver también la presencia constante del término *usus*. En todos los casos el término está en estricta relación con la palabra *consuetudo* y con los términos que remiten a las libertades y exenciones que esa localidad tiene como privilegio frente a otras. Existe también otro sentido en el que se presenta el término uso, en este caso haciendo referencia a la forma en que debe trabajarse la tierra. Este sentido está presente en la cláusula 7 del fuero dado por Domingo, abad de Carracedo, a los pobladores de Cañiza en el año 1234: *“secundum usum terre serminare, secare, ed trahere ad aream et triturare et ventilare”*⁸⁴.

Aquí *usus* retoma el valor con el que lo habíamos encontrado en los textos leoneses: hábito o forma de hacer. Sin embargo, es importante señalar que aquí el término ha perdido claramente su valor jurídico; se trata de llevar adelante la actividad agrícola “según el uso de la tierra” en el sentido literal. En este caso consideramos que tierra no hace referencia

82 Rodríguez Fernández (1990), 394.

83 Rodríguez Fernández (1990), 382.

84 Rodríguez Fernández (1990), 349.

a la región o al territorio, como habíamos interpretado en el caso del fuero leonés de San Pedro de las Dueñas (*consuetudo totis terre*), sino concretamente al medio de producción utilizado por los campesinos.

La documentación examinada a lo largo de este apartado nos permite afirmar la utilización por parte del lenguaje jurídico de la época de conceptos tales como *usus*, *mos* y *consuetudo*. Aun cuando en el ámbito de León pervive la noción de *consuetudo* ligada al conjunto de imposiciones feudales, el valor hegemónico que los textos otorgan a costumbre es el de conjunto de prácticas jurídicas de una comunidad. En el territorio castellano, a diferencia del leonés, la idea de costumbre está en muchos casos ligada a las exenciones que el poder feudal, rey o señores feudales, conceden a un concejo o territorio.

La cuestión clave es ahora explicar el acontecimiento que produjo como efecto la aparición en los textos forales a partir del siglo XII de la *consuetudo* como conjunto de prácticas con valor jurídico de una comunidad. En este punto volveremos inevitablemente sobre el tema ya esbozado anteriormente: el trabajo de romanistas y canonistas.

Capítulo 3

LA RECUPERACIÓN DEL DERECHO ROMANO Y LA INVENCION DEL *JUS CONSUETUDINARIUM*

*Les faits ne reçoivent pas le nom qui convient à leur nature,
mais celui qui convient au traitement qu'on veut leur faire
subir.*

Olivier Cayla (1994)

En el capítulo anterior hemos mostrado -siguiendo los planteos de Gouron para el Midi- por un lado, la necesidad de la influencia de la cultura jurídica romana para la presencia temprana en la documentación de León de términos relacionados con la voz *consuetudo* (aun cuando se tratara de sentidos que no guardaban relación con la concepción moderna del término); por otro, la transformación que se operó en relación con el significado de la costumbre en los fueros de Castilla y León, avanzado el siglo XII y comienzos del XIII. Si antes del XII el término remitía o bien a las imposiciones banales o bien a la ley visigoda, entrado el siglo aparece un nuevo sentido del vocablo *consuetudo* ligado a la idea de derecho nacido de la comunidad.

Esta transformación que expone la documentación castellano leonesa debe interpretarse, como ya lo han hecho Gouron y Poumarède para el Mediodía francés, en relación con la labor que los juristas medievales realizaron para esta fecha sobre la *consuetudo*, que dio como resultado la invención de un nuevo término que modificó la concepción de la costumbre en la tradición occidental. Si bien la presencia del término en el *Corpus Iuris* era incuestionable, en ninguna parte, se hablaba de derecho consuetudinario. Como sostiene Gouron, el concepto *jus consuetudinarium* fue imaginado por los glosadores en el momento en que confeccionaron una teoría de la costumbre¹.

Esta posibilidad de una reflexión teórica sobre la costumbre, tan cara a los juristas medievales, fue algo nuevo en el ámbito del derecho, ya

1 Gouron (1988b).

que no parece haber sido un problema frecuente entre los jurisconsultos romanos. Jean Gaudemet ha planteado en un texto clásico sobre la costumbre en el Bajo Imperio², que si bien en las constituciones post-clásicas el término era abundante³, se usaba con poca frecuencia entre los juristas de época clásica⁴. En los fragmentos de juristas clásicos conservados en el *Digesto* se encuentran solo cincuenta y nueve menciones de *consuetudo*. Por otro lado, el concepto no tenía en este período un valor jurídico preciso. Las alusiones presentes en las constituciones imperiales hacían referencia generalmente a usos locales, usualmente invocada en materia de organización administrativa (funcionarios imperiales, curias municipales, armada, uso de las aguas, etc.)⁵ o de tasas o cargas impuestas por el Estado⁶; y muy excepcionalmente para cuestiones judiciales (cuatro referencias en el *Código Teodosiano*) o penales (solo una vez en este sentido). Los juristas de finales de la época clásica utilizaron también el concepto de *consuetudo* con mayor frecuencia para las situaciones locales que para las romanas, sobre todo porque los derechos locales no participaban en la formación del derecho⁷. Es precisamente en ese momento que la costumbre comienza a tener un lugar importante en los textos jurídicos romanos como resultado de la expansión imperial: Roma toleraba la aplicación de los derechos locales pero como las autoridades de los territorios conquistados habían perdido todo poder legislativo desde el momento de la conquista estos valían sólo en tanto costumbres⁸. Los documentos nos enfrentan con numerosas situaciones en las que los emperadores debían tomar una decisión respecto de costumbres provinciales no contenidas en

2 Gaudemet (1956), 149.

3 Setenta menciones en el *Código Teodosiano* y otras tantas en el *Código Justiniano*. De estas últimas cuarenta y nueve no se reencuentran en el *Código Teodosiano*. Ver Gaudemet (1956), 148-149.

4 Se denomina así al período de la jurisprudencia romana que se desarrolló entre el último siglo de la República y los dos primeros del Imperio (más específicamente entre 130 a.C. y 230 d.C.). El período que coincide con el Bajo Imperio se denomina época postclásica (230 d.C.-476 d.C.)

5 Treinta y cuatro ejemplos en los dos códigos. Ver Gaudemet (1956), 149, n. 15.

6 Treinta y tres ejemplos en los dos códigos más tres donde *consuetudines* designa la tasa en sí misma. Ver Gaudemet (1956), 149, n. 16

7 Bove (1985), 109.

8 Gaudemet (1956), 147.

el marco de la ley. Sólo a título ilustrativo podríamos señalar el problema que se le presenta a Trajano cuando, siendo Plinio legado imperial en Bitinia, surge un conflicto entre la *lex Pompeia* (que regulaba la concesión de ciudadanía a los habitantes de las provincias y la admisión al senado municipal) y una costumbre provincial (*consuetudinem praecedentium temporum*, en palabras de Plinio)⁹. El emperador resuelve no modificar la situación hasta ese momento constituida pero hacer respetar la *lex Pompeia* en el futuro. A partir de ésta decisión de Trajano exigiendo para el futuro la observancia de la ley imperial y calificando de “*consuetudo usurpata contra legem*” a la costumbre local, los historiadores han planteado que la política imperial respecto de la relación entre ley y costumbre era tajante: la costumbre no podía ir *contra legem*¹⁰. En términos estrictamente romanos, en realidad, esto significaba que una normativa provincial o local no podía revocar una ley romana.

Además del vocablo *consuetudo* otros dos términos estaban emparentados con la costumbre en la legislación imperial: *usus* y *mos*. El primero se refería generalmente a un simple uso o comportamiento de un individuo o grupo; no hacía referencia a una regla de carácter jurídico. *Usus*, no significaba jamás en los textos del bajo imperio costumbre en el sentido de una regla jurídica obligatoria¹¹.

El segundo vocablo, *mos*, era más complejo. El *mos maiorum* ejercía en Roma una gran influencia en las esferas del derecho, la religión, la disciplina militar, la educación de los hijos, el comportamiento público y privado, etc. Se trataba de un conglomerado de reglas no enunciadas sistemáticamente, inmanentes a las prácticas, que poseían un carácter modélico.

En los textos jurídicos bajoimperiales el termino *mos* era usado frecuentemente en el sentido de costumbre. Pero su utilización era altamente ambigua y podríamos considerar que hacía referencia más acaba-

9 Para un análisis en profundidad de este problema ver Bove (1985), 68-73.

10 Esta idea se ve reafirmada con la adopción por parte de Septimio Severo un siglo después de una actitud similar respecto de una costumbre local que se opone a una ley; tolera las situación anterior basada en una costumbre que va contra la ley imperial pero establece para el futuro la aplicación de esta última: “*nec facile quae per errores aut licentiam usurpata sunt praescriptione temporis confirmantur*”. Gaudemet (1956), 155; cf. Bove (1985), 72-73.

11 A excepción de la célebre constitución de Constantino (C. 8, 52, 2): “*consuetudinis ususque longaevi*”, sobre la que volveremos más adelante.

damente a la tradición que a una regla jurídica imperativa¹². La obligatoriedad estaría dada por la antigüedad ligada a los antepasados y no por tratarse de una norma jurídica. Hay 104 ejemplos de su uso en el *Código Teodosiano*, más o menos 6 en la *Constituciones Sirmondianas*. Se usaba una acepción vaga (*ex more, more solemne*) o en sentido moral¹³. El significado más frecuente de estas expresiones era “la fuerza vinculante de la tradición”¹⁴.

En definitiva, si bien la presencia del término *consuetudo* en el Corpus Justiniano es incuestionable, hasta el fin de la época clásica los juristas romanos no le habrían otorgado un rol significativo. Es más cuando los jurisconsultos de la talla de Gayo o Papiano utilizaban el término *consuetudo* lo hacían para oponerlo al de *jus*. El término *jus consuetudinarius* tan presente en los textos de los juristas medievales tal vez hubiera sido considerado un oxímoron para los jurisconsultos romanos. No será hasta el Bajo Imperio que los juristas presten a la costumbre una atención mayor¹⁵.

Antes de la época postclásica la costumbre no aparece entre las fuentes del derecho. El jurista Gayo había enumerado en *Instituta* (I, 2) las distintas fuentes del *jus* y la *consuetudo* no aparecía entre ellas:

12 Garré (2005), 33, plantea que en época arcaica no era posible separar derecho, moral y religión. El *mos maiorum* eran “protonormas” que apenas se podrían comparar con el derecho consuetudinario en sentido de la teoría de derecho conocidas por nosotros.

13 Generalmente era utilizado en plural. Se encuentran quince menciones en el *Código Teodosiano* y cuatro en *Constituciones Sirmondianas*. Una sola vez en singular. Gaudemet (1956), 148.

14 Waldstein (2002), 186.

15 Los juristas de la última época clásica habían reconocido un papel supletorio e integrador a la costumbre de los provinciales. Precisamente a esta costumbre se refería el conocido pasaje de Ulpiano, tomado de su obra *De officio proconsulis*, en el que señalaba que la costumbre inveterada solía ser observada como derecho y ley en aquellos casos que no provenían del derecho escrito: “*Diuurna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet*” (D. 1, 3, 33). En la misma época clásica tardía el derecho imperial reconoció a la costumbre su papel interpretativo de la ley, tal como señalaba una disposición de Severo, en la que se decía que en las ambigüedades originadas de las leyes, la costumbre había de tener fuerza de ley: “*Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambigüetatibus, quae ex lege proficiscuntur, consuetudinem... vim legis obtinere debet*” (D. 1, 3, 38).

“El derecho del pueblo romano se funda en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que tienen el derecho de dar edictos y en las respuestas de los prudente.”

Los especialistas han discutido mucho acerca de esta ausencia. Biondo Biondi señalaba en 1972 que los juristas romanos consideraban que el *jus civile* tenía un carácter consuetudinario, en oposición a la ley caracterizada por ser *jus scriptum*. La identificación entre *jus civile* y costumbre explicaría el hecho de que Gayo no la mencione en su lista¹⁶. Otros autores plantearon que esta ausencia confirmaría la concepción particular romana que obligaba a distinguir entre derecho consuetudinario originario, no escrito, y las diferentes fuentes de derecho escrito que crearían normas jurídicas nuevas¹⁷. A pesar de los años que han pasado no deberíamos desestimar tampoco la perspectiva de Kaser para quien que la costumbre no apareciera entre las fuentes de derecho se explicaba porque los romanos consideraban que el derecho estaba presente en su cultura desde el comienzo mismo de su vida como pueblo. La tarea de la ciencia jurídica se limitaba a reconocer correctamente los principios de derecho que se encontraban presentes desde el inicio, casi como si se tratara de un derecho natural¹⁸. No se consideraba que el derecho nacía por el transcurso del tiempo, no se concebía una temporalidad lineal como creadora de derecho –hecho fundamental para el desarrollo del derecho consuetudinario¹⁹- ya que este había nacido con el pueblo romano mismo. De allí que no se investigaran la raíces de la validez de los institutos jurídicos, no se buscaran fuentes de origen de los mismos.

Suele considerarse que las *Regulae Ulpiani*, de época postclásica, fue la primera obra jurídica en hacer figurar a la costumbre entre las fuentes del derecho. Pero en realidad, los párrafos consagrados a este tema, de la manera en que los hemos recibido, habla de *mores*. Curiosamente define *mos* como el consentimiento tácito del pueblo apoyado sobre la *longa consuetudo*. La costumbre se transforma de este modo, en fundamento de los *mores*, siendo elevado al rango de *jus*, cuestión que irá contra la doctrina medieval que considerará al *mos* como la causa de la *consuetudo*.

16 Biondi (1972).

17 Schmidlin & Cannata (1984).

18 Ver Kaser (1939).

19 Garré (2005), 37

Aun habiendo cierta reflexión, en las fuentes jurídicas de época tardía el vocablo permanece polivalente y también incierto. En todo caso, el derecho romano ignoraba el concepto de “derecho consuetudinario” y hasta el fin de la antigüedad la expresión *jus consuetudinarium* permanece extranjera al leguaje jurídico, tanto como a la lengua latina en general²⁰.

I. COSTUMBRE Y RETÓRICA ROMANA

Si en Roma en el ámbito del derecho no hubo una consideración teórica sistemática sobre la costumbre, sí la hubo en el terreno de la retórica. Suponen algunos autores que fue a partir de la lectura que los jurista medievales hicieron de la retórica clásica –combinada con citas aisladas del derecho romano justiniano- que elaboraron y sistematizaron el concepto *jus consuetudinarium*.

Durante el siglo I a.C. tanto la *Rhetorica ad Herennium* de autor anónimo como *De invetione* de Cicerón exploraron esta problemática. Este último fue el primer tratadista en plantear desde un punto de vista teórico el problema de la costumbre y su justificación²¹. Hasta ese momento autores tales como Plinio, Salustio y Tácito habían utilizado el término costumbre en su sentido ordinario. Es con Cicerón y Quintiliano cuando adquirirá el sentido de norma²². No nos detendremos aquí en un análisis del pensamiento ciceroniano sobre la costumbre porque nos excede, solo señalaremos algunas cuestiones que fueron retomadas con frecuencia por los juristas medievales y que marcaron la concepción de la costumbre en la tradición occidental.

De los numerosos pasajes en los que Cicerón habla de la costumbre, volvemos a citar el que remite a la más antigua y famosa definición de costumbre:

20 Roumy (2001), 258.

21 Para un análisis en profundidad del trabajo de Cicerón sobre la costumbre ver Bove (1985), 19-48.

22 Es fundamental para este nuevo sentido del término *consuetudo* en la retórica romana tener presente la influencia griega. Como señala Kelley (1990), 44: “The crucial connection can be see in the Roman adoption of the old notion of «custom» (*consuetudo*), the original form of law, as «second nature» (*altera natura*), and the association of distinction with language”.

“Derecho por costumbre se llama al que por voluntad de todos, pero sin ley, se halla establecido desde muy antiguo. Hay en este derecho cosas ya ciertas por su mucha antigüedad, como son la mayor parte de los edictos de los pretores. Géneros de derecho que se apoyan en la costumbre son el pacto, lo equitativo y lo juzgado”²³.

Cicerón presenta a la costumbre como estando fundada sobre el tiempo y apoyada por la voluntad de todos, sin necesidad que la ley interviniera para sancionarla²⁴. Da como ejemplo de “derecho de costumbre”, las prácticas consagradas por el pretor romano al final de la República. Un fragmento de la *Rethorica ad Herennium* escrita para la misma época que *De inventione* parece estar más o menos en la misma sintonía: evocando diferentes categorías de *jus* el texto señala que el derecho natural es el que se funda en la observancia de ciertos deberes entre los próximos y la familia; el *jus lege*, sancionado por la decisión del pueblo, y el *jus consuetudine*, establecido por el uso en caso de ausencia de toda sanción legal que adquiere fuerza de ley²⁵.

En la elaboración ciceroniana y en Roma en general, tanto la *lex* como la *consuetudo* encontraban su origen en la naturaleza y en la *ratio utilitatis* pero constituían dos categorías distintas: o bien la norma jurídica era formalmente sancionada -entonces era considerada *lex*- o bien no tenía formulación expresa y adquiría fuerza por su *vetustas* -en ese caso se trataba de *consuetudo*-²⁶. El edicto del pretor era modelo de derecho por costumbre porque a diferencia de las *leges*, que o bien se encontraban formuladas en las XII tablas, o bien se enunciaban luego de ser presentadas por el magistrado y aprobadas por el *populus* en los comicios, este podía considerar vinculantes una serie de prácticas que no estaban contenidas en la ley, como por ejemplo los pactos entre particulares, la equidad y la sentencia judicial.

En algunos otros pasajes de *De inventione* el autor establece una

23 Cicerón, *De inventione*, II, 67.

24 Respecto del lugar que ocupan la *vetustas* y la *voluntas omnium* en la concepción de Cicerón sobre la costumbre, Gaudemet (1938), 147, plantea que si bien la primera era exigida por el retórico para la validez de la costumbre, el verdadero fundamento, siguiendo la tradición helénica que no se apoyaba en el transcurso del tiempo, era el consentimiento de todos. La *vetustas* se presentaba simplemente como la continuidad en el tiempo de la *voluntas*.

25 *Rhetorica ad Herennium*, II [13] 19

26 Ver Bove (1985), 28-29.

relación genética entre *natura* y *consuetudo*²⁷. Observa que la costumbre o reposa, como vimos, sobre la *vetustas* y entonces su fundamento inmediato se encontraría en la *vulgi adprobatio*; o desciende de la naturaleza y en ese caso no necesitaría justificación. Esta relación trazada entre naturaleza y costumbre marcará profundamente la problemática del derecho consuetudinario en la tradición occidental. Este vínculo con la naturaleza habilitó la posibilidad de pensar a la costumbre como fundamento primero, materia prima pura sobre la que se montan externamente las transformaciones socioculturales. Como señalamos en el primer capítulo este razonamiento permitió a los medievalistas considerar a la costumbre y a la ley formando parte de dos dimensiones distintas, y hasta opuesta quizás. A la ley participando del orden de lo creado y a la costumbre de lo dado; en síntesis una ligada a la cultura y otra a la naturaleza.

Ahora bien, ¿estaba esta oposición binaria operando en el pensamiento de Cicerón? Solo algunas notas para advertir acerca de una posible mirada anacrónica. Para comenzar dos cuestiones básicas: primero, Cicerón vinculaba no solamente a la costumbre con la naturaleza sino también a la ley; ambas guardaban una relación genética con el derecho natural. Sin embargo, es imposible no reconocer el fuerte vínculo trazado por el autor entre costumbre y naturaleza, a través de la idea plasmada en la frase, citada hasta el hartazgo en la tradición occidental, *consuetudo altera natura*. No obstante, esta imagen de la costumbre como segunda naturaleza, no reenvía a la dimensión jurídica de la costumbre, se refiere a ella en tanto hábito. La costumbre es *quasi altera natura* porque se trata de un comportamiento encarnado de forma tal que se ha perdido el registro de su aprendizaje²⁸.

Despejado esto sigamos con los pasajes en los que Cicerón se refiere no ya a la *consuetudo* como hábito o comportamiento sino al derecho por costumbre al que vincula, del mismo modo que a la ley, con la *natura*. Y aquí tenemos la segunda cuestión, ¿de qué naturaleza o ley natural habla Cicerón? Como es bien sabido el autor romano retoma y formaliza la tradición estoica del iusnaturalismo²⁹. Para estos, el universo entero se encontraba gobernado por el *logos* divino. Estrictamente hablando el universo era pensado como idéntico a dicho *logos*, por lo tanto, por defi-

27 Cicerón, *De inventione*, II, 22, 65.

28 Kelley (1990), x.

29 Valente (1956).

nición, era razonable y se regía por leyes naturales que también lo eran³⁰. Los estoicos rechazaban la idea de que el hombre formaba parte de un *continuum* biológico que incluía también a los seres no humanos³¹; la ley natural entonces no estaba ligada a lo biológico sino a la esencia del hombre, esto es a su capacidad de ser racional. Siguiendo esta tradición, en Cicerón el derecho natural no se expresaría en su totalidad en un estadio previo a la sociedad, sino, en tanto lo propio del hombre como ser razonable, en aquella sociedad en donde pudiera desplegar su esencia. El derecho natural solo podía desarrollarse, por lo tanto, en polis³². López Barja de Quiroga plantea, retomando la contraposición formulada por N. Bobbio entre el modelo iusnaturalista de Hobbes, según el cual el estado de naturaleza está formado por individuos libres e iguales que artificialmente acuerdan constituir un estado civil, y el encarnado por Aristóteles, que por el contrario sitúa en el origen no a los individuos aislados y libres sino a

30 Colish (1990), 31.

31 Colish (1990), 358-359.

32 Es fundamental advertir que la teoría del derecho natural posee una historia marcada por fracturas. La teoría del derecho natural de los antiguos no es la que pervive hasta el siglo XVII. Deleuze (1980) señala una serie de características que permiten distinguir claramente lo que él llama la “teoría clásica del derecho natural” (que engloba a la antigüedad y el cristianismo) y la “teoría moderna” que se inicia con Hobbes. Lo fundamental de la primera es que define la cosa a partir de su esencia. El derecho natural es, entonces, lo que es conforme a la esencia de algo. La esencia del hombre es animal razonable, eso define su derecho natural; más aún, ser razonable es la ley de su naturaleza. Por ende, el derecho natural no remite a un estado que precedería a la sociedad. El estado de naturaleza es el estado conforme a la esencia en una buena sociedad. Se llamará una buena sociedad a una sociedad donde el hombre puede realizar su esencia, es decir, ser razonable. El cristianismo (sobre todo a partir de santo Tomás, dice Deleuze) adoptará esta concepción clásica y la integrará en una teología natural poniendo en relación la ley natural con la ley divina. El salto radical lo dará Hobbes al plantear que las cosas no se definen por su esencia sino por su potencia. A partir de entonces el derecho natural será no lo que es conforme a la esencia de la cosa, sino todo lo que la cosa puede. Si el derecho natural se define como potencia, entonces, lo que cada uno puede es su derecho natural; el derecho natural remite a lo que se puede. Esta nueva definición cambia la relación entre estado de naturaleza y estado social. Si antes la ley natural solo podía desplegarse en sociedad, ahora el estado de naturaleza se distingue del social y teóricamente lo precede. ¿Por qué? Porque en el estado social hay restricciones, hay prohibiciones, hay cosas que se pueden hacer pero están prohibidas. Eso quiere decir que no se está en el derecho natural, se está en el social. El hombre no nace racional deviene racional en sociedad. Para poder vivir en sociedad hay que limitar la potencia. Cf. Deleuze (1980).

las familias patriarcales que mediante una evolución natural se unen para formar aldeas y luego la *polis*, que en Cicerón se retoma la senda abierta por Aristóteles y por lo tanto lo natural comienza con la fundación de la ciudad: “la ciudad existe por naturaleza”³³. En Cicerón no hay nada parecido a un “estado de naturaleza”, ni a una “humanidad primitiva”³⁴.

Es evidente, entonces, que la tradición estoica y ciceroniana otorgaba a la naturaleza una posición eminente y legitimante³⁵. Esto se ve claramente en la imposibilidad de que un derecho prescripto contra la *natura* tuviera fuerza de derecho³⁶; sin embargo esa legitimidad no se basaba en una naturaleza biologizada sino en un derecho natural esencialmente

33 López Barja de Quiroga (2007), 250 y 267.

34 López Barja de Quiroga (comunicación personal).

35 Respecto a la influencia del estoicismo y del pensamiento de Cicerón en los juristas romanos, Colish (1990), 358, plantea que fue mucho más limitada de lo que suele pensarse. En lo referente a la concepción de la ley natural la diferencia es clara. Una famosa definición de Ulpiano de la ley natural citada tanto en las *Instituta* como en el *Digesto* la muestra: “La ley natural es lo que la naturaleza enseña a todos los animales”. Para los estoicos los animales no forman una comunidad moral, no son razonables, por lo tanto, no puede haber continuidad entre éstos y los hombres. Para Colish, en esta definición Ulpiano está más cerca del punto de vista biológico del hombre que tiene Aristóteles que de la visión estoica. Según López Barja de Quiroga (2007), 61, esta definición de ley natural de Ulpiano hablaría de la impronta profundamente pitagórica del jurisconsulto. Estos eran de la opinión, vinculada a la idea de la trasmigración de las almas, de que existía un derecho común a hombres y bestias. En la *Historia de los animales* de Claudio Eliano, se ve claramente esta influencia cuando trata de mostrar que ciertos animales como el camello y el delfín, no cometen adulterio ni incesto. Sin embargo, la definición de ley natural en la jurisprudencia romana no se agota en esta frase, es mucho más compleja. En primer lugar, por las transpolaciones de época justiniana marcadas ya por la impronta cristiana; en segundo lugar, porque al recorrer las definiciones de otros juristas nos damos cuenta que el sentido de derecho natural no es unívoco: en Gayo por ejemplo se confunde con razón natural y con *ius gentium*. Aunque desde otra perspectiva, Thomas (1999), 16-17, plantea también el corte que se produce en la concepción de la naturaleza entre la tradición estoica y ciceroniana y los juristas romanos. Si bien, dice Thomas, se recogen algunas citas aisladas, los juristas no retoman la idea de que el derecho encontraría su fundamento en la naturaleza. “Se buscaría vanamente en el *Digesto* una fórmula equivalente al *ius natura* ciceroniano. En adelante no es admitida la superioridad normativa de la naturaleza sobre el derecho. Lejos que una institución contraria a la naturaleza fuese juzgada ilegítima, o que la ley positiva debiera conformarse a una *naturae* norma la esclavitud, cuya legitimidad nadie ponía en duda, se pensaba, había sido instituida *contra naturam*”.

36 Cicerón, *De Legibus*, 1, 17-18; 28; 42-44.

racional que se desplegaba en toda su extensión en la vida social³⁷. Si seguimos en la línea de la tradición antigua tal vez incluso podamos leer de otra manera la famosa frase ya citada de Cicerón respecto de la costumbre como *altera natura*: la costumbre es segunda naturaleza no en relación con una primera naturaleza biológica sino en relación con una primera naturaleza del hombre que sería política³⁸.

Como veremos la definición ciceroniana de la costumbre, como muchas otras ideas, marcarán los acercamientos al tema a lo largo de la Edad Media. Incluso, como Roumy ha llegado a plantear y ya lo indicamos en el capítulo anterior, el propio vocablo *jus consuetudinarium* de origen estrictamente medieval, podría encontrar su origen en la locución *consuetudine jus* de Cicerón.

II. LA INVENCIÓN DEL CONCEPTO

En un libro aparecido a fines del siglo XIX, S. Brie³⁹ descubría uno de los primeros empleos de la expresión *jus consuetudinarium* en un comentario al Código Justiniano llamado la *Summa Trecensis*⁴⁰, que, según las investigaciones posteriores llevadas adelante por A. Gouron habría sido compuesto en Provenza por un discípulo de Irnerio llamado Gerardus alrededor de 1135 (*Jus autem consuetudinarium non solum urbis Romae,*

37 En la busca de un fundamento único e inmutable para las leyes del Estado, Cicerón llega a la idea de *lex naturae* estoica, según la cual la ley es la esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del hombre prudente (Martínez [1976], 163-194).

38 Aunque remite a la concepción sofística de la naturaleza, puede ser ilustrativo indicar que tampoco para esta corriente de pensamiento griego el afuera de la ley era una exterioridad salvaje. Según Cassin (1995), 168-170, la naturaleza nunca es más que la escapatoria del secreto del imperio de lo político. Como explica Gallego (2003), 374: “La naturaleza, indica Cassin, es el secreto de lo privado. En efecto, primero se es ciudadano; luego, se puede actuar o pública o privadamente; si se está en el espacio público, lo mejor es respetar la ley; pero si se trata de la vida privada, la naturaleza”.

39 Brei (1899); Gouron (1984b; 1985).

40 La importancia de la *Summa Trecensis* radica en que se supone que fue la primera suma al *Codex* fuera de Italia y por haber ejercido profunda influencia en otros textos provenzales posteriores como *Lo Codi* y la *Summa Codici* iniciada en Montpellier por Rogerio y finalizada por Placentino (1192). Recibe ese nombre, *Trecensis*, porque el manuscrito se encuentra en Troyes.

sed etiam cujusve oppidi recipiendum est)⁴¹. A partir de ese momento, como ha mostrado Gouron, la locución pasó a los canonistas, adquiriendo un lugar en el orden jurídico medieval, al lado del derecho romano, del derecho canónico y del derecho natural⁴².

En el corpus del derecho recuperado los jurisconsultos romanos hacían referencia a la costumbre en tanto dimensión ligada a la temporalidad y al *tacito consensu*. Un clásico pasaje atribuido a Juliano (*D. 1, 3, 32, 1, Inveterata consuetudo*) expresaba que la costumbre arraigada debía ser guardada como ley, ya que del mismo modo que esta era respetada en tanto había sido admitida por el *indicio populi*, así también se debía guardar todo lo que sin estar escrito había aprobado el pueblo. El fragmento terminaba admitiendo la posibilidad de la derogación de una ley no solo por el voto del legislador sino también por consentimiento de todos por medio del desuso⁴³. La idea es reiterada en *D. 1, 3, 35* en un fragmento de Hermogeniano en donde se lee que la costumbre es *tacito civium conventio*: “*Pero también aquello que ha sido comprobado por una larga costumbre y observado por muchísimos años, como táctica convención de los ciudadanos, se observa como derecho no menos que aquello que está escrito*”. Algo semejante se vuelve a decir en una obra anónima del siglo V d. C que se conoce como *Tituli ex corpore Ulpiani*: “*Los mores son tácito consentimiento del pueblo prolongado en el tiempo por una larga costumbre*”⁴⁴

Se planteaban así dos condiciones necesarias para la formación de la costumbre: el uso repetido por largo tiempo de una regla y el acuerdo tácito de todos. No era necesario probar que los ciudadanos estuvieran de acuerdo con esa regla; lo fundante era el sentimiento de conjunto y no el hecho en sí mismo.

Con estas características la costumbre se presentaba a los ojos de

41 Para un análisis de la influencia de este manuscrito en otros textos provenzales ver Gouron (1988b).

42 Ver Gouron (1988b).

43 “*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*”

44 *Tit. Ulp. 1. 4*: “*Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveterata*”.

los juristas medievales como un concepto equívoco. En primer lugar, el criterio temporal era impreciso: no se establecía la cantidad de años necesarios para que una costumbre fuera introducida. En segundo lugar, la causa de la costumbre remitía a la difusa categoría de la *consensu omnium*. En tercer lugar, la relación entre *consuetudo* y *lex*, esencial para la estructuración del orden jurídico medieval, era contradictoria en el interior del *Corpus Iuris*. Por último, la costumbre hacía equilibrio entre el *factum* y el *jus*. Frente a estas incertidumbres los juristas construyeron la categoría de *jus consuetudinarium* que no sólo incorporaba definitivamente la costumbre al ámbito del derecho sino que también resolvía en el proceso de su definición el conjunto de las imprecisiones que se presentaban en el derecho recuperado.

1. *Consuetudo*: ¿*factum* o *jus*?

Un texto de un erudito lombardo del siglo XI, el *Elementarium* de Papías, definía a la costumbre de la siguiente manera: “*Consuetudo est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur cum lex deficit*”. De esta manera, Papías divulgaba la definición isidoriana de la costumbre, definición que tendría una influencia notable en los glosadores medievales (“*Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum quod pro lege suscipitur cum deficit lex*”).

Como señala Roumy⁴⁵ las *Etimologías* de san Isidoro e incluso sus glosas jugaron un rol considerable en la enseñanza de las artes liberales en la Edad Media, sobre todo los tres primeros libros de las *Etimologías*. Esto explicaría según el autor la influencia y la perdurabilidad de estas expresiones⁴⁶.

En las *Etimologías* san Isidoro planteaba que todo *jus* se basaba en *leges* y en *mores*. La ley era la constitución escrita, mientras que *mos* era una *consuetudo* probada por su antigüedad, finalizando su definición con la frase citada más arriba según la cual la costumbre era instituida por los

45 Roumy (2001).

46 Las *Etimologías* circularon en la Edad Media a partir de diversas colecciones de glosas como por ejemplo el *Liber Glossarum* o *Glosario de Ansileubo*, según el nombre de su supuesto compilador, que fue fuente de numerosos y variados glosarios entre ellos la obra de Paulo Dácono y la mencionada obra de Papías. Cf. García Turza y García Turza (1997).

mores, considerándose *lex* cuando esta falta. En un texto clásico García Gallo⁴⁷ hacía una lectura de este fragmento y de las confusiones que había provocado en la Edad Media. Decía, precisamente, que este fragmento fue reproducido en las colecciones canónicas de la Alta Edad Media (*Caesaraugustana* 1, 13) y en el *Decreto* de Graciano (1, d. 1, 2-5)⁴⁸ y sometido a constantes análisis y discusiones en los siglos siguientes haciendo nacer la confusión que sobre la doctrina de la costumbre se manifestó en los autores desde la Edad Media hasta nuestros días. La confusión nace de la terminología empleada por san Isidoro: *mos*, y el plural *mores*, y *consuetudo*, claramente diferenciados en Isidoro, no encuentran fácil traducción para distinguirlos en lenguas romances⁴⁹. En estas se traduce con la misma palabra “costumbre” ambos vocablos. Si traducimos, señala, *mores*, *mos* y *consuetudo* por “costumbres” y “costumbre”, el texto citado se convierte en un jeroglífico ininteligible: “una vieja costumbre se deriva de la costumbre”, “la costumbre es el derecho instituido por las costumbres”.

En el siglo XIII un anónimo traductor de las *Etimologías* trató de vencer esta dificultad traduciendo *mos* y *mores* por “costumbre” y *consuetudo* por “uso”, sembrando así mayor confusión: “Así, después de decir que «todo Derecho es de leyes e de costumbres», dice que la «costumbre es uso provocado por antigüedad»; que «*mos*, que es por costumbre, es lengua usanza, o luengo uso, sacada tan solamente de las costumbres»; y que «*consuetudo*, que es uso, es un Derecho establecido a las costumbres»⁵⁰. Un verdadero trabalenguas.

Pero, nos advierte García Gallo, en Isidoro no existe esta confusión porque da su propio significado a cada vocablo. *Mores* se vincula a la vieja

47 García Gallo (1969), 133-141.

48 La influencia de la obra de san Isidoro en el *Decreto* de Graciano es notable. Se sabe en efecto que las primeras cuatro distinciones del *Decreto* son reproducciones de los primeros capítulos del Libro V de las *Etimologías* de Isidoro y que los doce cánones de la Distinción I reproducen otros tantos capítulos de la misma obra. Por intermedio de Isidoro, Graciano replantea en el *Decreto* lo esencial de la doctrina romana de las fuentes del derecho de las que se apropiará a posteriori el derecho canónico. Para un análisis en profundidad de la impronta isidoriana en el *Decreto* de Graciano ver Gaudemet (1980).

49 Para un análisis de las diversas lecturas de los decretistas medievales de la relación *mos*, *consuetudo*, y *mores* en san Isidoro ver Prosdocimi (2001 [1953]), 29-46.

50 R. Riaza, “La versión castellana del libro V de las *Etimologías* de san Isidoro”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12 (1929), 133-166, en pp. 139-140 (citado por A. García Gallo [1961], 138).

concepción romana, como conjunto de normas no formuladas ni expresadas en preceptos concretos, pero que viven en la conciencia de las gentes. *Mos* designa cada una de estas normas cuando ha llegado a concretarse y formularse; pero no es solo una norma individual o aislada entre otras sino una norma que ha llegado a formularse de modo preciso. *Consuetudo*, por otro lado, es el uso común. De este modo, para García Gallo, en este fragmento Isidoro presenta esquemáticamente una clara exposición del proceso de formación del derecho:

“El derecho, nos viene a decir san Isidoro, se integra por las leyes escrita y por los *mores*, es decir, por normas no escritas que se hallan sin formular en la conciencia de todos. Cuando no existe ley, los hombres actúan conforme a aquellas normas no escritas que están en la conciencia de todos, y por tanto, de un modo uniforme, con una conducta o uso común: a éste se llama *consuetudo*. Este uso o práctica general supone una norma, cuya existencia descubre y exterioriza por el uso; a esta norma implícitamente formulada por los actos que se ajustan a ella se llama *mos*, en singular. Por eso, dice san Isidoro que el *mos* se saca de los *mores* a través de la costumbre o uso general y viejo, y que es un derecho instituido por los *mores*”⁵¹.

Si bien es cierto que ya Juliano en el *Digesto* hablaba de “*jus moribus constitutum*” planteando casi una derivación de la *consuetudo* de los *mores* (*D.* 1, 3, 32, 1, ya citado más arriba) Isidoro se expresaba más claramente al escribir que “*consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum*”.

Más allá de estos matices, lo cierto es que a los ojos de los juristas medievales *mos* y *consuetudo* aparecían confundidos. Para aumentar el desconcierto el término *usus* aparecía en algunos fragmentos del *Codex* asociado a la costumbre: *consuetudo ususque* (*C.* 8, 53, 2). Por lo tanto, la primera tarea de los glosadores fue desbrozar *mos* de costumbre, oponiendo individual a colectivo. Esto puede verse, como lo muestra Mayali, en una glosa pre-acursiana anónima: “*scilicet distat a consuetudine mos enim in uno esse potest. Consuetudo non nisi pluribus*”⁵². *Mos* se definió como un hábito individual mientras que *consuetudo* mantuvo su dimensión de práctica colectiva. Pero esta distinción fue abandonada por la *Glosa Ordinaria* en donde Accursio (c. 1263) planteó la igualdad de los

51 García Gallo (1969).

52 Londres BM Royal II C III, fol. 5 rb; Biblioteca Apostólica Vaticana, vat. Lat. 1408, fol.6vb (citado por Mayali [1990], 17).

conceptos. Un siglo después un brillante maestro de la escuela de Orleans, Jacques de Révigny († 1296) se opondrá a esta asimilación planteando que el *usus* y el *mos* en tanto *causa consuetudinis* corresponderían al plano de los hechos, dejando a la *consuetudo* del lado del *jus*. La costumbre se instituía así como derecho a diferencia del *usus* y del *mos*, ciertamente indispensables para su formación pero relegados al nivel de una realidad puramente factual⁵³. El derecho calificará entonces como *factum* al uso y al *mos*, quedando destinados, por la pluma de Révigny, a ser causa de la costumbre. Pero no cualquier uso podría devenir costumbre, solo aquel uso que guardara las condiciones establecidas por el propio discurso jurídico. Está claro a partir de esto que si bien el discurso jurídico parece colocar en una afuera fáctico el origen de la costumbre, esa exterioridad no es más que una dimensión interior al propio discurso.

Ahora bien, en el siglo XIV, Pierre de Belleperche († 1308) sustituirá este mecanismo objetivo de formación de la costumbre por otro subjetivo, al decir: “*usus non est causa consuetudinis, sed tacita voluntas populi*”. De este modo, el uso quedaba subordinado a la voluntad tácita de la colectividad de la cual no era más que la expresión material. En el siglo siguiente Bartolo elaborará una síntesis de todas las ideas previas combinando las definiciones opuestas de italianos y franceses en donde los *usus* y los *mores* serían causa remota de la costumbre y el *tacitus consensus* su causa próxima⁵⁴. Sin embargo, la solución de un problema acarrea otro: ¿cómo definir *voluntas populi*?

2. *Tacitus consensus y voluntas populi*

El jurisconsulto romano Juliano consideraba al *consensus populi* o al *iudicium populi* como elemento fundante de la costumbre, porque el pueblo comprendía idealmente a todos los ciudadanos (*Instituta* I, 3). Pero ¿podía esta concepción ser tomada al pie de la letra por la sociedad feudal? El *populus* al que hacían referencia los juristas romanos no tenía nada que ver con el pueblo en una sociedad donde la soberanía se había fragmentado y los criterios de validez y legitimidad no eran los mismos. Los

53 Mayali (1990), 17-18.

54 Bartolo de Sassoferrato, *Comm. super Dig. Veteris* 1, 3, 32 § *De quibus*, núm. 10, fol. 19rv: “*Usus et mores sunt causa consuetudinis, dico causa remota, nam causa proxima est tacitus consensus, qui colligitur ex usu et moribus*”.

doctores del derecho medieval tuvieron entonces que redefinir este concepto. En primer término, esta voluntad debía satisfacer las condiciones tendientes a la cualidad de los individuos y a la naturaleza del príncipe. Por eso, el consentimiento de los locos, de los menores, de las mujeres y de ciertos *rustici* no podía ser origen de una costumbre. La expresión de la voluntad, por lo tanto, quedó definida como el resultado de un acto consciente y reflexivo. En segundo término, esta voluntad debía ser expresión de la mayoría, entendiéndose como tal un grupo social representativo. Esa mayoría representativa fue la que en la práctica recibió el nombre de pueblo. El punto de partida de esta decisión era la relación establecida entre *consuetudo* y *universitas*. Para los juristas, el consentimiento de la *maior pars universitatis* debía ser considerado como equivalente del consentimiento de todos los miembros del grupo⁵⁵. Volveremos sobre la cuestión de la *voluntas populi* en el último capítulo de este trabajo.

3. *Scriptum, non scriptum*

Según los especialistas, en los primeros glosadores el elemento distintivo entre *lex* y *consuetudo* fue el carácter escrito o no escrito de la norma. Azo de Bolonia († 1220) en su famosa *Suma Codicis* glosando el pasaje *Quae sit longa consuetudo* había hablado de la costumbre como *jus non scriptum*⁵⁶, expresión que no se encontraba presente en el texto glosado⁵⁷. A simple vista varios pasajes del *Digesto* parecen ser el referente de esta distinción. Sin embargo, como veremos, la definición de la costumbre como *jus non scriptum* no se encontraba presente en el derecho romano tal cual la platearon los juristas medievales. En primer lugar, el célebre *De quibus* de Juliano señalaba que en aquellas causas en que no se usaban leyes escritas (*scriptis legibus*), convenía guardar aquello que estaba introducido por *mos* y costumbre⁵⁸. Algunos estudiosos han llamado la atención

55 Mayali (1990), 21.

56 Azo, *Summa Codicis ad C* 8, 52: “*ius non scriptum moribus populi diuturnis inductum*”.

57 Se trata del pasaje *C. 8, 52, 1*: “*Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae*”.

58 *D. 1, 3, 32*: “*De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet*”.

sobre los posibles retoques que este fragmento habría sufrido en época postclásica. Con la finalidad de darle al pasaje un valor de principio general, los compiladores habrían eliminado las precisiones que Juliano hacía comentando la *lex Papia* y habrían agregado algunas expresiones. Según Lombardi habría que eliminar entonces el término *scriptis*: es absurdo en la letra de Juliano porque para él las *leges* eran siempre necesariamente escritas⁵⁹. La precisión *scriptis* se habría insertado más tarde cuando el término *lex* se había ampliado hasta incluir el *mos* y la *consuetudo*. En el mismo orden de ideas también habría que eliminar “*et consuetudine*” que resulta superfluo y fastidioso, y luego *moribus* que se habría insertado con el fin de trazar una correspondencia terminológica con el fragmento siguiente (“*inveterata consueudo pro lege...*”)⁶⁰. Para Lombardi, estos injertos habrían sido hechos en época postclásica fruto de un ambiente retórico y filosófico en el cual la distinción sistemática entre *jus scriptum* y *jus non scriptum* se habría vuelto corriente y habría influido en la jurisprudencia.

Varios fragmentos de Ulpiano que forman parte del Título 1, 3, *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, referían también a la problemática de la escritura:

D. 1, 3, 33 (Ulpiano 1 *de officio proconsulis*): “La costumbre diurna suele observarse como derecho y ley en aquellos casos que no provienen del derecho escrito”⁶¹.

D. 1, 1, 6, 1 (Ulpiano *institutionum*): “Así pues este derecho nuestro consta o bien de derecho que viene de lo escrito o bien de lo no escrito, como entre los griegos unas leyes están escritas y otras no”⁶².

Respecto del fragmento *Diurna consuetudo*, hay dos cuestiones fundamentales a señalar: en primer lugar, existen muchas dudas sobre el carácter genuino de este pasaje. Algunos eruditos consideran que sufrió

tet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet”.

59 Lombardi (1952), 41.

60 Lombardi (1952), 41

61 “*Diurna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendant observari solet*”.

62 “*Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: τὸ νόμων ὁ μὲν γράφοι, ὁ δὲ γράφοι*”.

un profundo reordenamiento en época postclásica⁶³. En segundo lugar, aun considerándolo auténtico, la distinción *jus scriptum/jus non scriptum* no aparece en él. Si bien la costumbre se presenta como alternativa al derecho escrito, en ningún caso se trata de definirla como *jus non scriptum*.

En relación con el segundo pasaje no hay duda de que allí se presenta la distinción entre *jus ex scripto* e *jus ex non scriptum*, sin embargo los especialistas están seguros de que no se trata de un fragmento genuino, muy probablemente fue retocado en época postclásica cuando se produjo la reelaboración de las *Instituciones* de Ulpiano⁶⁴.

Estas observaciones permitirían concluir, siguiendo de algún modo la línea de Lombardi, que la distinción *jus scriptum/jus non scriptum* no existía en el derecho romano de época clásica. Habrá que esperar a la Antigüedad Tardía para que este binomio empiece a aparecer en las fuentes jurídicas y retóricas. Será haciendo una lectura de las *Instituta* de Justiniano y de ciertos textos retóricos que los juristas medievales construyan la idea de la costumbre como *jus non scriptum*.

En *Instituta* aparece casi como calcada del fragmento de Ulpiano (*D.* 1, 1, 6, 1) una reflexión sobre el derecho escrito y no escrito. En *I.* 1, 2, 9 hay una explicación del origen del derecho no escrito: “*ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit nam diuturni more consensu utentium comprobati, legem imitantur*”. En *I.* 1, 2, 3 se caracteriza al derecho escrito:

“*Scriptum jus est, lex, plebiscito, senatus consulto, principum placito, magistratum edict, responsa prudentium. Constat autem jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos: τὸ νόμων ὁ μὲν γγραφοί, ὁ δὲ γγραφοί.*”

Los juristas romanos, o mejor dicho justinianos, operaron un salto respecto de la distinción griega. En este último caso se trataba de marcar la diferencia entre las leyes no escritas (*ágraphoi nómoi*), que remitirían a la ley natural y a la ley divina, y las leyes escritas formando parte del derecho positivo; por el contrario, en el derecho romano los dos elementos de la contraposición serían categorías del derecho positivo diferenciados simplemente por su mecanismo de formulación. Entre los

63 Lombardi (1952), 56.

64 Lombardi (1952), 59-60; Schulz (1946), 171.

juristas medievales también la oposición *scriptum/non scriptum* operará en el interior del derecho. Parece que tenemos aquí en las *Instituta* la fuente donde abrevan los hombres del medioevo. Sin embargo, una lectura palabra por palabra del fragmento, muestra que lo que se contraponen allí no es un derecho escrito a un derecho no escrito, sino un *jus* que *proviene de lo* escrito frente a otro que *proviene de lo* no escrito. Ni los jurisconsultos romanos ni el mismo Justiniano dividían al *jus* entre *jus scriptum* e *jus non scriptum* sino en *jus* que *venit* o *constat aut ex scripto aut ex non scripto*. Un erudito trabajo de Manenti⁶⁵ de principios de siglo indagaba sobre esta distinción señalando que la clasificación justiniana tenía un significado técnico muy distinto a la expresión *jus scriptum/jus non scriptum*. De lo que se trataba en este pasaje era de señalar que el derecho positivo podía provenir de material escrito o de material no escrito. No se trataría, para Manenti, entonces de una diferenciación técnica, según la cual *jus scriptum* coincidiría con la ley y *jus non scriptum* con la costumbre. Por el contrario, señala, que se equivoca aquel que intente identificar en el corpus del derecho romano, a partir de paradigmas actuales, la *legge* con el derecho escrito y la *consuetudo* con derecho no escrito. Esto se evidencia haciendo un análisis de las prácticas que quedan clasificadas del lado del derecho escrito: los edictos de los magistrados, por ejemplo, dice Manenti, no podían ser ni sustancial ni formalmente considerados *jus scriptum*, en el sentido técnico ordinario de la palabra que la asocia a la ley porque los magistrados no tenían poder legislativo; pero tampoco podían ser considerado *jus non scriptum*, o sea consuetudinario. También en la clasificación de los *responsa prudentium* que se hace en el pasaje justiniano se ve que la distinción técnica entre ley como derecho escrito y costumbre como derecho no escrito (tan cara a los juristas medievales) no se ajusta a la lógica romana. Según lo que acabamos de ver en el fragmento de las *Instituta*, los *responsa prudentium* eran considerados *jus quod ex scripto venit*. Sin embargo en época de Adriano, Pomponio, jurista prolífico que escribió una suerte de introducción al derecho romano cuyos fragmentos se conservan insertos en el *Digesto*, los consideraba, por el contrario, *jus quod ex non scripto venit*. ¿Qué ha pasado? ¿La institución ha cambiado entre el siglo I y el siglo VI? Manenti considera que la práctica no cambió en su esencia, lo que se modificó fue su vitalidad: en época de Pomponio los *responsa prudentium* estaban en pleno furor y

65 Manenti (1905).

los jurisconsultos respondían permanentemente a las demandas públicas y privadas; mientras que en época de Justiniano hacía tiempo que ya no eran tan importantes y se utilizaban solo los que se habían conservado por escrito. La distinción justiniana daría cuenta entonces no de la diferencia entre ley y costumbre, sino del formato material que permitía acceder a esa normativa. Concluye Manentti:

“A prima conclusione di tutto ciò che precede, possiamo dunque dire, che il concetto stilizzato e da secoli comunemente corrente nelle scuole e nel fôro di *ius scriptum*, come sinonimo di ciò che noi chiamiamo legge non corrisponde al *ius quod ex scripto venit* dei testi romani, del quale quello non sarebbe che una categoria”⁶⁶

En síntesis y haciendo nuestras las palabras de Manentti el binomio que separa a la ley de la costumbre basándose en la distinción entre escrito y no escrito no estaba presente en el derecho romano.

Tal vez haya sido la retórica la fuente de inspiración de los juristas medievales. No hay duda que sobre todos las *Etimologías* de san Isidoro jugaron un rol fundamental en la construcción de la oposición entre *jus scriptum* e *jus non scriptum*. La distinción allí presente entre *lex* y *mos* será una fuente central para la separación entre derecho escrito y no escrito: *Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probate consuetudo, sive lex non scripta*⁶⁷. Ahora bien, si volvemos a prestar atención a las palabras vemos que Isidoro habla de *lex* no de *jus*.

En definitiva, este relevamiento ha dejado claro que que el binomio *jus scriptum/jus non scriptum* presente en los primeros glosadores, si bien tenía un sustrato griego, romano y altomedieval, implicó una innovación radical al ser aplicado como elemento diferenciador entre la ley y la costumbre. Respecto de la tradición griega, los juristas medievales se montaron sobre la lectura que los romanos de la época postclásica hicieron de ella y la insertaron también como oposición fundante en el ámbito estricto del derecho positivo. En relación con el derecho romano justiniano, la eliminación de la preposición *ex* puso el acento en una condición, la escritura, como rasgo que marcaba la diferencia entre la ley y la costumbre; en la lectura que se hizo del fragmento de Isidoro, además de reemplazar a *lex* por *jus*, fue la *consuetudo* y no el *mos* el concepto que quedó asociado al derecho.

66 Manetti (1905: 20)

67 *Etimologías* V, 3, 2.

Ahora bien, esta primera separación entre ley y costumbre basada en su carácter escrito o no escrito, fue objetada por algunos juristas. La línea divisoria, en el momento en que se empezaron a redactar costumbre locales, no podía seguir pasando entre *scriptum* o *non scriptum*. Fue Jacques de Révigny, maestro de la escuela de Orleans, quien planteó entonces que la “*scriptura non est substantis legis*”⁶⁸. Si la escritura no era sustancia de la ley, la condición no escrita no era la marca de la costumbre. En las *Quaestiones de consuetudine* planteó que el carácter escrito de la ley y el carácter no escrito de la costumbre no eran más que accidentales. Tanto para la ley como para la costumbre la escritura no era más que ayuda memoria⁶⁹. La definición que Révigny elabora de la costumbre (“*jus diuturnis usibus populi recte continuitatis introductum*”) dejará afuera el problema de la escritura, aunque no todos los juristas le seguirán (como veremos en el caso de *Partidas*). Pero otro problema se avecinaba ¿cómo definir una costumbre *diuturna*?

4. *El tiempo de la costumbre*

Otro problema a resolver era el de la temporalidad. El derecho romano había hablado de *consuetudine in veretata* (D. I, 3, 32), *diuturna* (*ib.*, 33), *per annos plurimos observata* (*ib.*, 35), *longeva* (C. 8, 52); pero no precisaba el tiempo exacto para la introducción de una costumbre⁷⁰. La tradición romana había dejado una importante laguna donde debía, según los juristas medievales, establecer el lapso de tiempo para considerar a una costumbre *longa, longeva, inveterata, diuturna*⁷¹. Se inició así entre los glosadores una discusión en torno del tiempo de implantación de la costumbre, controversia fundada sobre aquellas leyes del Corpus Justiniano que remitían a la prescripción, única institución que en dicho corpus indicaba un plazo temporal para su introducción. Las leyes del *Codex* dedicadas a la prescripción establecían que se necesitaban tres años para adquirir propiedad sobre cosas muebles, mientras que para inmuebles eran necesarios diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Existía también una prescripción extraordinaria de cuarenta años empleada para

68 Mayali (1990), 19.

69 Waelkens (1984).

70 Calasso (1954), 205.

71 Cortese (1962), 143.

las cosas fiscales o para determinados bienes de la iglesia; y se prescribía cien años para fundos eclesiásticos. Tomando estos patrones temporales los juristas elaboraron esquemas clasificatorios para emplazar a la costumbre. Bassiano († 1197), por ejemplo, estableció una tabla de equivalencias en la consideración de la antigüedad de la costumbre. Consideró *longa consuetudo* aquella que estaba vigente durante diez o veinte años; más antigua, *longissima*, a la de treinta o cuarenta años; *longeva* la de cuarenta; y *vetusta* aquella de la cual se había perdido la memoria de su origen⁷². Para otros, como por ejemplo para Placentino († 1192), la costumbre *longeva* era aquella de la cual no tenía memoria el hombre, esto es, la costumbre inmemorial⁷³. Los canonistas por el contrario demandaban en general cuarenta años para la introducción de la costumbre, tomando este plazo de los términos de la prescripción contra la iglesia presente en la ley *Ut inter diuinum* (C. 1, 2, 23)⁷⁴. La escuela de Orleans de la mano de J. Révigny consideraba, oponiéndose a la canonística, que era necesario un mínimo de diez años pero que podía ser un período más largo en caso de que no se cumplieran otras condiciones⁷⁵.

Si bien las primeras generaciones de glosadores mantuvieron el carácter inmemorial de la costumbre la tendencia general será la de excluirlo o enmarcarlo en el sistema clasificatorio temporal diseñado. El tiempo devendrá uno de los fundamentos centrales del *jus consuetudinarium*.

5. Costumbre contra ley

Todas las operaciones anteriores dieron como resultado una definición técnica de la *consuetudo* y la creación del derecho consuetudinario. Pero

72 Puede advertirse esta clasificación en una glosa originada en la escuela de Bassiano que no oculta su intención mnemotécnica y paradigmática: "*Longa consuetudo est que optenta est X vel XX annis; longissima est que XXX. vel XL annis optenta est; longeva est que annis XL obtinuit; vetusta est cuius memoria non extat*". Cortese (1962), 143. La costumbre *vetusta* era aquella de la que no había memoria de su principio. El derecho prescribía así un régimen de temporalidad que necesitaba del olvido del origen de un uso para legitimarlo como costumbre.

73 Placentino *Summa Codici*, (Mallense, 1536, reimp. anast. Turin, 1962), C. 8.52, fol. 416: "*Oportet autem consuetudinem esse longaevam, hominumque excedere memoriam*" (citado por Mayali [1990], 24).

74 Waelkens (1984), 256.

75 Waelkens (1984), 260.

una vez instituido el *jus consuetudinarium* la tarea se orientó hacia la precisión de los alcances que tendría la *consuetudo* respecto de la ley⁷⁶; cuestión frente a la cual los juristas se encontraban con un problema inicial. La lectura diacrónica que hacían de los textos justinianos los llevó a tratar de conciliar dos textos del *Corpus Iuris* aparentemente contradictorios. Se trataba, por un lado, del pasaje ya citado del jurista Juliano, en el *Digesto*, en el que los romanistas veían la posibilidad de admitir que la ley podía ser abrogada por *tacito consensu omnium per desuetudinem* (D. 1, 3, 32, 1), y por otro lado, de una constitución de Constantino donde se refutaba la validez de la costumbre a punto tal de considerar imposible que la *consuetudo* pudiera vencer *rationem aut legem* (C. 8, 52, 2).

Durante el período que va del siglo XII al XV se buscó salvar esta contradicción. Valga de ejemplo de estos esfuerzos la interpretación de Bulgaro que hacía eje en la *scientia populi* como criterio a partir del cual podía nacer una conciliación⁷⁷. El jurista distinguía entre costumbres generales y costumbres especiales. Las primeras podían abrogar la ley, y este sería el caso planteado por Juliano en D. 1, 3, 32, 1. Respecto de las especiales, convenía diferenciar la costumbre introducida por error de la establecida por *ex certa scientia*. La costumbre errónea no podía amenazar la ley en vigor, y a esto se refería el pasaje del *Codex* en el que se señalaba que la costumbre no podía vencer a la razón y a la ley (sobre esto volveremos en el último capítulo), mientras que una costumbre introducida con conocimiento de causa debía preferirse a la ley *sicut superior*, sin reconocer, sin embargo, que pudiera abrogarla⁷⁸. Si bien esta propuesta tuvo éxito en algunos juristas posteriores como Bassiano o Azo, fue combatida por otros, como por ejemplo, Placentino, quien haciendo una interpretación estricta de la *lex regia* según la cual el pueblo habría alienado sus poderes legislativos en provecho del emperador, privaba a la costumbre de toda fuerza derogatoria de la ley⁷⁹.

Como sostiene Mayali, a partir de todos estos debates el derecho consuetudinario adquirió una nueva vida en el sistema jurídico medieval. Volveremos sobre este tema en el capítulo 7.

76 Al respecto, Cortese (1995), 67-69.

77 Cortese (1962), 110.

78 Mayali (1990).

79 Placentino, *Summa Codicis* (Mayence, 1536, reimp. anast. Turin, 1962), C. 8, 52 (citado por Mayali [1990], 29).

III. LA *CONSUETUDO* EN LA TRADICIÓN JURÍDICA HISPÁNICA

Las discusiones que se desarrollaban entre los juristas de Bolonia y Orleans, también anclaron en el mundo hispánico cerca de la corte de los reyes. Cuando comenzó a estudiarse en Bolonia el nuevo derecho de la iglesia, es decir, el *Decreto* de Graciano, muchos clérigos españoles estuvieron gustosos de aprender el derecho romano en dicha universidad. Su vuelta a Castilla supuso la formación de un grupo de juristas con un bagaje técnico y una rigurosa formación doctrinal hasta ese momento desconocido en la Península. La fundación a principios del siglo XIII de los Estudios generales de Palencia y Valladolid, donde se estudiaba tanto el derecho romano como el canónico, condujo a un aumento del número de juristas.

Fernando III fue el primer monarca castellano que vislumbró la necesidad de darle un ordenamiento unitario a la Península, “*que los fueros e las costumbres e los usos que eran contra derecho e contra razón fuesen tollidos, e (él) les diese y otorgase los buenos*”⁸⁰. Con este fin, el rey santo se había rodeado de un consejo de sabios para que lo aconsejen en la difícil tarea de organizar jurídicamente el reino. La política del rey fue la unificación, a través del texto del antiguo derecho visigodo, de los territorios reconquistados (se le concede la ley visigoda a Jaén, Cartagena, Sevilla, Carmona, etc.)⁸¹. La presencia de los términos *costumbre* y *uso* en las palabras esgrimidas por el rey es el índice que nos permite ver cómo el derecho romano ya había sido introducido en la corte real. Asimismo, el deseo de unificación jurídica que caracterizó el reinado de Fernando III puede ser entendido también a la luz de la introducción del derecho romano en la corte. Los monarcas encontraron en los textos del derecho recuperado una herramienta efectiva para afianzar su posición.

El monarca llevará adelante una política agresiva en materia jurídica, incorporando los nuevos elementos del derecho romano y del derecho canónico, fue su hijo Alfonso X. Los historiadores que se han dedicado al análisis de la obra legislativa de Alfonso⁸² consideran que la producción jurídica del rey Sabio tenía un triple objetivo: en primer lugar la reivin-

80 *Setenario*, Ley 10, p. 22 (citado por García Gallo [1984], 139).

81 García Gallo (1984), 136.

82 García Gallo (1951-52; 1976; 1984); MacDonald (1984); Craddock (1974; 1981); Iglesia Ferreirós (1980; 1985; 1986).

dicación de la creación del derecho por parte del monarca; en segundo lugar, la unificación jurídica de sus reinos; por último, una renovación jurídica del reino en todos los niveles⁸³. En función de estos fines el derecho romano fue su referente fundamental, especialmente en relación con el objetivo de considerar al monarca como creador del derecho.

Fue a raíz de este aspecto que surgió la necesidad de dar una definición acabada del término costumbre; establecer un sentido específico para la costumbre era garantía del éxito de la operación de subsunción de cualquier otra forma de producción de derecho a la capacidad normativa del rey. Es en estos intentos de definición donde vemos que se retoman en la obra jurídica de Alfonso X los problemas planteados en Bolonia o en Orleans: en primer lugar, las dificultades para diferenciar la costumbre del uso o del fuero; en segundo lugar, los intentos de fijarla temporalmente; por último, la subordinación de la costumbre a la ley que emana del monarca. Si tomamos la obra de Alfonso en su conjunto vemos que salvo *Las Siete Partidas*, por lo menos algunas versiones ya que no todas incluyen un título sobre la costumbre⁸⁴, los demás textos alfonsíes no dedican un pasaje específico a esta cuestión⁸⁵.

En *Partidas* (I. 2. 3) se puede advertir cómo se retoman las discusiones que se venían dando entre los glosadores. Con respecto a la relación entre costumbre y uso ambos términos aparecen concatenados por una relación causal cuyo eslabón fundamental es el tiempo: “*Costumbre es derecho o fuero que non es escrito: el qual han vsado los omes luengo tiempo, ayudandose de el en las cosase e las razones, sobre que lo vsaron*”.

83 Martínez Llorente (1990).

84 Existen actualmente varias versiones de la *Primera Partida* y no todas contienen un título dedicado a la costumbre. Citamos aquí, mientras no señalemos lo contrario, por la edición de G. López de 1555. Hemos revisado también la edición de Díaz de Montalvo de 1491 y la de la Real Academia de la Historia de 1807. Por el contrario, la versión basada en el manuscrito del Museo Británico, editada por J.A. Arias Bonet en 1975, no contiene ningún título que haga referencia a la costumbre.

85 En el *Espéculo*, si bien se advierte un título dedicado a las leyes en forma paralela a *Partidas*, no hay nada parecido respecto a la costumbre; lo mismo sucede en *Septenario*. Tampoco el *Fuero Real*, que se dedica a las leyes en su Título I, 6, se ocupa de la costumbre. Ver Sánchez de la Vega (1990). En las *Leyes del Estilo* también constatamos la ausencia de un título específico para la costumbre, aunque en la ley 238 (“*Quantas cosas embargan el derecho escripto*”) se plantea que la costumbre es una de las cosas que puede embargarlo.

Lo primero que se ve a lo largo de todo el Título 2 es una no muy clara distinción entre uso, costumbre y fuero. Por otro lado, como resalta Francisco Pacheco “tanto desde el punto de vista retórico como desde el punto de vista jurídico-político, a la costumbre y al uso (también al fuero) se le asignan unos valores no absolutos, sino relativos”⁸⁶. La efectividad de estos valores tendrá que ver con otra serie de variables que se irán desplegando a lo largo del texto: racionalidad, durabilidad, consentimiento, etc., que a continuación veremos. Si bien no en todas las ediciones de *Partidas* aparece del mismo modo, en la edición de López no hay duda, como vemos en el fragmento anterior, que la costumbre es considerada derecho⁸⁷.

En segundo lugar, en *Partidas* también se retoma el problema de la temporalidad de la costumbre. Si para los juristas romanos tardíos la costumbre debía ser *inveterata*, arraigada en una larga tradición; a partir de los siglos XII y XIII los juristas medievales van a prescribir valores concretos para tal antigüedad. En esta misma línea, en *Partidas* el tema del tiempo aparece entrañablemente ligado a la costumbre. La expresión más vinculada con el problema del tiempo es la de “ganar tiempo”:

“Las razones porque el uso gana tiempo son en cinco maneras. La primera, si se faze de cosa que puede venir bien, e no mal: assi como ya diximos. La segunda, que sea fecho paladinamente e con gran consejo la tercera que aquellos que del usan que lo fagan a buen entendimiento e con plazer de aquellos en cuyo poder son o de otros sobre que ellos an poder. La quarta si no van contra los derechos establecidos non leyendo primeramente tollidos. La quinta si se faze por mandato del señor que a poder sobre ellos, o de acuerdo que el los ayen entre-si, entendiendo que viene ende gran pro, luego consintiendo lo el señor, plaziendole, e este tiempo que gana es en dos maneras. La primera es en tiempo pequeño non pudiendo uso escusar. La segunda en tiempo grande segund la bondad del uso, e por estas razones puede ganar tiempo segund la manera del uso, e si ansi fuesse fecho, poderlo yan perder” (*Partidas*, I. 2. 3).

86 Pacheco (1995), 78. La relación entre fuero y costumbre también se establece de forma confusa en Academia, Texto superior, en la Ley VI del Título II. Allí se dice que la costumbre, antes definida como derecho o fuero, puede devenir fuero bajo determinadas circunstancias (transformación por otra parte compatible con la definición de fuero dada por el mismo texto): “Fuerza ha la costumbre de valer quando es fecha et guardada en las maneras de que de suso deximos. Et valiendo desta guisa se puede tornar en fuero, sol que ella sea con acuerdo de los de la tierra et con mandamiento del señor della”.

87 En la edición de Montalvo por ejemplo se lee: “costu(n)bre es fecho qu(e) no es escripto, ql q(u)al ha vusado el pueblo a(n)tigua me(n)te”.

Esta expresión confusa es interpretada por Morin y Cucchi del siguiente modo:

“El operador del pasaje del uso, comportamiento recurrente, a la costumbre, prescripción de comportamiento a llevar... De esta manera, podría verse al tiempo como la forma en que se expresa el pasaje de un término a otro y esos modos de ganar tiempo serían las condiciones adicionales que el uso debe cumplir para devenir costumbre”⁸⁸.

El tiempo se transforma de este modo en garantía de la costumbre. Queda establecida por lo tanto la cantidad de años de vigencia para que un uso devenga costumbre:

“E tal pueblo como este, o lo mayor partida del, si usaren diez o veynte años a fazer alguna cosa, como en manera de costumbre, [...] pueden la fazer, e deue ser tenida, e guardada por costumbre” (Partidas, I. 2. 5).

La inclusión de estos plazos propios de la prescripción tiene como referente probablemente la *Summa Codicis* de Azo en donde figura este mismo plazo temporal para la introducción de una costumbre⁸⁹.

En tercer lugar, las *Partidas* retoman la tradición azoniana respecto del carácter no escrito de la costumbre. Como pudimos ver en el fragmento citado más arriba, se plantea la idea de la costumbre como derecho no escrito.

Por último, es claro en la *Primera Partida* la subordinación de la costumbre a la ley. Esta subordinación se explicita a través de la multiplicación de las condiciones que se le imponen a la costumbre: “dichas condiciones se refieren tanto a las limitaciones a su poder derogatorio respecto de la ley... como a los requisitos exigidos para su reconocimiento como norma”⁹⁰. En *Partidas*, pues, aparece un cúmulo de condiciones que tienen como fuente tanto a los romanistas más reconocidos como al derecho canónico: en primer lugar, la costumbre debe ser resultado de la *voluntas populi*; en segundo lugar, debe ser confirmada por la jurisprudencia (“*Si en estos tiempos fueron dados dos juicios por ella*”); en tercer lugar, la costumbre debe ser con razón y no contra el derecho natural o contra el de la tierra; en cuarto lugar, un requisito que añade particularmente el

88 Morin y Cuchi (1997), 120.

89 Sánchez de la Vega (1990), 155.

90 Sánchez de la Vega (1990), 116.

código alfonsino: debe existir el consentimiento del señor de la tierra; por último, la persistencia por un lapso de tiempo de diez o veinte años⁹¹. Estas condiciones quedan claramente expuestas en *Partidas* (I. 2. 5):

“E tal pueblo como este o la mayor partida del, si usaren diez o veynte años a fazer alguna cosa como en manera de costumbre sabiéndolo el señor de la tierra y no contradiciendo, e teniendolo por bien pueden la fazer, e debe ser tenida y guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados, concejaramente de dos juyzios arriba por ella de omes sabidores, ey entendidos de juzgar. E no aviendo quien gelas contralle, esso mismo seria cuando tal costumbre, en el tiempo sobre dicho, alguno pusiesse demanda, o su querella: o dixiesse que non hera costumbre que debiese valer... E otrosi dezimos que la costumbre que el pueblo quiere poner, e usar della, debe ser con derecha razon e non contra la ley de dios, ni contra señorio ni contra derecho natural ni contra procomunal de toda la tierra del lugar do se faze, e deven la poner con gran consejo, e non por yerro ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho e razon e pro, ca si de otra guisa la pusieren non seria buena costumbre, mas dañamiento dellos e de toda justicia”⁹².

La conflictiva relación entre ley y costumbre se expresa también en *Partidas* a partir de la pregunta sobre la capacidad abrogatoria de la costumbre. En este sentido se advierte que solo con el consentimiento, la tolerancia por parte del autor de la ley, una costumbre contraria usada por largo tiempo podría desembocar en la abrogación de la ley; siempre que esta última fuera anterior a esa costumbre abrogatoria⁹³:

“Fuerça muy grande ha la costumbre, quando es puesta con razón, así como diximos, ca las contiendas que los omes an entresi, de que no fablan las leyes escritas, pueden se librar porla costumbre usada sobre las razones que fue la contienda, e aun ha fuerça de ley. Otrosi dezimos que la costumbre puede interpretar la ley quando acaesciesse dubda sobre ella, que así como acostumbraron los otros de la entender, así debe ser entendida e guardada. E aun ha otro poderia muy grande que puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas antes que ella, pues que el rey de la tierra lo consintiesse usar contra ellas

91 Sánchez de la Vega (1990), 155-156.

92 La presentación de todas estas condiciones marcarían para Prieto Bancos (1976), 1043, que en *Partidas* se sigue en esto al Derecho romano y a los glosadores. Las *Leyes del Estilo* en cambio parecen trazar, respecto de la doctrina de la costumbre, una relación más estrecha con Tertuliano y con el derecho canónico. En la ley 238 en la que se hace una mínima mención a la costumbre en términos generales, se plantea como única condición de existencia que sea razonable. Volveremos sobre esta cuestión en la Parte II.

93 Pacheco (1995), 80.

tanto tiempo como sobre dicho es, o mayor. E esto se deve entender, quando la costumbre fuesse usada generalmente en todo el reyno. Mas si la costumbre fuesse especial, entonce no desataria la ley sino en aquel logar tan solamente do fuesse usada..." (Partidas, I. 2. 6).

La subsunción de la costumbre se ve reforzada en el caso de la edición de la Academia por la introducción de una ley, que no figura en la edición de 1555, que resalta las virtudes de la ley por sobre cualquier otra norma:

*"Honrar deben los homes las leyes en dos maneras; la una por la honra que es en aquellos que la han, la otra por el bien quel puede ende venir al que honra aquella cosa de que puede ser honrado. Et porque estas dos cosas son en las leyes, por eso las deben todos mucho honrar; ca maguer que el uso et la costumbre pueden menguar dellas ó tollerlas del todo, segunt que deximos suso, et otrosi como quier que estos derechos se tornen unos en otros, asi como saliendo del uso costumbre, et de la costumbre fuero, et del fuero ley, et en descendiendo de la ley fuero, et del fuero costumbre, et de la costumbre uso; todavía la ley ha estas honras señaladas además de aquestas cosas, ca despues que la ley es fecha ha de ser fuero concejero y publicado: e otrosi recibe en sí costumbre para ser acostumbrado por ella: et otrosi debe ser usada, porque en otra manera non se podrian della aprovechar las gentes. Et por ende como quier que se torne en estas otras, non es la su tornada sinon en ganando et en recibiendo poder et honra dellas"*⁹⁴.

En las *Leyes del Estilo* (238) la costumbre debe ser razonable para poder embargar los derechos escritos: *"Otrosi, es a saber, que cinco cosas son que embargan los derechos scriptos. La primera, la costumbre usada, que es llamada consuetudo en Latin, si es razonable"*.

El problema es quién y cómo se determina la racionalidad de una costumbre. Según Francisco Pacheco es recién en el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 y en su antecedente Segoviano de 1347 donde podemos encontrar una respuesta a estas preguntas. Es en estos ordenamientos en donde se intenta clarificar el problema de la jerarquía de las fuentes en el esquema jurídico castellano. En ambos *corpora* el monarca se presenta como el único capaz de desterrar todo aquello que pueda "alongar" o embargar a la justicia, entre otras cosas, las costumbres que pueden ser contra derecho y razón⁹⁵. Esto mostraría para el autor la intención del rey

94 Academia superior, 2.11.

95 *Ordenamiento de Alcalá*, prólogo (= Jordan de Asso y del Rio y Manuel y

de dejar claro que “el fundamento de la validez de determinadas costumbres hay que encontrarlo en su voluntad, expresada través de la ley”.⁹⁶ Esto tendría, para Francisco Pacheco, una consecuencia fundamental, advertida ya por los juristas medievales: “cuando el monarca admite en o mediante la ley el poder abrogatorio o derogatorio de la costumbre respecto de la ley misma, el conflicto entre ley y costumbre queda reducido al conflicto entre ley y ley”⁹⁷.

En síntesis, por lo expuesto hasta aquí, en la doctrina jurídica alfonsí y en algunos ordenamientos posteriores, aparecen recurrentemente los mismos problemas planteados por los doctores italianos y franceses. La operación mediante la cual se resuelve el problema de la costumbre no dista demasiado de la forma de resolución de la Universidades de Bolonia y Orleans. En *Partidas* y en el *Ordenamiento de Alcalá* se ve claramente la necesidad de incorporar a la costumbre como fuente del derecho, como generadora de derecho; pero al mismo tiempo, se trata de controlar su capacidad abrogatoria en relación con la ley.

Está claro entonces, que a partir de mediados del siglo XIII también quedan fijados en la tradición jurídica hispánica los rasgos esenciales de la costumbre: una temporalidad definida, su carácter no escrito, su vinculación con la razón y su origen ligado a la *voluntas populi*.

A partir de este momento, la *consuetudo* en tanto *jus* comienza una vida nueva en la tradición jurídica occidental. Su presencia en los fueros remitiendo al derecho de una comunidad o de una tierra podemos considerarla una demostración clara de este “renacimiento” de la costumbre. Una vuelta a nacer que cambió su fisonomía y su significado. En realidad, más que de un renacimiento habría que hablar de una invención operada en el interior del discurso jurídico medieval.

Rodriguez [1847], pp. 1-2): “*Porque la Justicia es la màs alta virtut, è la màs complidera para el governamiento de los Pueblos, porque por ella se mantienen todas las cosas en el estado que deben, è la qual sennaladamente son tenudos los Reys de guardar è de mantener; por ende han à tirar todo aquello, que seria carrera de la alongar, ò embargar; è porque por las solepnidades è sotileças de los derechos, que se usaron de guardar en la Ordenança de los Juicios, así en los emplaçamientos como en las Demandas, è en las contestaciones de los pleitos, è en las defensiones de las partes, è en los Juramentos, è en las contradiciones de los Testigos, è en las Sentencias, è en la alçadas, è en las suplicaciones è en las otras cosas que pertenescen à los Juicios, è por algunas costumbres que son contra derecho...*”.

96 Pacheco (1995), 88.

97 Pacheco (1995), 89.

Si en el derecho romano la expresión *consuetudo* remitía mayoritariamente a la reglamentación provincial que no se encontraba presente en las *leges* romanas, en la Edad Media devendrá un tipo particular de derecho caracterizado por los mecanismos necesarios para su introducción. Como veremos, esta definición del *jus consuetudinarium* centrada en el tiempo, la razón, la voluntad del pueblo y en su carácter no escrito habilitó a posteriori una serie de lecturas en clave romántica que harían cuerpo con la idea de una costumbre de matriz natural y popular: se trataría de un derecho oral, afincado en la memoria de la comunidad y en la voluntad del pueblo, etc. Ahora bien, si lo que estamos planteando aquí es que la costumbre es un constructo jurídico, consideramos que todos los rasgos de la misma deben ser interpretados a la luz de las definiciones dogmáticas del derecho consuetudinario.

La segunda parte que se inicia a continuación tiene, por tanto, como propósito analizar cada uno de estos registros de la definición de *consuetudo* - la temporalidad, la oralidad, la supuesta naturaleza popular de la costumbre y su relación con la tierra- con el objetivo de realizar una crítica a la frecuente asociación entre costumbre y memoria. Se intentará mostrar que las referencias al tiempo, al carácter no escrito de la costumbre, a su relación con la tierra etc., poco tienen que ver con una costumbre que, como plantean las miradas románticas encarnaría el carácter más auténtico de la comunidad, sino que por el contrario se trataría de una señal clara de la potencia y la influencia del concepto *jus consuetudinarium* forjado por los juristas medievales.

Parte II

**COSTUMBRE Y MEMORIA
DESANDANDO UNA RELACIÓN MÍTICA**

Capítulo 4

¿RECUERDO O MEMORIA LEGAL?: EL TIEMPO DE LA COSTUMBRE

Une fois n'est pas coutume.

Refrán popular francés

“La costumbre debe ser consagrada por el tiempo”, reza una máxima que ha recorrido la historia del concepto *consuetudo* desde Cicerón hasta el presente, pasando por Isidoro de Sevilla. Como vimos en la primera parte de este trabajo, no hay duda de que, ya en la retórica y el derecho romano, el tiempo asumió un rol esencial en la conformación de la costumbre. El problema que se les presentaba a los juristas medievales era que en el corpus justiniano no se establecían los criterios para definir a una costumbre como *inveterata*, o *vetusta*, o *longaeva*, etc., expresiones que, con frecuencia, aparecían en dicho corpus. Frente a esto, los glosadores no se conformaron con una reflexión general sobre el transcurso del tiempo, desarrollaron firmes reglas de plazos para cada una de las posibilidades que se presentaban en el *Corpus Iuris*. En efecto, en la medida en que resultaba imperioso establecer los límites de la *consuetudo*¹ –concepto que en el derecho romano aparecía demasiado vago para los juristas del Medioevo– la instauración de una temporalidad clara para la misma pasó a ser una preocupación central entre romanistas y canonistas.

Si nos situamos en el plano de la práctica judicial se ve con claridad que el tiempo opera como garantía de la costumbre, sobre todo en pleitos en los que se trata de demostrar un derecho, una titularidad, una

1 Como vimos, esta necesidad se relacionaba con el intento por parte de los monarcas en torno de los siglos XII y XIII de reivindicar para sí la creación del derecho. En el ámbito hispánico esta tarea fue asumida por Alfonso X, cuya política apuntó a la unificación jurídica del reino utilizando los aportes que se planteaban en las más importantes escuelas de derecho, tanto de canonistas como de romanistas. Respecto de esta cuestión ver García Gallo (1951-52); (1976); MacDonald (1984); Iglesia Ferreirós (1980); (1985); (1986). Una vez definida la costumbre, la tarea de los juristas se orientaría a subordinarla a la ley emanada de la figura del príncipe; ver Gouron (1988c); Mayali (1988).

posesión, etc. Es moneda corriente toparnos con relatos de testigos que manifiestan que “desde un tiempo a esta parte han oído decir o han visto prender”, o que “desde hace diez o veinte años Fulano de Tal prenda el ganado”, o que “desde el tiempo de su abuelo se hacía de tal o cual manera”, etc.

Desde la historia social se ha interpretado con frecuencia este tiempo presente en la documentación y ligado a la costumbre como marca de existencia de una memoria comunal, de la cual dichas expresiones serían precisamente un reflejo. Ahora bien, ese tiempo al que se refieren los testigos de los pleitos ¿deben pensarse simplemente como tiempo de la memoria o se trata de un tiempo que remite a una norma de derecho que establece cual debe ser el plazo concreto para que una costumbre sea introducida?

Frente a tales interrogantes la primera ilusión que ha tentado a los historiadores ha sido la de concebir el tiempo como una medida dada, preexistente a la construcción humana, es decir, natural. Esta mirada del tiempo se acopla sin demasiada dificultad con la interpretación que considera que la costumbre es un producto de la larga duración, un resultado de la repetición de un hábito a lo largo de un período de tiempo, en síntesis, el fruto de la recurrencia de un hacer. La memoria se ofrece en este marco como continuidad y efectividad de un derecho consuetudinario espontáneo, inmanente a los comportamientos humanos, que emerge de las prácticas ancestrales² a través del recuerdo de la comunidad.

Sin embargo, en estos últimos años Yan Thomas ha señalado que el tiempo siempre es una variable construida institucionalmente. Es un error, sostiene, preguntarnos acerca de los efectos del tiempo; debemos por el contrario preguntarnos cuáles efectos decidimos nosotros atribuir al tiempo. Cualquier respuesta que demos a este interrogante, para Thomas, es siempre resultado de una operación político-jurídica sobre el tiempo³. En el caso puntual que estamos trabajando, los juristas medievales elaboraron una idea determinada de costumbre creando una ficción temporal específica, diseñando una arquitectura temporal que operó con frecuencia en la práctica jurídica⁴. Ahora bien, este nuevo perfil temporal

2 Ver Thomas (1999), 10.

3 Thomas (1999), 256.

4 Respecto de las operaciones de los juristas medievales sobre el tiempo ver Cortese (1962); Mayali (1990).

no se oponía a un tiempo verdadero afincado en la memoria humana, sino a otra ficción sobre el tiempo heredada del mundo romano. Siguiendo a Thomas, uno de los objetivos centrales de este capítulo será analizar cuáles fueron los efectos que los juristas medievales decidieron atribuirle al tiempo de la costumbre y de qué modo esta decisión dogmática impactó en la práctica jurídica. Por otro lado, y a la luz de las reflexiones sobre el tiempo de la costumbre, volveremos a repensar la trillada relación entre costumbre y memoria.

Tomaremos como referencia central el proceso que se desarrolló a lo largo del siglo XIII entre el monasterio benedictino de San Salvador de Oña y el concejo castellano de Frías en la provincia de Burgos⁵, remitiendo a otros conflictos en los casos que la investigación lo amerite. Se trata de un corpus extremadamente rico porque se conserva la mayoría de los dichos de los testigos convocados para la resolución de la disputa y, sobre todo, porque es el primer litigio completo en el que se siguen los requerimientos del ordenamiento romano-canónico.

I. ACERCA DEL ABORDAJE DE LA PRÁCTICA JUDICIAL EN LA EDAD MEDIA

En los últimos años el estudio del proceso judicial en la Edad Media ha sido objeto de renovados aportes todos ellos superadores del viejo debate en torno de la racionalidad o irracionalidad del sistema probatorio medieval⁶. Podríamos señalar a grandes rasgos dos modos de análisis.

⁵ Se trata del código 76/B del Archivo Histórico Nacional publicado por Ocejón Gonzalo (1983) = *San Salvador de Oña*.

⁶ Básicamente, el debate se organizó en torno del problema del abandono de las ordalías y el paso de un sistema irracional de pruebas a otro racional, como consecuencia de la recuperación del derecho romano y la llamada “renovación intelectual del siglo XII”. Uno de los representantes más acabados de la interpretación en clave evolucionista fue van Caenegem (1965; 1991), quien consideraba que la sociedad medieval compartía los rasgos irracionales de los pueblos primitivos -según la caracterización de la mentalidad primitiva planteada por Lévy-Bruhl (1922) -y proponía que las prácticas ordálicas eran una prueba de la irracionalidad que imperó en la sociedad medieval hasta las transformaciones de los siglos XII y XIII. Ver también Baldwin (1961). El debate se desplegó enfrentando posiciones funcionalistas (Brown [1975]; Hyams [1981]; Bartlett [1986]) con neoevolucionistas (Radding [1979]). Las investigaciones llevadas adelante en estos últimos años no sólo han permitido hablar de permanencias de elementos de los

Por un lado, una perspectiva de sesgo antropológico que valora los procesos de interacción social por sobre las estructuras institucionales⁷. Estos estudios plantean que en la Edad Media las formas de resolución de los conflictos se relacionan más con factores micropolíticos que con estructuras formales de poder, que la negociación no se opone a otros modos más “formales” de adjudicación legal y que, por lo tanto, los medios judiciales y extrajudiciales forman parte de una misma dinámica social⁸. En esta línea, los trabajos de P. Geary⁹, S. White¹⁰ o M. Clanchy¹¹ muestran cómo el “amor” y el “acuerdo” son dos mecanismos complementarios al “derecho” y los “juicios”, y, en muchos casos, resultan más efectivos que estos últimos para llegar a una forma pacífica de resolución del conflicto de modo de contener la violencia y mantener el orden.

Este nuevo enfoque, al integrar en el análisis dos aspectos, lo judicial y lo extrajudicial, que desde nuestra lógica moderna son considerados antitéticos, rompe con las miradas más tradicionales que habían visto en la trama extrajudicial de la resolución de conflictos un aspecto irracional de la práctica judicial que caracterizaba a la Edad Media. Queda construida a partir de esta mirada una imagen distinta de la Edad Media, que se caracterizaría por la complementación entre convenciones privadas y juicios públicos y ya no por la violencia y la anarquía descontroladas – prejuicio, este último, montado sin duda por la burguesía triunfante del siglo XIX, que se apoyaba en la certidumbre de que la ausencia de estado no podía encarnar más que desorden y anarquía; de allí que entre el estado carolingio y el estado monárquico sólo pudiera existir un período sangriento¹², prejuicio del que no han podido escapar muchos de los his-

sistemas precedentes en el proceso romano-canónico, sino también de la existencia, en el período previo a la recepción, de nociones y prácticas que desde una mirada evolucionista serían calificadas como de carácter supuestamente “más racional” (como la presencia de la prueba testimonial o documental). Ver Madero (2004).

7 Un ejemplo de estas nuevas aproximaciones se halla en AA. VV. (1997), sección monográfica de *Hispania* que contiene trabajos de Hudson, Alfonso-Antón, White, Wickham, Salrach y Smail.

8 Alfonso-Antón (1997), 881.

9 Geary (1986).

10 White (1978).

11 Clanchy (1983).

12 Siguiendo a Barthélemy, Morsel (2008b), 107, plantea claramente la filiación de estas ideas con los prejuicios construidos en los siglos XIX y XX respecto de las

toridores contemporáneos—¹³.

Por otro lado, pero también en actitud crítica respecto de la visión tradicional que resaltaba el paso de la irracionalidad de las formas procesuales altomedievales a la racionalidad de los *ordines* romano-canónicos, una perspectiva que pone énfasis en comprender las reglas de funcionamiento “que ordenan la experiencia en el espacio judicial”. El lenguaje jurídico, plantean, no es simple expresión de la experiencia de lo real o de los sujetos, sino un discurso que “obliga a reformular la experiencia, califica los hechos e impone condiciones de veridicción”¹⁴. Si bien las normas pueden no ser cumplidas o transformadas eso no implica que no digan nada de la sociedad que las produce. Muy por el contrario, esa norma, ese texto jurídico o esa sentencia, aun siendo “tergiversada” en la práctica, muestra en acto los procedimientos de construcción de la verdad y del hecho específicos de la sociedad medieval.

Nuestro trabajo, si bien se nutre de los aportes de la mirada antropológica sobre el proceso —visión que ha posibilitado en los trabajos sobre el tema una perspectiva menos etnocéntrica de la sociedad feudal— se enmarca en esta segunda propuesta que aborda al derecho no como mero reflejo de la experiencia inmediata, o como simple medio para acceder al

sociedades sin Estado: “La «anarquía feudal» corresponde en efecto a la percepción que tenían y ofrecían del período medieval los historiadores de la burguesía triunfante del siglo XIX y de la primera mitad del XX, y que se apoyaba en dos fundamentos: por un lado, la certidumbre de que la ausencia de estado no puede suponer más que desorden y anarquía, y por tanto, que entre el estado carolingio y el estado monárquico sólo pudo existir un período oscuro y sangriento. Por otro lado, la adopción acrítica del discurso clerical y, como corolario, la negligencia en el sesgo de la documentación disponible, que mostraba islotes de igualdad, de civilización y de caridad (los monasterios y en general las iglesias) asediadas por hordas de ávidos y violentos caballeros. Hay que hacer pues el esfuerzo de analizar de nuevo, en paralelo, los apriorismos «burgueses» y los discursos clericales, con la diferencia de que estos últimos deben ser tenidos en cuenta en tanto que tales, porque constituyen parte integrante del funcionamiento social considerado, es decir, de eso que denominan, siguiendo a Dominique Barthélemy, el «orden feudal»”.

¹³ Los historiadores que han planteado la tesis de una revolución feudal en torno del año mil abrevan en esta concepción al considerar que la vigencia de lo público, que caracterizaría al período previo, estaría asociada al mantenimiento del orden, a la paz y a la ley; mientras que el rasgo peculiar de la sociedad feudal que nace a partir del año mil sería la hegemonía de las prácticas privadas, la venganza, el caos y la violencia. Ver, entre otros, Poly y Bournazel (1980); Bonnassie (1988); Bois (1991).

¹⁴ Madero (2004), 15.

conocimiento de las prácticas reales, sino como saber técnico que debido a sus capacidad operatoria e indirectamente cognitiva, califica, recalifica y crea realidades. No nos interesan aquí los factores que permiten alcanzar la paz, las maneras de resolución de los pleitos (prácticas judiciales o extrajudiciales), ni tampoco el grado de cumplimiento de normas y sentencias. Nos importan por el contrario las operaciones específicamente jurídicas puestas en juego en la documentación.

Las frecuentes lecturas que se han hecho en clave antropológica de la presencia de la costumbre en los conflictos medievales ha relegado a un segundo plano el carácter estrictamente jurídico que este concepto posee en la documentación. Se suele perder de vista, de este modo, que, ante todo, nos enfrentamos a fuentes jurídicas con un lenguaje y una lógica singular que, para ser rigurosos, deben ser analizados en su especificidad.

Se trata, por lo tanto, de acercarnos a la naturaleza jurídica de ciertos términos, poniendo en relación las expresiones que en la documentación sobre conflictos remiten al problema de la temporalidad de la costumbre con las elaboraciones dogmáticas que sobre la misma construyeron canonistas y civilistas.

II. EL TIEMPO EN LOS CONFLICTOS MEDIEVALES

1. *La medida del tiempo: el conflicto de Oña contra Frías*

En julio de 1271 Fernando, hijo de Alfonso X, envía a los alcaldes a la provincia de Burgos para realizar una pesquisa en relación con el conflicto que mantienen el monasterio de San Salvador de Oña¹⁵ y el concejo de Frías sobre ciertas posesiones y derechos. El motivo de la demanda de Oña es que el concejo recibe en vecindad a los vasallos del monasterio y que, por lo tanto, este último deja de percibir ciertos derechos que le correspondían; a este reclamo suma otro en el que se queja de que Frías envía su ganado a pacer en bosques y prados que le pertenecen al monasterio.

El representante del concejo argumenta que tal derecho es detentado desde tiempo de Alfonso VIII y que su origen se explica por una per-

¹⁵ Para un análisis de la formación del dominio monástico de San Salvador de Oña, Bonaudo (1970).

muta que realizó el rey con Oña. Este hecho se remonta al momento de la fundación de Frías, a comienzos del siglo XIII, cuando para dotar a dicha población el rey cambió “con Oña los derechos regios sobre el lugar de Mixangos por los que el monasterio tenía en otros lugares cercanos”¹⁶.

La investigación que llevaron adelante los “pesquisidores” del rey giraría en torno de la interpretación y los derechos que esta permuta había habilitado.

Desde el inicio del pleito la fijación del plazo temporal se presenta como uno de los problemas a resolver. Explica Fernando que el concejo de Frías, una vez establecidos los pesquisidores, le envió una carta pidiéndole que se limite la pesquisa al momento de la muerte del rey Alfonso VIII:

“Et depues desto, el conceio de Frias enbiaronme dezir que ouiera yerro en aquellas cartas que, quando sus personeros se abinieron con el abbat que se pesquiriesen todas estas cosas, que pusieren que se fiziese la pesquisa desde el tiempo de la muerte del rey don Alfonso e que en las cartas non lo dizien, asi como fuera puest, e que por este yerro les podie uenir a ellos grande danno; et que pidien merçed que yo que lo mandase desfazer”¹⁷.

Antes de decidir, el infante pide al abad de Oña su acuerdo para el establecimiento del plazo:

“Et yo enbieuos mandar por mi carta que lo dixiesedes all abbat e, si ell abbat lo connsçiese, commo dizien los de Frias, que uso que fiziese de la pesquisa, asi commo fuera puesto, e, si lo asi non connoçiese, que aplazadeses all abat e al conceio de Frias que pareçiesen por sí o por sus personeros ante mí a un plazo quel uiesedes que serie guidado. E al plazo que les uso distes, Martín Iohan e Ferran Dominguez, con carta de personerya dell abat e del conuento, pareçieron ante mí”¹⁸.

Es claro que se trata de negociar el plazo temporal, el cual no está fijado de ante mano sino que, por el contrario, cabe la posibilidad de establecerlo en acto. El abad de Oña no acepta los términos de Frías y Fernando termina considerando, contra lo requerido por el concejo, que la pesquisa se lleve adelante desde “*la uida del rey don Alfonso a acá*”¹⁹.

El primer conflicto a resolver gira, entonces, en torno del estable-

16 Alfonso-Antón y Pérez-Alfaro (2000), 63.

17 *San Salvador de Oña*, p. 191.

18 *San Salvador de Oña*, p. 191.

19 *San Salvador de Oña*, p. 192.

cimiento de la medida del tiempo que se va a tomar como válida. ¿Cuál es la importancia de establecer este plazo? Ambos contendientes están de acuerdo en que no es una cuestión menor acordar desde cuándo iniciar la pesquisa. En el caso de Frías está claramente explicitado su temor de que retrotraer la pesquisa a la vida y no al momento de la muerte de Alfonso VIII lo puede perjudicar notoriamente (“*e que por este yerro les podie uenir a ellos grande danno*”). El lúcido argumento del personero del monasterio retomado por el infante invalida el reclamo del concejo y le da al tiempo un lugar de criterio legitimador: “*si algunas de las partes quisiesen mostrar uerdat o recabdo de mayor tiempo a aca, quel deue seer recebido. Et yo mande, por iuyzio, que se fiziese la pesquisa desde la vida del rey don Alfonso aca*”²⁰. Si de lo que se trata es de demostrar una *tenencia por tiempo* lo mejor es que quede demostrada por el mayor tiempo posible.

También el argumento del concejo de Frías para demostrar la legitimidad de su demanda se apoya en el criterio temporal. A través de dos figuras jurídicas, costumbre y prescripción, en las que el tiempo cumple un papel fundamental, Domingo González, su personero, trata de demostrar que ha ganado ese derecho por uso y tiempo: “*asi usaron en tiempo del rey don Alfonso, que a Frías poblo, e despues que ge lo otorgo el rey don Ferrando e confirmolo depues este rey don Alfonso e que tiene uale e que tiene que lo deuien auer por siempre*”.

Este uso le permite a los del concejo reclamar ese derecho recurriendo a la idea de ganar por tiempo: “*esta es la demanda que el abbat e el conuento nos fizieron ante uso que nos que recibieramos sus uasallos por uezinos. E nos dixiemos que los recibieramos e que los ganara nos por tiempo*”²¹.

Se ve aquí un desplazamiento respecto del argumento inicial del concejo: ya no se trata de legitimar su derecho de vecindad por la permuta realizada por el rey Alfonso VIII sino de justificarla a través de una norma que establece que el uso genera derecho, una norma que instituye a la costumbre como fuente de derecho.

La expresión “ganar por tiempo” pone a la costumbre en el centro de la cuestión. En *Partidas* (I. 2. 5) queda expuesta esta relación:

20 *San Salvador de Oña*, p. 192.

21 *San Salvador de Oña*, p. 247.

“Las razones porque el uso gana tiempo, son en cinco maneras. La primera, si se faze de cosa que puede venir bien, e no mal assi como ya diximos. La segunda, que sea fecho paladinamente e con gran consejo, la tercera que aquellos que del usan que lo faga a buen entendimiento e con plazer de aquellos e cuyo poder son o de otros sobre que ellos an poder. La quarta si non va contra los derechos establecidos no seyendo primeramete tollidos. La quinta si se faze por mandado del señor que a poder sobre ellos, o de acuerdo que el los ayan entresi, entendiendo que vienen ende gran pro, luego consintiendo el señor, y placiéndole, e este tiempo que gana es en dos maneras: la primer e tiempo pequeño non pudiendo uso escusar; la segunda en tiempo grande segund la bondad del uso, e por estas razones puede ganar tiempo según de la manera del uso, et si ansi no fuesse fecho, poderlo yan perder”.

De lo que se trata aquí, cómo habíamos ya señalado en el capítulo 3, es de la determinación por parte del texto alfonsí, continuando la tradición boloñesa, de las condiciones necesarias para que un uso sea *causa consuetudinis*.

Este enunciado, ganar tiempo, es también una clara alusión a la prescripción, figura del derecho romano que aportó a los juristas medievales el fundamento temporal de la costumbre. Como ya vimos, la prescripción era la única institución del derecho romano que indicaba el tiempo necesario para su introducción²²; de aquí tomaron los juristas el plazo de 10 o 20 años como plazo legal necesario para la introducción de costumbre²³. El fragmento citado muestra la relación, de clara procedencia canónica, entre la costumbre y la prescripción: el uso gana tiempo, es decir, corre el tiempo de la prescripción, si es razonable, esto es, si no va contra el señor de la tierra, ni contra la ley natural; de lo contrario pierde tiempo, y también la posibilidad de ser derecho consuetudinario.

El tiempo aparece de este modo como garantía de la costumbre. Inmediatamente después en *Partidas* (I. 2. 5) se establece la cantidad de años de vigencia para que un uso sea causa de la costumbre: *“E tal pueblo como este, o lo mayor partida del, si usaren diez o veynte años a fazer*

22 Ver Waelkens (1984), 246; Cortese (1962), 143.

23 Como vimos en el capítulo 3, la fijación de este plazo no fue tarea fácil; existieron distintos puntos de vista entre los juristas a la hora de establecer cuánto tiempo debía usarse una práctica para que deviniera en costumbre. Para Azo, diez años de uso serían suficientes para la transformación del uso en norma consuetudinaria. Los canonistas, por el contrario, exigían un uso de cuarenta años. Pierre de Belleperche († 1308) y Jacques de Révigny retomarían el planteo de Azon.

alguna cosa, como en manera de costumbre, [...] pueden la fazer, e deue ser tenuta, e guardada por costumbre”.

No cabe duda de que nos encontramos con una costumbre que no tiene demasiado que ver con la imagen epifánica que proponen algunos historiadores del derecho cuando señalan un origen espontáneo de la costumbre, emergiendo de los comportamientos de los hombres. Sólo un uso cuyos contornos han sido definidos jurídicamente puede ser causa de la costumbre. El tiempo del derecho consuetudinario no es el tiempo de la memoria de la comunidad, sino aquel que fue fijado y regulado por el derecho.

Lo que se determina en *Partidas*, entonces, retomando la tradición boloñesa, es un plazo para que el tiempo cree derecho. Pero no se trata de una simple reasignación de plazos respecto de la tradición clásica. El trabajo de los juristas sobre el tiempo de la costumbre iniciado en el siglo XII, implicó una nueva concepción que le asignaba al tiempo la capacidad de crear un instituto jurídico.

Como ya vimos, las referencias al tiempo estaban presentes en el *Corpus Iuris*. Una mirada incluso superficial sobre dicho corpus nos muestra la costumbre acompañada de adjetivos circunstanciales de tiempo, como *diuturna*, *antiqua*, *vetusta*, *longa*, *perpetua*, *inveterata*, etc. Sin embargo, esta presencia permanente de la temporalidad en el derecho romano jamás se medía en días, meses, años. En el corpus justiniano no era posible hallar referencias a cuánto tiempo hacía falta para considerar a una costumbre *antiqua* o *vetusta*. Yan Thomas ha advertido sobre la riqueza semántica que aportaba el corpus romano en relación con la temporalidad. Cada uno de estos conceptos, sostenía Thomas, remitirían a distintas formas de medir el tiempo en el derecho romano. Por ejemplo: *longa consuetudo* haría referencia a un tiempo medido en distancia; *vetusta* referiría a un tiempo medido en relación con la antigüedad; *perpetua* indicaría la continuidad del movimiento en el tiempo, etc.²⁴

Sin embargo, en el mundo romano el tiempo no era considerado el verdadero fundamento de la costumbre. Siguiendo la tradición helénica, que no se apoyaba en el transcurso del tiempo, el elemento que le otorga-

24 Punto de vista expresado por el profesor Yan Thomas en el Curso: “La construcción institucional del tiempo”, organizado en el año 1997 por el Centro Franco-Argentino de Altos Estudios de la Universidad de Buenos Aires [http://www.cfa-uba.org.ar/profesores.asp?cod_prof=123].

ba validez a la costumbre era el consentimiento de todos²⁵. Por ende, el tiempo no originaba sino que tan solo calificaba a la *consuetudo*. Incluso, siguiendo una antigua idea de Max Kaser y una propuesta más reciente de Yan Thomas, podríamos considerar que la representación dominante en la cultura romana, según la cual el derecho estaba presente desde los comienzos mismos de la vida del pueblo, explicaría la ausencia de la idea de “paso del tiempo” como elemento fundante en el nacimiento de una costumbre. Como señala Garré, los romanos no concebían una temporalidad lineal como creadora de derecho –hecho fundamental para el desarrollo del derecho consuetudinario- ya que este había nacido con el pueblo romano mismo²⁶.

A los ojos de los juristas medievales -ávidos por engrillar, clasificar, homogeneizar lo heterogéneo- estas referencias al tiempo eran ambiguas, dejando importantes lagunas en torno de la fijación estricta de la temporalidad. Como ya adelantamos en el capítulo 3, los glosadores recurrieron entonces a la prescripción, única figura jurídica que en el *Corpus Iuris* se basaba en la determinación de plazos temporales para la adquisición de dominio. En el Título VI (*De usucapionibus et longi temporis possessionibus*) del Libro II de las *Instituta*, se planteaba la posibilidad de adquisición de dominio sobre los bienes inmuebles *per longi temporis possessionem*, fijando un plazo de diez años entre presentes y de veinte años entre ausentes²⁷. En el *Codex* se hablaba también de la prescripción

25 Gaudemet (1938), 147.

26 Ver Kaser (1939); Garré (2005), 37.

27 Es importante señalar que fue Justiniano quien asimiló la *usucapio* a la *praescriptio longi temporis*, dos instituciones diferentes hasta época postclásica. La *usucapio* remitía originalmente a un modo de adquirir propiedad en Roma y exigía posesión de uno o dos años según las circunstancias; la *praescriptio longi temporis* era un recurso procesal utilizado en las provincias, donde no podía aplicarse la *usucapio*, para poder seguir poseyendo un inmueble a pesar de la reclamación del propietario. Varias constituciones de Justiniano provocaron la identificación de ambos institutos: C. 7.39.8 pr. y C. 7.31.1. Alvarado Chacón (2003), 13: “La primera Constitución tuvo el fin de transformar la *praescriptio longi temporis* en un modo de adquirir la propiedad, esto es, le quitó el carácter meramente procesal que había tenido originariamente, la segunda, fusiona la *praescriptio longi temporis* con la Usucapión en un solo y único instituto, aboliendo contemporáneamente la distinción entre *ager publicus* y *ager provincialis* y determinó que el tiempo necesario para prescribir, vale decir, usucapir, fuese, para los inmuebles, de 10 años entre presentes y de 20 entre ausente y para las cosas mueble de 3 años”.

de treinta y de cuarenta años (C. 39). Fue de los fragmentos en los que el *Corpus Iuris* fijaba los plazos temporales de la prescripción²⁸, de donde los juristas medievales extrajeron el modelo para clasificar la temporalidad de la costumbre. Elaborarán así, tablas de correspondencia asignando a cada adjetivo temporal presente en el corpus recuperado (*vetustas, longaeva, diuturnitas*, etc.) un plazo temporal.

Según Yan Thomas y Laurent Mayali, los primeros glosadores no hicieron referencia todavía a un plazo determinado para el establecimiento de una costumbre, sino que evocaban más bien la inmemorialidad del fenómeno consuetudinario. Con posterioridad se irá imponiendo el criterio de los plazos temporales, asignándole a la inmemorialidad un lugar en la clasificación. Recordemos que la escuela de Bassiano, por ejemplo, estableció una tabla de equivalencias en la consideración de la antigüedad de la costumbre. Consideró *longa consuetudo* a aquella que estaba vigente durante diez o veinte años; más antigua, *longissima*, a la de treinta o cuarenta años; *longeva* a la de cuarenta; y *vetusta* a aquella de la cual se había perdido la memoria de su origen. La referencia a lo inmemorial permanece pero acotada a uno de los criterios de la clasificación. A partir del siglo XIII la tendencia de los juristas fue excluir el carácter inmemorial de la costumbre triunfando el criterio de la prescripción²⁹. Dos consecuencias se abren a partir de esta transformación: por un lado, el transcurso del tiempo se vuelve un elemento fundante para el establecimiento del derecho consuetudinario. Por otro lado, como ha señalado Yan Thomas, la tarea de clasificación llevada adelante por los glosadores provocó la desmemorización del tiempo del derecho romano: todo tiempo comenzó a ser medido bajo el criterio del plazo.

2. ¿Memoria comunal o memoria legal?: tiempo y memoria en los conflictos

El tiempo aparece operando en los testimonios y es clave para la demos-

²⁸ Además de los fragmentos citados del *Codex*, varios títulos del libro VII del mismo corpus refieren a la prescripción. Los juristas medievales encontraron menciones de la *praescriptio longi temporis* también en el *Digesto* (D. 44.33; D. 44.3.9).

²⁹ Esto no significa, por lo menos para el ámbito hispánico, que la costumbre inmemorial desaparezca por completo. Por ejemplo, en las *Leyes de Toro* (41) de 1505 encontramos varias referencias a la *costumbre inmemorial* al intentar clarificar la demostración del mayorazgo.

tración probatoria. En el caso del conflicto que venimos analizando esto se ve claramente cuando Domingo Gonzalez, el representante del concejo de Frías, presenta en septiembre de 1280 su conclusión sobre la pesquisa y organiza la exposición de los testigos. Como lo que tratan de probar los del concejo es que el derecho de vecindad fue ganado por tiempo, las declaraciones de los testigos giran en torno de la prueba del uso por tiempo. El representante del concejo las organiza según el criterio temporal.

En primer lugar, se consignan los testimonios de quienes fechan tomando en cuenta el reinado de tal o cual rey: los testigos repiten uno tras otro que recuerdan, han visto o han oído que desde el tiempo del rey don Ferrando o del rey don Alfonso ciertos vasallos del monasterio hacían vecindad con el concejo de Frías:

“E esto prueuase por la pesquisa que nos fizimos en tenençia e que recibimos estos uasallos a vezindat del tiempo del rey don Alfonso a aca por Pero Miguel de Uillaçet, que es el quinto testigo que ellos aduxieron; e por Per Yuannez de Arroyuelo; e por Ruy Martinez de Uarzina, que es el trezeno testigo de los suyos, del tiempo del rey don Ferrando a aca [...] e por Ferran Yuannes de Ualdenubla, uasallo del prior de Nagera, que es el trezeno de los nuestros testigos, se prueba del tiempo del rey don Alfonso a aca que dixo que oyo dezir que quando poblo el rey don Alfonso a Frias, que se uinieron a puebla a Frias e que usaron después asi fasta oy”³⁰.

En segundo lugar, se enuncian los testimonios de quienes prueban el uso desde hace cincuenta años:

“Estos testigos dan testimoniuo de çinquenta annos. Et prueuase que lo ganamos por tiempo de çinquenta annos a aca e que recibimos estos uasallos a uezindat por Domingo Yuannez de Villanueua, uasallo del rey quarto testigo de los suyos, que dixo que de çinquenta annos a aca que ell abbat e el conçeio de Frías ouieron en uno estos heredamientos de Loçares... Et por Garcia Lopez d’Ymanna, Fidalgo, que es el tercero testigo de los nuestros, que dixo que uio e que sabe que Quintana Maria, de çinquenta annos a aca, que vso asi... Et por Domingo de Uascunnuelos, clerigo misacantano, que es el quarto de los nuestros testigos, que dixo que uio el, de çinquenta annos a aca, e que se acuerda que el conuento de Onna que auian enfurçiones... Et por Ferran Yaunnez de Ualdenubla uasallo del prior de Nagera, que es el XI testigo de los nuestros, que dixo que sabe, por uista que, de L annos a aca que se el acuerda que uio que los de Ualdenubla quel daua martiniega e infurçion”³¹.

30 San Salvador de Oña, p. 247.

31 San Salvador de Oña, p. 248: “Et por Garcia Lopez d’Ymanna, Fidalgo,

En tercer lugar, los que atestiguan que es así desde hace cuarenta años:

“Estos testigos dan testimonio de XL annos a aca. Et prouase que lo ganamos por tiempo de XL annos a aca e que reçibimos estos uasallos a uezindat por don Domingo de Busto, que es el seteno de los sus testigo... Et por Alfonso Martinez de Ribota, que es el quinzeno testigo de los suyos que dixo que sabe, e que uio e que se acuerda bien que el conçeio de Frias, de XL annos a aca que los ommes destos logares que cuando acaeçio que cuando algunos ommes destos logares se matauan o se ferian, que siempre leuo el omiziello e la calonna el meryno de Frias”³².

Por último, quienes testifican que ocurre desde hace treinta años:

“Et que nos recibieramos estos uasalos por vezinos e los ganaramos por tiempo prueuase por la pesquisa de XXX annos a aca por Iohan de Valdenubla, vezino de Frias, que es XXº II de los sus testigos; et por Garcia Perez de Virues que es el XXº V de los de sus testigos...”³³.

Frente a las preguntas los testigos responden declarando según cuatro modalidades: que vieron, que oyeron, que saben, que creen. Cuando dicen creer en algo y se les pregunta por qué creen eso, declaran que lo dicen porque lo oyeron decir de parte de hombres de bien o de sus propios padres. Las declaraciones de “saber” se relacionan con la percepción visual. Así, se construyen los pares creencia/oído, saber/vista. Esta división es la que organiza la jerarquía y la pertinencia de testimonios en los *ordines* romano-canónicos y se ve operando en los textos jurídicos castellanos de la época. Se puede decir que según estos textos se cree en lo que se ha escuchado y se sabe lo que se ha visto. Dice al respecto Marta Madero:

que es el tercero testigo de los nuestros, que dixo que uio e que sabe que Quintana Maria, de cinquenta annos a aca, que vso asi... Et por Domingo de Uascunnuelos, clerigo misacantano, que es el quarto de los nuestros testigos, que dixo que uio el, de çinquenta annos a aca, e que se acuerda que el conuento de Onna que auian enfurçiones... Et por Ferran Yaunnez de Ualdenubla uasallo del prior de Nagera, que es el XI testigo de los nuestros, que dixo que sabe, por uista que, de L nnos a aca que se el acuerda que uio que los de Ualdenubla quel daua martiniega e infurçion”.

32 *San Salvador de Oña*, p. 249. (Los testimonios se despliegan hasta la p. 251.)

33 *San Salvador de Oña*, p. 252.

“El modelo del perfecto saber judicial es el del *notorium*, creación del derecho canónico, definido como el pleno conocimiento de una cosa que se ha tenido ante los ojos³⁴. Por el contrario, a partir de fines del siglo XII la *fama*, lo que se dice, separada de la *evidentia*, está ligada a la voz: «*proclamatio, vel murmuratio populi*», «*vox credibilis plurimorum*»³⁵.

Los filósofos medievales siguen en este punto los comentarios del *De Anima* de Aristóteles. Allí el Estagirita afirma que si un sentido percibe lo que está destinado a percibir, es decir, su propio sensible, no puede equivocarse. De donde se sigue que los testimonios *de uisu* producen certeza y no creencia, en tanto que se supone que existe una adecuación entre el sentido y la especificidad de la cosa percibida³⁶.

Los testigos también recuerdan. El despliegue de la gestualidad ligada al recuerdo es sorprendente. En cada testimonio, tanto de los testigos presentados para probar el uso como de los convocados para probar el título, están presentes los rastros de la operación memorística: “*Que dixo que oyo dezir a su padre e a su auuelo...*”, “*Que dixo que el se acuerda de que era lo que end sabe deste fecho, por uista o por sabiduria o por oydas, dixo que el se acuerda...*”. Otras colecciones documentales vienen a reforzar esta misma cuestión. En los numerosos conflictos que forman la colección documental del *Asocio* de Ávila, citados los testigos para probar el uso común de un bien apropiado por un privado, también se echa mano a lo que a primera vista podemos denominar recuerdo: “*Dixo que el se acuerda de que era lo que end sabe deste fecho, por uista o por sabiduria o por oydas, dixo que el se acuerda de XL annos acca*”³⁷. O en otra formulación se dice: “*Dixo que porque de cuarenta años acá, que se él se acordava, que siempre lo viera paçer con sus ganados a los vecinos*”³⁸. Y en una tercera versión se lee: “*Porque de cuarenta años a esta parte, fasta tanto que lo tomó el dicho Gil Gonçalez*”³⁹.

34 Baldo de Ubaldis, *Ad tres priores libros Decretalium*, Turín, 1578, X 3.2.8 n° I: “*Ea quae non videtur non possunt esse notoria quia notorium est perfecta rerum visui subiacentium. Perfecta autem notitia rerum solo intellectu capiendarum non facit notorium quia animi sapientia datur paucis*”.

35 Madero (2004), 58.

36 Cf. Madero (2004), 61.

37 *Asocio*, p. 179.

38 *Asocio*, p. 181.

39 *Asocio*, p. 182. Las mismas referencias las hallamos en un pleito llevado adelante en Ciudad Rodrigo un siglo más tarde. Los vecinos dan testimonio haciendo hincapié

Una lectura posible de esta presencia del recuerdo en la documentación es la que realizan las historiadoras Isabel Alfonso Antón y Jular Pérez-Alfaro, para quienes remite a una “memoria gestual alimentada por una interacción muy cercana, por una comunicación oral muy intensa respecto a prácticas y obligaciones, vínculos familiares y sociales en el círculo más próximo y en otro más externo...”⁴⁰. En definitiva haría referencia a lo que la historiografía especializada ha llamado “memoria colectiva”. Desde los trabajos de Halbwachs⁴¹ la memoria ha dejado de ser definida como una facultad humana puramente individual para pasar a considerarse construcción intersubjetiva inseparable del mundo social⁴². Si bien es el individuo el que habla, su memoria es siempre producto de las relaciones personales y culturales en las que está inserto⁴³. La memoria siempre se constituye de acuerdo al marco social espacio temporal del que forma parte el sujeto⁴⁴. En esta línea el recuerdo de los testigos reenviaría a esta

en los plazos temporales para dar cuenta de la continuidad de la costumbre y de la violación llevada adelante por el usurpador (Barrios García, Monsalvo Antón y del Ser Quijano [1988], doc. 19): *“Miguell Benito, yerrno de Andrés Martín, de Fuenteguinaldo, jurado e preguntado sobre dicha razón, siéndole rrecontado el fecho delante, qué es lo que ende sabe, dixo, por la jura que fizó, que de treynta annos acá poco mas o menos tiempo, que sabe ser heredero en el Villar a Vasco Martínez de Rreesende, logar que es... Et que antes desto e después que siempre vio paçer a los de la tierra por devaso en dicho Rrobredo, guardando panes e exidos porqueros e las defesas de los bués, salvo de pocos día acá, de quatro o çinco annos a esta parte, que diz que oyo dezir que los herederos de Pennaparda, logar que es en el dicho Rrobredo, que vendían la tierra a omnes de fuera parte, para paçer con sus ganados... Johán Baço, de Rrobreda, jurado e preguntado sobre la dicha rrazon, séndole rrecontado delante todo el fecho, qué e lo que ende sabe, dixo, por la jura que fizó, este testimonio que desde se él acuerda a esta parte, que dixo que puede aver fasta quarenta annos o más, que nunca en el Rrobredo sabe defesa apartada, salvo en cada logar sus exidos porqueros e sus defesas de los bués, q que todo lo ál era devaso para paçer; et que los vecinos de Çiudat Rodrigo que an algo en dicho Rrobredo e otro sí los de Fuenteguynaldo e los del dicho logar de Rrobreda e los Perosín... Lorenzo Durán, de treynta annos acá..., preguntado por qué lo crey, dixo que porque looyó decir a omnes de verdat, e que, segund ellos, y que segund ellos avían el poderío que lo podían muy bien fazer”*.

40 Alfonso-Antón y Jular-Alfaro (2000), 71.

41 Halbwachs (1980).

42 Cf. Assman (1995); Kirk (2005).

43 Prager (1998), 70.

44 Halbwachs (1980), 134-140; cf. Fentress y Wickham (1992). En el caso específico de la Edad Media, la memoria deviene una variable central ya que, como señala

memoria constituida y transmitida socialmente⁴⁵.

Sin embargo, lo que queremos proponer aquí es otra lectura de las referencias al tiempo presentes en estas sentencias. Nuestra investigación no se preocupa por los gestos memorísticos de la comunidad que el texto jurídico expresaría en tanto fuente de conocimiento de un pasado perdido, sino por los efectos que el texto jurídico le atribuye al tiempo. En esta línea advertimos que tanto en la estrategia del representante del concejo como en la del abad la memoria de los testigos es convocada para dar cuenta de un plazo legal. Cuando se les pregunta a los testigos recuerdan siempre en función de plazos temporales. Se trata ciertamente de la operación de recordar pero bajo unas condiciones instituidas por el propio derecho.

Consideramos entonces que los declarantes recuerdan, pero esa evocación no es pasado, tradición o ancestralidad sino el recurso instituido necesario para verificar si el plazo temporal que el derecho prescribe se cumple en esta situación. En un estudio sobre la memoria legal de las comunidades en Polonia medieval, Górecki⁴⁶, plantea que al transformarse la memoria colectiva en un importante dominio del conocimiento legal se vio establecida, reproducida y en algunos casos alterada. La memoria comunal al transformarse en un área determinante de la práctica legal se ve metamorfoseada por lo instituido desde la norma. ¿Qué es lo que

Geary, se encuentra en el corazón mismo del cristianismo. Esto queda demostrado en la exhortación presente en el momento de la eucaristía: “Haced esto en memoria mía”. Ver Lauwers (2002); Geary (2003). Por otra parte, también la práctica de la conmemoración juega un rol fundamental en la construcción de la memoria social medieval. La conmemoración ritual de los difuntos permite la constitución de una noción instituyente para la sociedad medieval: la idea de “comunidad de los muertos y los vivos”. Respecto de la conmemoración ritual de los muertos ver Oexle (1983); Schmitt (1994), 135. Para una aproximación a los análisis de la memoria del tiempo en la Edad Media ver Paravicini Bagliani (ed. 2005), volumen dedicado a la memoria del tiempo en la Edad Media. Cf. también AA. VV. (1983), actas de un congreso dedicado al tiempo, la memoria y la tradición en la Edad Media.

45 Retomando el concepto de “memoria colectiva” de Halbwachs, Oexle (1995) considera a la “memoria como cultura” abarcando en el ámbito de la memoria a un conjunto heterogéneo de producciones humanas: la religión, la técnica, la economía, la política, el arte, el derecho, la ciencia; en fin, todas las formas de la vida. “Memoria como cultura” remite entonces a formas que, aun estando afectadas por el paso del tiempo, caracterizan a cada individuo y a cada grupo. A partir de esta perspectiva la memoria se constituye como un fenómeno social total. Ver Borgolte (2002).

46 Górecki (1998), 128.

ella instituye? Como ya vimos, es necesario probar que un uso se lleve practicando más de diez o veinte años bajo una serie de condiciones para que pueda ser considerado costumbre, es decir, derecho. Si esto no es probado entonces no se trata de costumbre y por lo tanto no puede ejercerse como derecho. La carta de sentencia resultado del pleito sostenido entre los concejos de Argüébanes y Armaño en Santo Toribio de Liébana sobre el derecho de pastos en el monte Illanzes, puede servir para ilustrar con claridad este punto:

“Visto el poder a nos otros dado e otorgado por ambas las partes, et visto un proceso de pleito que se trato entre las dichas partes ante el juez ordinario de nuestro señor el marques en la dicha merindat de (sic), e sobre rason que los buenos omnes del concejo de Armanno desian et afirmavan que avian de uso e costumbre, de dies a veynte e treynta e quarenta e çinquenta e sesenta annos e mas tiempo e de tanto tiempo aca que memoria de omnes no es en contrario paçer las yermas con sus bueys e ganado en términos Arguevannes... Los procuradores de Armanno non provaron bien su entencion, conviene a saber estar en posesión e uso e costumbre de paçer con sus bueys e ganados de diez e veynte e treinta e sesenta e de çient annos desta parte, e de tanto tiempo continuamente que memoria de omnes no es contraria en Yllanses et cortar madera para sus casas e arcos... E pronunçamos la por non provada, por quanto para la costumbre se requieren muchas cosas de derecho entre las caules son: que la costumbre sea presentada legítimamente e obtenida e avida una e dos veces en contradictorio en juyso lo queal non tienen lo de Armanno que asy non pueden decir e que el paçer e cortar en termino de Arguevannes les pertenesia de costumbre e uso non lo provaron commo se ofrecieron, por quanto las servidumbres que no son establecidas por composición de las partes o por demandada o compara, salvo por uso solo han menester ser usadas por tanto teimpo que memoria de omnes non sea en contrario, non por ruego ni por fuerça nin escondidamente, beyendolo e consyntiendolo aquellos contra quien la servidumbe se gana et non contradisiendo, por lo qual los vecinos de Armanno o non ganaron el dicho uso de paçer e cortar termino de Arguevannes en Yllanses e en el monte de Coronilla, pues non provaron tener tal uso de tanto tiempo que memoria de omnes non es contrario commo suso dicho es”⁴⁷.

Muchas condiciones jurídicas son necesarias para la existencia de costumbre, entre ellas haber usado diez, veinte, treinta o más años (sobre las otras condiciones volveremos en los capítulos siguientes). Los vecinos de Armanno no pudieron probar el uso del monte por tanto tiempo que la memoria de los hombres no recuerden lo contrario, por lo tanto perdieron

47 Álvarez Llopis, Blanco Campos y García de Cortázar (1994), p. 238, doc. 169 (1450).

ese derecho. Pero estas condiciones no son antojo de los jueces que intervienen en el pleito; en *Partidas* el uso desplegado en el tiempo es uno de los requisitos para el establecimiento de una costumbre. Ese tiempo además debe transcurrir sin contradicción, deberá ser un *uso de tanto tiempo que memoria de omnes non es contrario*, como se prescribe en *Partidas* (I. 2. 5: “*E no aviendo quien gelas contralle*”) y en el *Ordenamiento de Alcalá* (32.13: “*Sea guardado el uso, è costumbre que ovieren en esta raçon de tanto tiempo aca que memoria de omes non es contrario*”)⁴⁸.

Tomando el planteo de Górecki y aplicándolo a nuestra situación, la relación entre memoria y derecho se articularía en función del siguiente mecanismo: la memoria recuerda en función de un tiempo instituido por el derecho. Advirtamos aquí una diferencia sustancial con la aproximación del autor. En el análisis de Górecki, la memoria comunal al transformarse en un medio de prueba legal se ve metamorfoseada por la norma. Esta idea de metamorfosis de la memoria supone la existencia de un tiempo “natural” asociado a la memoria de la comunidad, y un tiempo “artificial”, el de la norma jurídica. Desde nuestra perspectiva, y retomando el planteo de Thomas, esta distinción entre “natural” y “artificial” sería improcedente ya que toda concepción temporal sería resultado de una construcción institucional. El derecho medieval instituye entonces un tiempo que fija una memoria, pero no en oposición a una memoria verdadera sino a otro tiempo instituido institucionalmente. Si volvemos a la documentación de Oña y prestamos especial atención a las declaraciones se percibe que lo central no es qué cosa se recuerda sino desde cuándo sucede de esa forma:

*“Alfonso Martinez de Ribota, que es el quinzeno testigo de los suyo, que dixo que sabe e que uio e que se acuerda bien que el conçeio de Frias, de XL annos a aca, que los omnes destos logares que, quando acaçio que quando algunos omnes destos logares se matauan o se ferian [...] que siempre pecharon con ellos...”*⁴⁹.

Y lo mismo se infiere de este otro testimonio: *“Per Yuannez de Ribilla, que es el VIIIº de los nuestros testigos, que dixo que sabe que VI solares de Ciellaporrata, que usaron asi XL annos a aca...”*⁵⁰.

48 Esta expresión “*que memoria de omes non es contrario*” se hará muy habitual en la documentación castellana a partir de los siglos XIV y XV para demostrar posesión pacífica. Ver Jara Fuente, J. A. (2002-2003).

49 *San Salvador de Oña*, p. 250.

50 *San Salvador de Oña*, p. 251.

¿Se trata de un tiempo ligado a la memoria oral de la comunidad, o de una temporalidad dicha conforme al lenguaje de los que saben cuál es el decir eficaz? Vimos cómo los testigos de este pleito repetidamente hacen referencia a plazos temporales. Poco importa en este sentido si efectivamente recuerdan haber visto u oído tal o cual cosa sino la forma en que recuerdan, es decir que eso que se recuerda debe cumplir con las pautas establecidas, debe caer dentro de los requisitos del derecho consuetudinario. Así, el tiempo, como medio de prueba legal para la costumbre, es un real construido en el interior del discurso jurídico.

En este contexto, lo que se vuelve determinante no es que el testigo recuerde haber visto sino que lo haga en el marco de la pesquisa. Las palabras del representante del concejo frente a las acusaciones de Oña invalidando el testimonio de algunos declarantes es un interesante ejemplo de lo que venimos planteando. Después de que Frías ha presentado a sus testigos, Pero Perez, el personero de Oña, expone sus argumentos. Entre ellos, plantea que no son válidos los testimonios de quienes quieren probar por haber visto porque algunos testigos no habían nacido en el tiempo que se quiere probar y otros no tenían edad para entender de qué se trataba el hecho⁵¹. La respuesta de Frías demuestra que lo que hace verdadero a un hecho no es su existencia en una realidad extrajudicial sino su presentación en el espacio del proceso:

“A los que dizen que los nuestros testigos, que dizen de setaenta annos e de sesaenta, que non eran nascidos, que non eran de edat que pudiesen entender, digo que, despues que el testigo dize que el uio lo que tesgua, deuemos creer que era nascido e que auie entendimiento, si la otra parte non prouase el contrario”⁵².

Queda claro que, mientras no se demuestre otra cosa, lo dicho en el marco del proceso es creíble, aun cuando pueda parecer ilógico en relación con una realidad ajena a la pesquisa. Es a partir de este supuesto que puede ser verosímil que un testigo nacido hace cuarenta años declare que vio hace sesenta años de qué modo pagaban tributo los vecinos de su comunidad.

Lo que se pone en evidencia a partir de este fragmento es el problema de la construcción de la verdad judicial, es decir, la cuestión de las

51 *San Salvador de Oña*, p. 260.

52 *San Salvador de Oña*, p. 268.

formas en las que se construyen y reconstruyen los hechos para llegar a una sentencia⁵³. Ahora bien, aun siendo uno de los temas más atractivos, la cuestión de la verdad judicial no es el problema que nos convoca en este momento. Lo que sí es importante en lo que acabamos de plantear es que las referencias al tiempo no remiten a un tiempo natural encarnado en la memoria de la comunidad, sino a un régimen de temporalidad instituido por el propio derecho. Lo que nos muestra la documentación es el recuerdo de cada uno de los testigos convocados por los procuradores, pero muy llamativamente los modos del recuerdo son similares en los distintos testimonios porque, como vimos, se trata de demostrar que un plazo temporal legal se cumple de modo de hacer de un uso un derecho. Volveremos sobre esta cuestión al final del capítulo.

Sin embargo, como ha señalado Madero⁵⁴, no cabe duda de que en el conflicto que enfrenta a Oña contra Frías existe una diferencia entre la lógica de la memoria del concejo y la del monasterio. La primera se funda exclusivamente en la memoria de los testigos. Las remisiones al tiempo y a la figura del monarca legitiman el reclamo frente al avance de los poderes señoriales. En la segunda, la argumentación no gira en torno de probar tal o cual costumbre, sino de cuestionar los medios de prueba presentados por sus rivales. El derecho ganado por tiempo no es un medio de prueba legítimo para dar respuesta a la controversia inicial, que era si el rey le había cedido al monasterio sus derechos regios sobre Mixangos a cambio de los lugares sobre los que Oña tenía control: “*Et del tiempo que dizen los de la pesquisa, non se pueden ayudar los de Frias porque, ante que fiziesen la pesquisa, non razonaron que lo auien ganado por tiempo e, asi, la pesquisa non cae sinon sobre las cosas razonadas*”⁵⁵.

La demostración de Frías es invalidada por no ajustarse a la *quaestio* planteada inicialmente, al “*status causae*”, es decir, a la controversia que dio origen a la pesquisa. La adopción por parte del pensamiento jurídico del concepto de *status*, definido como el hecho a probar, habilitó la utilización en la práctica judicial de la prueba como *argumentum*⁵⁶. A partir de ese momento, la delimitación del *status causae* determinaría la pertinencia o no de los medios de prueba planteados. Éste es precisamen-

53 Ver Madero (2004), 95.

54 Madero (2004), 127-128.

55 *San Salvador de Oña*, p. 263.

56 Cf. Giuliani (1971).

te el recurso que vemos utilizar por parte de Oña para invalidar no ya el argumento de Frías sino todo el proceso: el monasterio considera impertinente la remisión a la costumbre y a la prescripción para probar el argumento planteado al comienzo del conflicto, que era la permuta realizada entre el rey y el monasterio de Oña y no el derecho adquirido por el uso.

Más allá de la puja de argumentos, lo fundamental para nosotros es que en ambas lógicas, aunque de manera diferente, encontramos la influencia de la recepción romanista. ¿A qué se debe entonces esta diferencia? Según nuestra interpretación, es una consecuencia de los diferentes argumentos que cada parte plantea en el litigio. Esta alternativa de lectura abre un campo interesante de indagación, a saber: el uso y la manipulación de los conceptos jurídicos en la práctica judicial producto de la conflictividad de la situación. La documentación que estamos analizando permite ver un forzamiento de los argumentos temporales para poder ganar el pleito. Lo que a primera vista parece ser una postura ingenua o defensiva de Frías respecto de Oña⁵⁷ podríamos leerlo como una estrategia retórica del encargado del concejo para defender sus intereses. Estas dos lógicas de la memoria se corresponderían, pues, con dos usos retóricos de los mismos recursos jurídicos a partir de las disímiles posiciones que los contendientes ocupan en el campo del conflicto.

Pero volvamos a la problemática relación entre costumbre y memoria comunal. Nos preguntamos más arriba si el plazo legal presente en las alegaciones de los testigos debía interpretarse bajo la idea de memoria comunal, o, remitía a la lógica específica del discurso jurídico a la hora de intentar probar un derecho consuetudinario. No hay duda, por lo que hemos venido desarrollando, que los testigos recuerdan bajo la lógica impuesta por los propios personeros que hacen las preguntas, organizan los testimonios según plazos temporales y saben qué es lo que es apropiado decir y cómo debe decirse en cada circunstancia. Górecki planteaba que a partir de este tipo de pleitos puede verse cómo la memoria comunal, al ser atravesada por el discurso judicial, se modifica y se convierte en memoria legal. Sin embargo, advertimos la necesidad de revisar la asociación que con frecuencia se realiza entre declaración de los testigos y memoria comunal. En primer lugar, porque la documentación nos enfrenta no con la memoria de la comunidad sino con el recuerdo de los testigos. Considerarlo memoria comunal ya es parte de una interpretación que hace del

57 Ver Alfonso-Antón y Pérez-Alfaro (2000), 63.

testimonio judicial expresión del modo de recordar que caracteriza a la comunidad toda. En segundo lugar, porque lo que los testigos dicen en el marco del conflicto no es una palabra neutra, verdadero reservorio de la memoria de la comunidad, sino aquello que es válido decir en el marco de la pesquisa.

III. SIGNIFICADO Y ENUNCIADOS: UNA CONCLUSIÓN PARA EL CONFLICTO

Las argumentaciones de ambos personeros demuestran conocimiento de las normas vigentes, o por lo menos de aquellas que pueden ser útiles a la hora de defender sus posiciones. Como ya señalamos, el argumento de Frías se basaba en probar sus derechos de vecindad recurriendo a la idea de costumbre y prescripción. Se trata de demostrar que se ha usado así durante 30, 40, 50 y hasta 60 años y que, por lo tanto, se ha ganado ese derecho por tiempo. El representante de Oña plantea también la cuestión de la prescripción pero en sentido diferente de lo expuesto por Frías: para refutar el argumento de su contrincante alude a las leyes castellanas sobre la no prescripción temporal de los bienes de la Iglesia⁵⁸ y a una norma de las cortes de Nájera⁵⁹ en la que, según el monasterio, “*es uedado de la corte de Nagera aca que rengalengo non pase a abadengo nin abadengo non pase a rengalengo*”⁶⁰. Los de Frías retrucan diciendo que es posible que abadengo pase a realengo si se trata de un cambio o una donación, y que, en oposición a lo planteado por el monasterio, la Iglesia pierde tiempo si se prueba el título y que, además, en caso de que la Iglesia no pierda tiempo por menos de 40 años pueden probar por la pesquisa que llevan 70 años de uso de esos derechos. Según el concejo, por lo tanto, la Iglesia no escapa al tiempo ya que sus bienes están sometidos a la prescripción, siempre que pueda probarse el título y el uso continuo de más 40 años.

58 *San Salvador de Oña*, p. 263: “*Porque segunt el fuero de Castilla por el qual se iudgan los dichos uasallos e solares el monasterio nin la iglesia non pierde tiempo*”.

59 Las cortes a las que se refiere la fuente se celebraron durante los primeros años del reinado de Alfonso VIII y fueron un ordenamiento de referencia de diversas áreas del Reino de Castilla (varios documentos del siglo XIII correspondientes a distintas zonas del reino remiten a las curias o cortes de Nájera). Ver Martínez Sopena (2003). La norma a la que se alude en el pleito de Oña contra Frías es la que prohibía el paso de heredades realengas a abadengas y viceversa, sin autorización del monarca.

60 *San Salvador de Oña*, p. 263.

Frías concluye que posee derechos sobre los territorios en disputa en la medida en que, según su propio argumento, ha probado el uso por 70 años, superando entonces lo exigido para aplicar el criterio de alienabilidad que se desprende de la prescripción.

Argumentaciones que van y vienen. Lo que demuestran los razonamientos es que tanto el personero de Frías como el de Oña conocen y manejan la misma documentación jurídica, no sólo la que queda expuesta sino la que parece enterearse en sus declaraciones en torno de la temporalidad y la costumbre. Si ambos remiten a la misma documentación, entonces habría que buscar la diferencia en la forma en que esas formulaciones son utilizadas. Forma que está en estricta relación con el argumento sostenido por cada una de las partes. Uno y otro conocen las elaboraciones doctas en torno de la costumbre y, sobre todo, de la prescripción, pero las van forzando a la luz de sus propios argumentos. El área esencial del conflicto, también en la remisión a la documentación, es el papel asignado al tiempo: ¿cuánto tiempo es válido para que un uso genere derecho?; ¿es aplicable ese criterio a esta situación de conflicto? Es evidente entonces que las normas son percibidas, manipuladas y reformuladas en el desarrollo mismo del proceso.

Retomemos, para terminar, nuestro punto de partida de modo de organizar lo expuesto y elaborar algunas conclusiones. Al inicio del capítulo habíamos planteado que nuestro objetivo era revisar la relación trazada entre memoria, tiempo y costumbre, así como el modo en que el criterio temporal instituido desde la dogmática de la costumbre aparecía operando en la documentación. En una primera lectura las fuentes nos mostraron a los testigos recordando. ¿Podría pensarse ese recuerdo del testigo en el marco de la pesquisa como memoria de la comunidad? ¿Es válido realizar este salto de testimonio a memoria? Esta operación es la que caracteriza a los análisis que se han hecho sobre estos conflictos desde la perspectiva de la historia social.

Pero como habíamos advertido al inicio del capítulo, nuestra propuesta no ve en el lenguaje jurídico la expresión epifánica de la experiencia de lo real o de los sujetos, sino un discurso que reformula la experiencia e impone condiciones de existencia. Desde este lugar hemos visualizado ya no un tiempo de la memoria sino un tiempo construido por el derecho. Los testigos remiten al tiempo porque este es un requisito construido desde la dogmática jurídica para demostrar que un uso es

derecho consuetudinario, y no porque ese tiempo exprese el recuerdo en estado puro de una silenciada comunidad campesina. Como hemos visto, la doctrina jurídica había fijado con bastante precisión en el siglo XIII los plazos legales para el establecimiento de una costumbre. Este tiempo de la costumbre aparecía claramente estipulado en *Partidas*. Un uso, a partir de ese momento, devenía costumbre si se realizaba una práctica, si se usufructuaba un derecho, etc., de la forma establecida por la ley y durante el plazo estipulado por ella.

Esta noción de temporalidad ligada al derecho consuetudinario la hemos visto operando en el conflicto sobre el que hemos trabajado. Los testigos recuerdan en sintonía con lo estipulado por el derecho. Sin embargo, en las declaraciones también encontramos rastros de una operación memorística: “que oyó decir a su padre y a su abuelo”; “que recuerda que en tiempos de tal rey”. ¿Podría tratarse aquí, en estas frases que no remiten a los plazos que la doctrina estableció para el nacimiento de la costumbre, de la memoria en estado puro no atravesada por el discurso jurídico? Las referencias a una información transmitida oralmente y recibida a través del oído son, como vimos, modos requeridos por el propio derecho para instituir una verdad autorizada; por otro lado, las referencias al padre, al abuelo y al rey remiten a una antigüedad valorada positivamente por el derecho. Tal vez, lo fundamental aquí es que una vez determinado el plazo temporal para el establecimiento de la costumbre estas frases dichas en el marco del proceso adquieren un nuevo significado debido a la nueva cadena de enunciados en la que se inscriben. Foucault propone en *La arqueología del saber* que el enunciado es una función que pone en relación a frases, proposiciones o formulaciones equivalentes con un campo de objetos; “les abre un conjunto de posiciones subjetivas posibles...; las coloca en un dominio de coordinación y de coexistencia...; las aloja en un espacio en el que son aprehendidas, utilizadas y repetidas...”⁶¹. La frase puede ser la misma pero al cambiar el enunciado obtiene un nuevo significado⁶². Los nuevos enunciados ligados al *jus consuetudinarius* instituyen una temporalidad y una memoria judicial atada a la idea de “período” o “plazo” que operará de forma dinámica en los textos de la práctica jurídica. Volveremos en el capítulo siguiente sobre los modos en que estos nuevos enunciados ligados a la recepción romanista pueden instituir memoria.

61 Foucault (1970), 178.

62 Foucault (1970), 148.

Capítulo 5

LA INVENCION DE LA TRADICION: LA TERRITORIALIZACION DE LA CONSUETUDO

He aquí un primer dato que merece ser resaltado: la atracción de lo real implica completamente al Derecho, que se convierte así en una pertenencia de la tierra.

Paolo Grossi

Es un lugar común, pero no por eso menos cierto, afirmar que la sociedad medieval fue fundamentalmente agraria y que, por lo tanto, la tierra ocupaba en ella el primer lugar en la vida, en la producción de riquezas y en las representaciones colectivas¹. Nos ocuparemos aquí de este papel clave de la tierra en la Edad Media y de la forma en que ha sido considerada en relación con la costumbre. Dos escenarios documentales nos permitirán indagar esta relación: por un lado, los textos forales en los que ya hemos incursionado en capítulos previos; por otro, una colección de conflictos en donde tierra y costumbre se anudan en los reclamos de los pleiteantes.

I. COSTUMBRE Y TIERRA EN LA DOCUMENTACION FORAL

Si volvemos a repasar los fueros ya analizados previamente, tanto los de Castilla como los de León, vemos que la tierra adquiere en esta documentación el valor peculiar de ser la portadora de una normatividad que pasará luego a quienes la habiten. Así, como vimos, la cláusula 2 del fuero de San Pedro de las Dueñas de 1124 especifica: *consuetudo totis terre*².

En efecto, a partir de los siglos XI o XII, la costumbre, la tradición

¹ Las numerosas metáforas agrícolas presentes en la Biblia son muestra clara del papel medular de la tierra en las formas de producción y de reproducción, no sólo económicas sino también sociales e ideológicas de la sociedad en la Edad Media. Ver Morsel (2008d).

² *FRL*, II, p. 53.

y los usos se territorilizan³. No se trata de la costumbre de tal o cual individuo sino de la costumbre de un territorio habitado por una comunidad determinada. La cláusula 4 del Fuero de León que ya analizamos en el capítulo 2 va en el mismo sentido pero con la peculiaridad de emplear el término *mos*:

“Mandamos hasta este momento que nadie ose robar algo de la iglesia, pero si ha sustraído algo del interior del lugar sagrado por rapiña, salve el sacrilegio, y cualquier cosa que de allí haya arrebatado, (ordenamos) que lo devuelva como rapiña; si en cambio injustamente ha sustraído una cosa fuera del cementerio de la iglesia, (ordenamos) que restituya y (pague) caloña a los administradores de su propia iglesia more terre”⁴.

En primer lugar, recordemos que *mos* remite aquí a una norma de la *Lex Visigothorum* que penalizaba la rapiña contra las cosas sagradas y establecía el control de la Iglesia sobre las mismas⁵. Lo que sorprende en este fuero es que *mos* se presenta como comportamiento asignado no a los individuos sino a la tierra. Es ella, más allá de los que la habitan, la que posee dichos hábitos: sus moradores son meros instrumentos de la tierra que se comporta como estructura, como reservorio de un conjunto de reglas que los hombres deben respetar. Los hombres en tanto que habitantes de ese territorio devienen practicantes de un orden jurídico que los precede. El texto del fuero instituye entonces a la tierra como portadora de un ordenamiento jurídico particular. Instituida como reservorio de las normas, todo ocurre como si la tierra fuera la institución que instrumentaliza a los hombres en tanto que apéndices orgánicos de la naturaleza inorgánica. Acompañando y reforzando esta idea de instrumentalidad, la palabra *mos* es usada en ablativo (*more terre*). El empleo del término en este caso gramatical se encuentra ya presente con mucha frecuencia en el mundo romano, en el que se utilizaba la expresión *more maiorum*, o su reverso *maiorum more*, como sintagma fijo que expresaba claramente un

3 El mismo proceso se evidencia en otras regiones del Occidente medieval, como por ejemplo el Midi francés. Según Gouron (1993), 202, expresiones tales como “*secundum antiquam ipsius loci consuetudinem*”, o “*consuetudinem villae Montispessulian facta erat*”, presentes en cartularios y cartas en Borgoña y Montpellier, demostrarían la territorialización de la costumbre fenómeno fundamental del siglo XII: “la grande nouveauté du XII siècle finissant tient à la reconnaissance d’une assise géographique à la coutume”.

4 *FRL*, II, p. 17.

5 Cf. Capítulo 2.

carácter paradigmático. Siguiendo a Bettini, podríamos decir, que la fijeza gramatical de esta fórmula se corresponde con la fijeza cultural de su función. Cuando en el mundo romano se intentaba aprobar o desaprobado cierto comportamiento, el *mos* de los antepasados constituía la “circunstancia concomitante” por excelencia: por eso la palabra termina preferentemente en ablativo⁶.

En este sentido, es posible considerar que la formulación *more terre* heredaría del mundo romano un carácter paradigmático: se trataría de un comportamiento a seguir por quienes se encontraban instalados en ese lugar. Sin embargo, uno de los términos de la fórmula ha cambiado. Si el mundo romano adjudicaba a los antepasados la capacidad de establecer las reglas a seguir, en cambio, en este fuero medieval se concede esta competencia a la tierra. Es por esto que el fuero no explicita la forma en que debe llevarse adelante la práctica. Hay una cualidad atribuida a la tierra que no necesita ser legislada porque la tierra posee su propio ordenamiento, del cual los hombres son apéndices o instrumentos.

¿Cómo podríamos leer esta normatividad asignada a la tierra y el carácter instrumental de la misma en los fueros? Paolo Grossi en un texto ya clásico señalaba que el mundo medieval basaba su normatividad en tres hechos primordiales: la tierra, la sangre y el tiempo. La tierra, decía, debía ser entendida como:

“Cosa productiva por excelencia, realidad compleja no dominada e indomable por las indefensas hormigas altomedievales pero fuente de vida y garantía de supervivencia, que lleva impresas sobre sí reglas originarias perfectamente legibles para quienes disponen de ojos atentos y dispuestos”⁷.

La tierra se vuelve el reservorio de las reglas en un mundo en donde el derecho es básicamente factual y se caracteriza por poseer un fino contacto con la naturaleza de las cosas sociales y económicas⁸. El presupuesto básico de esta idea es lo que Grossi denomina el “primitivismo protomedieval”: la existencia en la Edad Media de una mentalidad primitiva según la cual los individuos se encuentran subsumidos por la naturaleza, fundidos con la realidad objetiva. El primitivo es, dice el historiador del derecho,

6 Bettini (2000), 262.

7 Grossi (1996), 91.

8 Grossi (1992), 25.

“... un sujeto paupérrimo culturalmente que tiene una relación singular con la realidad externa... Es necesario que él sufra la naturaleza y le sea hasta tal punto tributario que abdique de su individualidad y se confunda y se ensimisme con ella... La del primitivo es, en resumen, una conciencia no autónoma, impotente para reflexionar sobre la realidad del entorno y a su vez conducida tendencialmente a sentirse «partícipe» de aquélla en el marco de un orden que supera sujeto y objeto en una única organización cósmica”⁹.

El derecho medieval para Grossi, antes de la recepción del derecho justiniano, se encuadra en una sociedad marcada por el *reicentrismo*¹⁰, en donde el derecho nace de la cosa misma y en la que predomina la costumbre, la más objetiva de las fuentes por encontrarse anclada en la *res*.

Si bien la propuesta de Grossi respecto del derecho previo a la recepción es seductora, no obstante, el autor cae en una tendencia, presente en autores muy influyentes, que naturaliza el derecho medieval (tendencia que ya hemos reseñado en el capítulo primero). Para Boureau, esta indistinción establecida entre hecho y derecho, esta perspectiva que afirma que el orden jurídico medieval procede de las cosas mismas, es heredera del institucionalismo jurídico de la escuela de Hauriou en Francia y de Santi Romano en Italia¹¹. Se trata de una corriente que posee una fuerte tendencia a la fetichización del suelo¹² y del pueblo considerados como únicos y auténticos autores de las reglas. En esta misma línea crítica Emanuele Conte señala que ciertas formulaciones de Grossi, que hacen de la sangre y de la tierra hechos provistos de una carga normativa extraordi-

9 Grossi (1996), 85.

10 Grossi (1996), 89.

11 M. Hauriou (1856-1930) fue un reconocido jurista y sociólogo francés creador de la “teoría de la Institución”. Santi Romano (1875-1947) fue un jurista italiano especialista en derecho administrativo y constitucional. Ambos colaboraron de modo diferente en la confección de la idea de “ordenamiento jurídico”. El concepto de institución desarrollado por Hauriou supone que el poder organizado se ejerce y funciona en cierto ámbito social. Por lo tanto hay institución allí donde se percibe organización. Para Santi Romano cada ordenamiento jurídico es institución y toda institución es un ordenamiento jurídico. Este concepto de ordenamiento jurídico (utilizado por Grossi para dar cuenta de las características del derecho en la Alta Edad Media) les permite a estos juristas mostrar que el derecho es algo más amplio que no puede quedar circunscripto al reducido marco de las disposiciones legales. Esta corriente también proclama la idea de que el derecho opera de acuerdo al aforismo del Derecho Común según el cual *ex facto oritur ius*. Cf. Viñas (2002), 75-76.

12 Boureau (2002), 1467.

naria, revelarían la influencia ejercida por cierta historiografía alemana de principios de siglo atravesada por la idea de un derecho medieval como alternativa al derecho moderno burgués¹³.

Ya dimos cuenta en la Primera parte de la recaída romántica que esta concepción implica al hacer de la costumbre un derecho “más verdadero” que el derecho positivo, emergiendo de las cosas y el espíritu de los pueblos. Si esta propuesta encarna, de algún modo, una vuelta al iusnaturalismo, deberíamos, pues, encontrar una alternativa que explique la territorialización de la norma sin caer en la idea de la “facticidad del derecho medieval”. La hipótesis que nos gustaría ensayar es que la territorialización de la *consuetudo* se vincula directamente con un fenómeno más amplio y fundamental para la historia de Occidente: la formación de la comunidad de habitantes y la espacialización de las relaciones sociales. Analicemos en detalle este proceso para mostrar que la asignación de la normatividad a la tierra es un elemento más de lo que la historiografía considera como el enraizamiento del poder en la tierra.

1. *Instrumentalidad de la tierra y formación de la comunidad de habitantes*

De acuerdo con lo que plantean los historiadores, en torno del siglo XI, un poco antes o un poco después según las regiones, se produjo en el Occidente medieval una transformación en las formas de ocupar el espacio que dio nacimiento a las comunidades de habitantes: el poblamiento disperso articulado alrededor de un puñado de *curtes* domaniales y de *casae coloniciae*, que había caracterizado la ocupación del territorio rural tardorromano y carolingio¹⁴, desaparecería en beneficio de un hábitat rigurosamente concentrado. Pero, ¿por qué es importante determinar si la gente vivía de forma dispersa o concentrada? Ante todo, es necesario señalar que habitar un espacio no es el simple uso de un territorio:

“Habitar significa también y sobre todo ser habitante de una situación social, lo cual no se da como una simple ocupación de un espacio topográfico o simbólico ya dado... Habitar un territorio conlleva a la vez producirlo y pensarlo en tanto que espacio propio, subjetivo,

13 Ver Conte (2002), 1609.

14 Ver Toubert (1990).

imaginario, que se instituye dinámicamente como proceso de plasmación de las prácticas sociales de los sujetos”¹⁵.

De allí que la forma del poblamiento –como dice Wickham- sea una guía fundamental de las formas de organización socio-política y socio-económica de una sociedad¹⁶.

La historiografía ha vuelto a analizar desde los años '70 el problema de las formas de poblamiento tratando de indagar, apoyándose en la arqueología, cuáles han sido los motores que impulsaron este reagrupamiento del hábitat¹⁷. El papel de los señores en la constitución de recintos amurallados fue una de las primeras hipótesis trabajadas por los historiadores. En esta línea, el trabajo clave de Toubert en la región del Lacio mostraba una ruptura profunda en el poblamiento y la estructura agraria misma entre los siglos X y XI, que consistió en una drástica desestructuración de los hábitats dispersos de la llanura en beneficio de poblaciones fortificadas, en muchos casos construidas en alturas hasta entonces deshabitadas, conformadas por viviendas campesinas alrededor de un núcleo monumental constituido por una Iglesia y la fortaleza señorial. El *incastellamento*¹⁸, término que Toubert adoptó para designar la nueva forma de organización espacial en torno al *castrum*, representó el despliegue de dos operaciones simultáneas: por un lado, la *consolidatio feudorum*, la concentración del espacio cultivado; por otro, la *congregatio populi*, la concentración de la población en el interior de un recinto previamente dispuesto. Habitar *in castrum* supuso, entonces, no sólo nuevas maneras de control y acceso a la tierra sino también una nueva forma de asociación

15 Gallego y Miceli (2008), 17.

16 Wickham (1987), 90-92.

17 El progreso de la arqueología del poblamiento no es igual en todas las historiografías. En la tradición anglosajona, por ejemplo, el trabajo arqueológico es muy fuerte desde los años '40. Los cientos de lugares prospectados y descritos, las decenas de excavaciones, las indagaciones sobre el paisaje agrario y pastoril, apenas tienen comparación en España y en el sur de Francia. Si bien las cosas son un poco distintas en Italia, no puede compararse con el desarrollo alcanzado en Inglaterra. Para un análisis en profundidad del lugar de la arqueología y la prospección de superficies en las distintas tradiciones historiográficas ver Laliena Corbera (2002).

18 Para el análisis del proceso de concentración en torno del *castrum*, Toubert (1973; 1990); Settia (1984; 1999); también Wickham (1985; 1987; 1988); Bourin-Derruau (1987); Morsel (2005).

humana, la comunidad aldeana, y, sobre todo, nuevos modos de dominación social.

A la hipótesis del *incastellamento* como motor del cambio en la forma de ocupar el espacio, Michel Lauwers opuso otra fascinante, la del *inecclesiamento*: la asociación iglesia-cementerio como causa determinante en la focalización del hábitat¹⁹. Antes del siglo X, siguiendo a san Agustín, la Iglesia había otorgado una débil importancia al cuerpo muerto, pero a partir de ese siglo las iglesias empezaron a focalizar las sepulturas, y para el XI se instituyó el ritual de consagración de los cementerios:

“Lo que contribuye a que las iglesias se vuelvan atractivas para los muertos, y conduce así a la práctica generalizada y exclusiva de la inhumación en el espacio consagrado que rodea directamente el edificio de culto (situación considerada como normal como muy tarde en el XII), es, por una parte, la sacralización directa por consagración de la tierra de los muertos, y, por otra parte, la sacralización indirecta por contigüidad con una iglesia que alberga a partir de allí sistemáticamente los restos de los «súper muertos», los santos, en el marco de un desarrollo masivo del culto de las reliquias a partir del XI”²⁰.

Parroquia y cementerio se vuelven de este modo centros de aglutinamiento de la población. Así pues, según Lauwers, la sacralización por parte de la Iglesia de la tierra de los muertos fue generadora de un nuevo espacio social. La cohabitación de muertos y vivos jugó un rol fundamental en la organización de la sociedad occidental dando nacimiento a la comunidad de habitantes.

19 Para un estudio en profundidad del rol de la parroquia y del cementerio, Lauwers (1999; 2004; 2005). Véase asimismo Musset (1963); Duparc (1967). Más recientemente, Bourin y Durand (1994); Zadora-Rio (1995). Es fundamental en este punto tener en cuenta los trabajos notables de Iogna-Prat (1998; 2006) sobre la constitución de la Iglesia como espacio monumental. Como lo muestra el autor, en el cristianismo antiguo el edificio no era considerado como componente necesario de la Iglesia, esta se definía como comunidad de fieles. La monumentalización o petrificación (en el sentido de levantamiento de edificios de piedra) de la Iglesia es un fenómeno del cristianismo medieval en torno del siglo XI, asociado inevitablemente con la Reforma Gregoriana. En el cuadro de las grandes controversias eucarísticas que se desarrollaron en el marco de la Reforma será para Iogna-Prat cuando la Iglesia adquiera el status de lugar *propre*. El espacio de la Iglesia quedará estructurado en torno del lugar de culto, estrictamente alrededor del altar, sitio en donde se efectúa el sacrificio real y será a partir de ese momento cuando el edificio adoptará el mismo nombre que la comunidad de fieles, la Iglesia.

20 Morsel (2008d), 210.

Si bien estos procesos, *incastellamento* e *inecclesiamento*, originalmente fueron planteados como antagónicos, en realidad, no deberían considerarse como mutuamente excluyentes sino como combinaciones de un mismo desarrollo, tal como lo plantea Robert Fossier en *La infancia de Europa*²¹ a partir del concepto de *encellulement*, que designaría el proceso de creación de las comunidades de habitantes en el marco de un encuadramiento a la vez parroquial y señorial.

Aun más, desde la óptica de un importante medievalista como Joseph Morsel, lo que cambiaría a partir de estos siglos sería no tanto la *forma* de habitar²² como la *relación* de los hombres con el espacio. Toda comunidad, dice el autor, no aparece necesariamente bajo la forma de una aglomeración, y toda aglomeración no forma *ipso facto* una comunidad. No debemos confundir entonces polarización del espacio social en torno de iglesias, cementerios o castillos y aglomeración del hábitat: el grado de cohesión de una comunidad no es proporcional al reagrupamiento y sedentarización de los hombres²³. Pero, para Morsel, no reside aquí la radicalidad del cambio. A partir del siglo XI las relaciones de parentesco dejarían de jugar un rol clave en la reproducción de la cohesión para pasar a ser la relación con el espacio el factor esencial en la descripción y la identificación de lo social. A este fenómeno lo denomina “espacialización de lo social”²⁴. El espacio deviene un elemento de definición explícita de lo social, la pertenencia social queda mediatizada por la pertenencia espacial; las identidades sociales remiten cada vez más a los modos de inscripción espacial particular, definiendo de una manera nueva las relaciones entre los que ocupan un mismo espacio, los habitantes de un lugar, y las relaciones entre dominantes y dominados. El poder señorial ya no se concibe como dominación personal, forma que había caracterizado al sistema domanial altomedieval, sino como dominación indisoluble sobre hombres y tierras al mismo tiempo²⁵, esto que Guerreau designaba bajo la idea de

21 Fossier (1984).

22 Morsel (2008d). Señala el autor que en ciertas regiones como el Oeste francés, Escandinavia, Norfolk, el Bajo Aragón, los pre-Alpes lombardos, etc., subsisten hábitats dispersos, cuestión que no impide la existencia de comunidades de habitantes.

23 Morsel (2008c), 4.

24 Morsel (2007b), en particular, cap. VI: “La «déparentalisation» par la spatialisation du social”.

25 Morsel (2007b), 148.

*dominium*²⁶. Los hombres son a partir de ese momento dominados por intermedio de las tierras y viceversa: “no solo el poder se enraíza en el suelo sino también la situación de dominio”²⁷

Retornando los fueros que venimos analizando sin perder de vista lo que acabamos de señalar, esta documentación parece dar cuenta de la nueva relación social, la del “habitar”. Prestemos atención, por ejemplo, al fuero dado por el abad Bernardo de Sahagún a los lugares de Talavera y Galleguillos en 1127: “*Bernaldus, Dei gracia abbas, totusque conventus monachorum Sancti Facundi habitantibus villarum Villa Sancti, Talavera et Galleguillos, salutem*”²⁸. Algo similar puede verse en el fuero dado por Alfonso VI a los pobladores de la villa de Sahagún el 25 de noviembre de 1085: *do vobis hominibus populatoribus Sancti*²⁹.

Como se puede apreciar, los términos que se consignan en esta documentación, “habitantes” o “pobladores” (en algunos casos “moradores”), con los cuales se hace referencia a aquellos a los que se otorga el fuero, son vocablos que dan cuenta de la relación de los hombres con la tierra sobre la que se encuentran asentados.

Lo que unifica a la población que se encuentra instalada en los lugares mencionados es precisamente el hecho de estar asentada sobre esos espacios. El dador del fuero no está trazando una relación individual con cada hombre sino con los que habitan el lugar como colectivo. Pero, ¿por qué hablamos de “comunidad de habitantes” y no de comunidad campesina, rural, de aldea, etc.? Porque lo fundamental de esta comunidad es que se instituye como tal en su dimensión espacial. Como señala Morsel, hay aquí que prestar una especial atención a la segunda parte del sintagma “comunidad de habitantes”. ¿Qué es habitar? Habitar no puede reducirse a un deseo antropológico primario sino a una relación social o a un ensamble de relaciones sociales que concierne tanto a la identidad de las personas (habitantes, moradores, pobladores) como a la organización de las unidades de habitación (casas, fuegos, etc.), y a las relaciones sociales entre estas unidades (vecinos)³⁰. Por eso Morsel designa a este proceso bajo el concepto de espacialización de las relaciones sociales.

26 Guerreau (1984).

27 Morsel (2007b), 148.

28 *FRL*, p. 55.

29 *FRL*, pp. 35-37.

30 Morsel (2003).

En definitiva, todos los que habitan o pueblan Talavera y Galleguillos, es decir, la comunidad de habitantes, reciben este fuero y deben practicarlo. Planteado así, parecería que el fuero como texto jurídico otorgaría una serie de normas a una comunidad de habitantes preexistente. La comunidad de habitantes de Talavera y Galleguillos se habría constituido por algunos de los motores indicados más arriba (presión señorial, sacralización de espacios, etc.) y *a posteriori* el abad habría otorgado fuero. No descartamos esta posibilidad. Sin embargo, nos interesaría mostrar aquí otra lectura en la que fueros no solo sean la confirmación de lo ya constituido, sino práctica de carácter instituyente. Instituir implica un acto de fundación. El fuero instituye en la medida en que crea un lazo comunitario allí donde antes tan solo había hombres y tierras. Se tratará a continuación de indagar las operaciones mediante las cuales el discurso foral pone las condiciones para la existencia de la comunidad de habitantes.

2. La memoria afincada en la tierra y la capacidad performativa del texto jurídico

El carácter instituyente del que venimos hablando no es otra cosa que la capacidad creadora propia del discurso jurídico. Discurso performativo por excelencia, resulta asombrosa la capacidad del derecho para crear realidades nuevas o para incidir sobre la que ya ha sido pensada³¹.

Este carácter performativo del discurso jurídico, que lo coloca en el registro de la institución de lo real existente y no de su simple representación, se vincula aquí con una forma peculiar de concebir la comunidad. Abordando el problema de la aparición de la comunidad de habitantes desde la perspectiva de la antropología social, L. Assier Andrieu distingue dos grandes familias de interpretaciones sobre la comunidad: una llamada “legalista” o “formalista”, que refiere la aparición de la comunidad a la fijación de un discurso jurídico-legal corolario del orden social, jurídico y político del señorío, y otra interpretación considerada “sustancialista”, según la cual la comunidad existe anteriormente a su nominación o formalización³².

Ni “formalista”, ni “sustancialista”, nuestra propuesta intentará sortear esta disyuntiva que tiene como fundamento común la idea de que

31 Cf. Thomas (1999).

32 Morsel (2003).

el discurso jurídico es representativo o expresivo de la realidad social. En la línea formalista la aparición de la comunidad se vincula con el discurso jurídico en tanto que éste es expresión de las transformaciones del feudalismo y de la aparición del señorío; en la segunda opción, sustancialista, la comunidad preexiste a su nominación ya que se piensa la relación comunidad/discurso bajo el modelo de la representación. En nuestra interpretación no, no hay sustancia, es decir, no hay comunidad, que preexista a la nominación, no porque el discurso jurídico exprese la realidad económica y social sino porque la dimensión discursiva es intrínseca y no externa al proceso mismo, y porque esta internalidad en el caso del derecho suma potencia a su carácter performativo.

Los textos forales, si bien no son textos doctrinarios, poseen también un carácter performativo, y su capacidad instituyente de la comunidad está vinculada a un aspecto que, desde otra dimensión, hemos abordado en el capítulo dos de la primera parte. Nos referimos a la relación entre costumbre y memoria. Ahora bien, ¿de qué modo el fuero instituye a la comunidad de habitantes? Nuestra hipótesis es que el enraizamiento de la costumbre en la tierra, la asignación de una memoria jurídica a los habitantes de ese suelo, es un mecanismo que permite la constitución de la comunidad de habitantes. El texto foral instituye a la comunidad de habitantes a partir de la fijación de una memoria de la obligación común (*usus, consuetudines*) y del establecimiento jurídico de la tierra como reservorio de prácticas ancestrales (*more terre*).

Estos tres vocablos, *usus, mos* y *consuetudo*, guiarán nuevamente nuestro recorrido por las fuentes, no ya con el objetivo de ver a qué prácticas hacen referencia y si se vinculan o no con el derecho consuetudinario, sino con el propósito de mostrar que las referencias permanentes a “la costumbre de la tierra”, “el uso de la tierra” o la tradición de la tierra más que expresiones de una sociedad en la que la normatividad está basada en una fuerza primordial, son marcas textuales de la invención de una tradición jurídica mediante la cual se instituye a la comunidad de habitantes como tal.

a. Construcción de una memoria de la obligación común

En el capítulo 2 de la primera parte vimos que en la legislación foral una de las acepciones de los términos *consuetudines* o *usus* era la de imposición

u obligación que la comunidad debía a quién era su señor. Recordemos también que un autor como Poumarède, se preguntaba si la utilización de estos vocablos para referirse a imposiciones señoriales o reales no era una prueba de que la dominación no se fundaba exclusivamente sobre la fuerza y la arbitrariedad sino sobre el hábito y el testimonio de la memoria colectiva. Esta aproximación había sido revisada críticamente por ser una concepción purista y evolucionista del derecho. Volvamos ahora sobre ella con el fin de ver qué relación se traza en esta interpretación entre memoria y comunidad.

Ciertamente, el uso de los términos *consuetudines* o *usus* en la documentación para referirse a las obligaciones feudales llama la atención. Una primera aproximación, ligada a la interpretación de Poumarède, podría considerar que el uso de estos vocablos intentaría legitimar la violencia y la arbitrariedad de las imposiciones señoriales inscribiéndolas en una cadena de recuerdos que conformarían la memoria de esa comunidad. Denominar a las nuevas obligaciones *consuetudines* implicaría instituir las como parte de un recuerdo de la comunidad: si se trata de costumbres, entonces siempre debió realizarse así³³. Desde esta interpretación, la operación discursiva buscaría borrar la novedad de la imposición bajo un nombre que encerraría la idea de hábito que se repite desde tiempos antiguos (*consuetudines*); quedaría así presentado lo nuevo bajo el ropaje de lo viejo. Como dice Poumarède, estaríamos en presencia de una estrategia de consolidación de la dominación que buscaría mantener la opresión no solamente a través de la violencia sino también mediante el consenso.

Ahora bien, considerar que el uso del término *consuetudines* para hacer referencia a las obligaciones banales es un perspicaz modo de incluir las imposiciones nuevas en la memoria comunal presupone que comunidad y memoria son entidades que preexisten al otorgamiento del fuero y que son manipuladas por el poder feudal. Si como ya señalamos los textos forales son textos fundacionales, y la comunidad de habitantes no es sustancia que preexiste, su discurso no tiene por efecto simplemente incluir un recuerdo nuevo en la memoria comunal preexistente, o moldear una comunidad primigenia, sino instituir a los habitantes de ese lugar como comunidad y a unas prácticas como su memoria en el momento mismo

33 Cabe plantear aquí la cuestión del uso social del lenguaje y la lucha por la apropiación de ciertos términos, hecho que Scott ha señalado como un aspecto fundamental de la lucha entre campesinos y señores. Ver Scott (1985).

del otorgamiento de los fueros. En los fueros breves de León que tomamos como referencia en este trabajo no se dice esto de manera explícita –ya veremos de qué manera se instituye memoria-, pero sí queda expuesto sin giros retóricos por ejemplo en el Fuero de Béjar (s. XIII):

“Esta memoria otorgo demas a todos los pobladores, qua quier uenir quisiere poblar Beiar... non responda por enemiztad, ni por debdo, ni por fiadora, ni por erentia, ni por ninguna cosa que fizo ante que Beiar se poblasse”³⁴.

El fuero establece que los pobladores no respondan por ninguna cosa que hayan hecho antes de que Béjar se poblase. Ya no importan las deudas contraídas, las enemistades previas, etc.; el fuero instituye el olvido de lo acontecido previamente y otorga una memoria como requisito de funcionamiento de la nueva comunidad. Si bien es cierto que el término “memoria” utilizado en el fuero no remite al concepto en su sentido literal sino a un tipo de documento específico, no es casual que se lo utilice para reafirmar qué es lo que debe ser recordado a partir del momento del otorgamiento del fuero³⁵.

En el caso de los fueros de León el escrito no borra lo anterior sino que instaure una tradición. Como ya vimos, sólo por dar un ejemplo, es el gesto de dar fuero el que instituye como tal a la comunidad de habitantes de Talavera y Galleguillos, con sus obligaciones, excepciones, recuerdos, etc. Desde nuestra perspectiva, no se trataría entonces de inscribir la dominación en la memoria de una comunidad preexistente, ya que ésta nace como comunidad de habitantes en el momento mismo de otorgamiento del fuero. Detengámonos un momento en esta idea que hace de la memoria comunal un producto del texto jurídico: lo que estamos señalando aquí a partir de la lectura de los fueros, es que la memoria comunal quedaría instituida a partir de la intervención jurídica de quien otorga el fuero en la medida en que otorgando memoria se constituye –en ese mismo acto- a

34 Gutiérrez Cuadrado (1975). El fragmento corresponde a la cláusula 4 del fuero.

35 El término *memoria* o *memoranda* refería a aquellas cosas que debían ser recordadas. Con este nombre era posible referirse en algunos casos a textos jurídicos, como en este caso al fuero, o a objetos que tenían por misión preservar el recuerdo. Se aplicaba con frecuencia *memoriae* a los altares o a las iglesias que contenían los objetos que permitían conmemorar a los muertos. Ver Geary (2006).

la propia comunidad. No podría haber memoria colectiva antes de la existencia de ese colectivo que es la comunidad de habitantes.

Volvamos ahora al argumento central. Si como ya dijimos, la utilización del término *consuetudines* y la referencia a buenas y malas costumbres no deben interpretarse como el paso de una situación de “predecho”, dominada por la violencia y lo irracional, a otra de hegemonía del derecho, y por ende pacificadora, sería entonces más pertinente, parafraseando a Poumarède pero modificando el sentido de su análisis, proponer que la aparición del término *consuetudines* es el testimonio de la capacidad del discurso jurídico de instituirse como fuerza creadora de la comunidad de habitantes, en la medida en que establece hábitos y funda una memoria colectiva. Denominar *consuetudines* a una imposición es, pues, un acto de fuerza que, operando en el terreno de la memoria, construye la identidad jurídica necesaria para la existencia de la comunidad.

En síntesis, lo que queremos indicar es que las referencias a las *consuetudines* en la documentación no deberían verse como un signo de un salto abrupto respecto de la situación anterior basada en el ejercicio de la soberanía; tampoco como huella del encubrimiento de una clase que busca ocultar lo nuevo bajo el ropaje de lo viejo; dichas referencias deberían ser vistas como las marcas textuales de la capacidad instituyente del discurso jurídico y de su capacidad performativa, en la medida en que el otorgamiento de costumbres se transforma en otra de las prácticas que en este período es motor del proceso de formación de la comunidad de habitantes.

Ahora bien, como ya vimos también, el término *usus* no reenvía solamente a la idea de obligación –como no lo hace tampoco el término *consuetudo*-. En algunos casos, como en el fuero de Sahagún, *usus* se vincula con una ley visigoda, la que se expedía sobre la potestad episcopal sobre cosas y personas consagradas: “*Et illi defendant eos et ament ut suos homines. Et sedeant montes, et res, et hereditates monasterii per suos usus et leges antiquas in pace per manum Abbatis et monachorum*”³⁶. Cuando el protocolo del fuero señala que la obligatoriedad de esa imposición se justifica porque de ese modo se practicó desde los tiempos de los visigodos, queda presentada así la operación mediante la cual se está instituyendo una tradición jurídica que da identidad a esa comunidad de habitantes, sobre todo si, como dicen algunos especialistas, en este caso

36 *FRL*, II, p. 39.

se está tomando una cláusula del fuero de León para aplicarla a Sahagún. Son los hombres y mujeres asentados allí los que a partir de ahora, desde el momento del otorgamiento del fuero, tienen una serie de obligaciones para con el monasterio que deben seguir realizando como norma, ya que el fuero ha establecido que se trata de una práctica recurrente desde la antigüedad. Nuevamente, una región, una tierra, adquiere a través del fuero un ordenamiento presente que crea hacia atrás un antecedente, esto es, los usos y las leyes de épocas visigodas; los hombres y mujeres instalados allí obtienen de este modo un pasado jurídico que queda instituido como memoria legal de los que moran en ese territorio.

Esta intención de instituir y fijar se evidencia claramente en algunos protocolos de fueros que enuncian la necesidad de asegurar mediante la escritura un buen recuerdo de los pactos y las imposiciones. En la introducción del fuero dado por la reina Doña Berengaria a San Pedro de Eslonza en 1197 encontramos, precisamente, dicha relación entre escritura y memoria:

*“En el nombre de nuestro Señor Jesucristo, amén. Puesto que las cosas que los reyes y príncipes de la tierra disponen misericordiosamente son confiadas por escrito, no sea que por el paso de los tiempos caigan en el olvido, yo Berengaria [...] alabo, apruebo y confirmo a Dios y al monasterio de San Pedro de Eslonza estas libertades y consuetudinem”*³⁷.

La memoria es lábil y los hombres olvidan; la escritura es entonces la garantía para que recuerden a quién le deben y qué deben hacer:

*“Los hechos que no son trasladados a la página fácilmente se borran de la mente humana. Notorio sea a todos los oyentes, tanto presentes como los venideros, que yo el conde Froila con mi mujer la condesa Sancha os damos para siempre esta carta a vosotros los hombres que habitais en la villa denominada Cifuentes, tanto presentes como futuros, para que cada uno conozca el fuero que debéis hacernos en la mencionada villa”*³⁸.

³⁷ FRL, II, p. 157.

³⁸ *“Facta que pagine non traduntur facile ab humanis mentibus elabuntur. Notum sit quomodo omnibus audientibus tam presentis quam futuris quod ego comes domus Froila una cum uxore mea comitissa domna Sancia uobis hominibus habitantibus in uilla que uocitatur cent fontes, tam presentibus quam futuris, facimus kartam in perpetuum ut sciat unusquisque quem forum debitis in predicta uilla nobis facere”, FRL, II, p. 167.*

Volveremos sobre esto en el capítulo 6. Lo que ahora nos interesa es señalar que la utilización del vocablo *usus*, al igual que *consuetudines*, implica algo más que la intención de recubrir a una imposición feudal con un halo de antigüedad que la legitime. Coincidimos con Poumarède en que es posible ver en la utilización de estos términos una doble operación, por un lado, el accionar claramente coactivo del poder feudal imponiendo exigencias, tributos, etc.; por el otro, el gesto que intenta borrar la marca de la imposición confiriéndole a la exigencia el carácter de antiguo, remontándola a un momento histórico legitimador y estableciendo incluso una filiación, en el último caso visto, con una tradición jurídica de la cual esa región no forma necesariamente parte. Sin embargo, no debemos dejar de lado algo fundamental para nuestra perspectiva: dar fuero se asemejaría a la donación de una memoria normativa, gesto que al mismo tiempo constituye a la comunidad de habitantes.

El afincamiento de la tradición en la tierra se ve claramente en los fueros citados al inicio del capítulo en los que *mos* y *consuetudo* aparecen como atributo de la tierra misma (“*reddat eam et calumpniam cultoribus ipsius ecclesie more terre*”; “*Sed, sicut est consuetudo totis terre*”). También en otras regiones se evidencia la misma territorialización del ordenamiento jurídico; como por ejemplo en los Fueros de Jaca otorgados por Alfonso de Aragón en 1187 en donde se dice “*et aliorum multorum bonorum virorum antiquas jaccæ consuetudines, et fueros et totius illæ terra*”³⁹. Al igual que en los casos anteriores, el efecto producido por el uso de los sintagmas *more terre* o *consuetudo terre* (u otras variantes) es el de instaurar en un determinado sitio, en una determinada tierra, un conjunto de prácticas como ancestrales, configurando de alguna manera los límites y la identidad de esa comunidad.

Desde nuestra perspectiva por tanto, *mos* no es ya una palabra que designe una práctica comunitaria preexistente⁴⁰, sino un concepto que permite atribuirle a un territorio concreto un ordenamiento propio. Al igual que *consuetudines* y *usus* esta nominación es un mecanismo más de creación de la comunidad de habitantes en la medida en que el discurso foral le otorga a una tierra una tradición, un uso ancestral, que adquiere todo aquel que la habite. Lo que nos importa señalar es que es el gesto

39 Muñoz y Romero (1847), 243.

40 Idea que –debo reconocerlo– yo misma había planteado en mi Tesis de Licenciatura, Miceli (2000).

discursivo el que hace de los hombres y mujeres asentados en esa tierra una comunidad, puesto que desde el momento de la puesta en vigencia del fuero comparten una misma tradición.

La atribución de memoria a la tierra no debería leerse entonces desde una perspectiva romántica, que ve en esta última una fuerza primordial de la que brota el derecho; y en la memoria el reservorio de las tradiciones de una comunidad primigenia. Por el contrario la encarnación de una tradición jurídica en la tierra puede pensarse en el marco del proceso de espacialización del que ya hablamos. El fuero nos dice: esta tierra sobre la que se asientan estos hombres y mujeres, a partir de ahora habitantes o moradores, es portadora de una memoria jurídica que se transmite a todo aquel que se instala en ella. El texto jurídico deviene así uno de los dispositivos a través del cual la tierra se vuelve fundamento de las relaciones sociales.

II. COSTUMBRE, TIERRA Y PROPIEDAD EN LOS CONFLICTOS CASTELLANOS

Otro escenario en el que la relación entre tierra y costumbre se muestra con notable claridad es en la documentación referida a conflictos. Como es sabido, la Edad Media está plagada de pleitos en los cuales el factor de disputa fundamental es el uso o usufructo de una tierra. En ellos, las referencias a la memoria y la costumbre son una estrategia fundamental sobre la que se basan los testigos con la finalidad de conseguir dar causa a su derecho sobre una tierra. Aunque parezca insólito, veremos cómo muchos historiadores en la línea de la historia social de fuerte impronta marxista han coincidido –sin ser conscientes de ello- con la perspectiva reicentrista.

Trabajaremos sobre la colección documental que comenzó a diseñarse a finales del siglo XV bajo el nombre de *Asocio de la Universidad de Ávila y sus Pueblos*, cuando la Escribanía Mayor de los Pueblos promovió la recopilación de los pleitos que se habían realizado a lo largo de los siglos XIV y XV. Se trata de pesquisas y sentencias que en general tienen por actores, por un lado, al propio concejo de Ávila y su tierra y, por el otro, a algún particular al que se acusa de haber tomado para sí términos de usufructo común.

Los medievalistas preocupados por la problemática de la transi-

ción del feudalismo al capitalismo han trabajado con mucha frecuencia sobre este tipo de documentación, centrando su análisis en la “tensión” que en ellos vislumbra entre propiedad privada y propiedad comunal, característica fundamental, para estos abordajes, de una sociedad de tipo transicional⁴¹. Estos documentos se convierten para esta perspectiva en escenario privilegiado para estudiar el avance irreversible de las formas privatizadoras por sobre la propiedad comunal, es decir, del capitalismo sobre el feudalismo⁴². No es nuestra intención enmarcar el análisis en esta problemática; por el contrario, la preocupación central que lo recorre es, si se quiere, de índole metodológica: no se tratará de caracterizar a la sociedad estudiada según triunfe la propiedad “comunal” o la “privada” en la resolución de conflictos, sino de realizar una reflexión acerca de la relación que queda trazada entre hombres y tierra a partir del argumento de la costumbre.

Como veremos, el peso de la costumbre en las resoluciones judiciales es incuestionable a medida que se avanza en los siglos XIV y XV. Esta presencia ha habilitado innumerables acercamientos en clave romántica: la costumbre como tradición, como voluntad popular, como conciencia campesina, etc. Si bien han sido diversas las críticas que esta perspectiva ha recibido, ella sigue operando casi como sentido común entre los historiadores y contamina los trabajos que tienen a esta documentación como “fuente”. Salvo excepciones, parece como si existieran dos carriles paralelos para trabajar esta cuestión: uno, el de los historiadores del derecho que en estos últimos años han revisado críticamente las tesis del iusnaturalismo acerca de la costumbre y han profundizado en su carácter estrictamente jurídico; otro, el de la historia social que a la hora de analizar la presencia de la costumbre en la documentación medieval sigue recostándose en el romanticismo sin establecer ninguna relación entre lo que se considera una práctica natural, popular, etc., y las elaboraciones doctrinales de la misma. Será fundamental, entonces, para la consecución de nuestros objetivos entrelazar estos dos carriles en pos de una revisión crítica de ciertos postulados románticos que tiñen las investigaciones sobre los problemas del uso, la costumbre y, por ende, también las relaciones de los sujetos con los bienes durante la Edad Media.

41 Ver, entre otros, López Benito (1983); Barrios García (1983-84); Monsalvo Antón (1986; 1992); Martín Martín (1990).

42 Si bien no compartimos el planteo en su totalidad, para una crítica de estas miradas evolucionistas ver Luchía (2004).

1. *La usurpación del uso*

La mayoría de las decisiones judiciales de esta colección documental recupera para el uso público las tierras ocupadas, aun cuando no siempre se produzca el cumplimiento efectivo de la sentencia⁴³. Sin embargo, desde el punto de vista del proceso judicial el argumento basado en el uso deviene exitoso para demostrar que un derecho ha sido violado por un particular (un caballero, un miembro del propio concejo, etc.) y que, por lo tanto, el término apropiado debe ser restituido.

Este recurso a la costumbre se puede ver claramente por ejemplo en el litigio que enfrenta en 1414 al Concejo de la Ciudad de Ávila contra Alfonso Gonçález. El conflicto gira en torno de la ocupación de un horno de pez y de unas tierras comunes por parte de este último. En octubre del mismo año, después de que el juez citara en varias oportunidades a Alfonso Gonçález y éste no compareciera, el demandado es declarado en rebeldía y se da paso a la lectura pública del resultado de la pesquisa. Todos los testigos declaran que desde hace muy poco tiempo (dos o tres años) ciertos pinares y ejidos en donde todos los vecinos de la comarca llevaban a pastar a sus animales y cortaban leña, fueron apropiados para sí mismo “*por fuerça y sin razón*” por Alfonso Gonçález⁴⁴. Se trata de probar dos cosas, por un lado, la usurpación (los testigos dicen que de un tiempo a esta parte el acusado prenda a los hombres y a las bestias que entran en esos ejidos), y, por el otro, para que dicha usurpación sea concebida como tal, la antigüedad de un uso de los vecinos. Preguntado Domingo Fernández por qué sabe que Alfonso Gonçález por fuerza y sin razón prenda los animales que pacen en los ejidos, contesta:

*“Porque en tierra de Avila es costumbre de pacer los ganados por todos los términos de unos lugares de tierra de la çibdat de Avila, guardando pan et vino et prado de bueyes fasta el tiempo que es de guardar los prados de los bueyes”*⁴⁵.

43 Era frecuente que las sentencias no se cumplieran o que las partes involucradas en el pleito resolvieran sus diferencias por fuera del ámbito judicial a través de acuerdos o pactos privados. Una vasta bibliografía ha trabajado durante estos últimos años sobre la articulación entre la dinámica judicial y extrajudicial en la Edad Media. Ver en Capítulo 4 “Acerca del abordaje de la práctica judicial en la Edad Media”. Cf. White (1978); Clanchy (1983); Geary (1986); Davies y Fouracre (eds. 1986); Bowman (2004).

44 *Asocio*, p. 196.

45 *Asocio*, p. 196.

Finalmente, como es habitual en este tipo de pleito que enfrenta a individuos con el concejo, los términos deben ser devueltos al común.

Lo mismo sucede en otro pleito que el mismo año el concejo sostiene con otro particular. En este caso la demanda gira en torno del desvío del cauce de un arroyo y la ocupación de las riberas del mismo. Los testigos manifiestan que “*el conçejo e pueblos de la dicha çibdat e los vezinos avían usado e usaran antiguamente la dicha ribera*”⁴⁶, que lo hacían libremente desde cincuenta años o más tiempo a esta parte, según ellos recordaban, y que desde hacía poco tiempo por fuerza y contra la voluntad de dicho concejo lo tenía la mujer de un tal Rodrigo Alvarez, llamada Catalina Gonçalez. Luego de un intento de la acusada de demostrar la imperpetinencia del apeo realizado por el juez, por haber tomado como testigos no a los hombres ricos y buenos de los lugares comarcales sino a los que van a la taberna a embriagarse, el juez falla que el río debe volver a su cauce antiguo y sus riberas deben volver a ser comunes.

Ahora bien, las sentencias no restituyen un *bien* al concejo de Ávila, ni tampoco hacen referencia a la idea de una propiedad que se está recuperando para la comunidad. Esto queda claro en el siguiente documento:

*“Fallo que devo rrestytuyr e rrestituyo a la dicha çibdat e sus pueblos e al dicho conçejo de Armenteros e sus adagañas, e al dicho Juan Gonçález en su nonbre, en la posysión vel casy de las dichas tierras e del dicho alixar de Valmayor; [...] para que puedan usar e usen syn perturbación de persona alguna e syn pagar tributo nin cosa alguna por el paçer e rroçar y usar de todo ello”*⁴⁷.

De lo que se trata en esta sentencia es de restituir un *uso*. ¿Podríamos suponer entonces que la propiedad comunal se efectivizaba en el uso y que, por lo tanto, otorgar el uso era conferir la propiedad de ese bien al común? Despleguemos la continuación de la sentencia a fin de responder a esta inquietud:

“E mando al dicho Juan de Avila e a los que dél vinieren, e a sus mayordomos e criados e a los suyos, que sobre la posysión de paçer e rroçar de las dichas tierras e alixar de Valmayor non lleven rrenta nin hervaje de los dichos vezinos e conçejo de Armenteros nin de sus adagañas nin de los vezinos de tierra de Avila que tovieren derecho de paçer

46 *Asocio*, p. 215.

47 *Asocio*, p. 774.

*e usar las dichas tierras e alixar, nin sobre la posysión dellas los molesten nin ynquieten nin rresystan nin perturben nin lieven rrenta nin otro derecho alguno... E rreservo su derecho a salvo al dicho Juan de Avila en quanto a la propiedad, asy sobre las dichas tierras...*⁴⁸.

Como se ve, el proceso giraba en torno de la imposibilidad de los vecinos del concejo de Valmayor de usar un alixar (baldío intercomunal) apropiado por un particular, Juan de Ávila. El fallo nos muestra, en primer lugar, que propiedad y uso no van de la mano, pues se entrega la propiedad a un particular y el uso al común. Nuestra suposición inicial entonces cae: entregar el uso no implica otorgar propiedad. En segundo lugar, se observa que los pleitos no siempre se iniciaban en el momento de la apropiación de un término considerado común, sino mayormente cuando el usurpador o sus descendientes comenzaban a impedir el uso libre por parte de la comunidad. En otro el pleito que enfrenta al concejo de Ávila con Diego Gonçález hijo de Nuño Gonçález de Ávila por la ocupación de pastos en Regajales, Naharros y Gallegos, un testigo dice:

*“... Que siempre en vida del dicho Nuño Gonçález, su padre e bien veynte años antes qué moriese, que la vio paçer comúnmente a todos los ganados de las comarcas e que nunca del dicho Nuño Gonçález prendó ni mandó prender en ella, e que después acá que murió el dicho Nuño Gonçález, que puede aver quynze años poco más o menos, quel dicho Diego Gonçález, su fïo, que la ha dehesado e prenda en la dicha heria e ha fecho pieça de prendas”*⁴⁹.

Según describe el documento hacía tiempo que Nuño Gonçález había tomado para sí esas tierras, pero sin embargo no prendaba al ganado de los vecinos que pastaban en ese lugar. A partir de su muerte y quedando a cargo su hijo la situación cambia ya que este comienza a prender los animales de los comarcanos. Desgraciadamente esta querella no posee sentencia; no obstante, a partir de los dichos de los testigos podríamos plantear que si la apropiación no iba acompañada de gestos que impidieran el uso comunal entonces no era denunciada como tal. La idea de usurpación y la posterior denuncia sólo se activaban cuando la costumbre de llevar a pastar los animales o algún otro uso eran imposibilitados por una acción violenta. En definitiva, de la misma manera que las sentencias

48 *Asocio*, p. 776.

49 *Asocio*, p. 259.

no sancionaban respecto de un bien, sino de un uso, las demandas condenaban la usurpación no necesariamente del bien sino del uso.

2. ¿Propiedad en estado práctico? Acerca de la descosificación de los bienes

Algunos historiadores han señalado que estas situaciones dan la pauta de que estamos en una sociedad en la que el derecho de propiedad se efectúa en la práctica y no en correspondencia con una definición jurídica de la misma⁵⁰. En esta línea, Thompson ha planteado que la propiedad en este tipo de sociedades expresa una praxis sociológica indefinida en la que coinciden un conjunto de derechos de usufructo, entendidos como *prácticas descosificadas que operan en un contexto de densa particularidad social*⁵¹. No habría cosificación, como sí la habría en el capitalismo, porque en la sociedad medieval y moderna el derecho de propiedad no remitiría a la relación entre un sujeto (propietario) y una cosa (tierra). El labrador, dice Thompson,

“... no sentía furiosamente (suponemos) que *poseía* su tierra, que era *suya*. Lo que él heredaba era un lugar en la jerarquía de derecho de aprovechamiento; el derecho de enviar sus bestias, con un acompañante a lo largo de las veredas; de trabar su caballo en las tierras sin arar, el derecho de soltar su ganado para los pastos de *Lammas*, etc.”⁵²

Será la ley la que a lo largo del siglo XVII, en el análisis que el historiador realiza sobre los *copyhold*, “devenga instrumento de cosificación de la propiedad haciéndola palpable, liberándola para el mercado de sus

50 Esta idea encuentra uno de sus argumentos en los planteos que señalan que en las sociedades bárbaras la fuente de la propiedad de la tierra era el trabajo: “En los textos de las costumbres bárbaras se manifestaba la convicción de que el trabajo era la fuente de la propiedad. Se consideraba que el derecho de propiedad venía derivado del hecho de labrar la tierra. Por eso el campesino podía trabajar las tierras comunes según la extensión que fuese capaz de arar... Se reconocía el derecho de propiedad al que labraba la tierra durante largo tiempo sin que nadie se la reclamara. Por el contrario, el propietario que no cultivaba su tierra perdía al final sus derechos. Los bárbaros no concebían el derecho de propiedad de manera abstracta: no se poseía sino lo que se trabajaba” (Guriévich [1990], 261-262).

51 Thompson (1984), 151 y 163.

52 Thompson (1984), 146.

usos y circunstancias sociales”⁵³. Otros autores han señalado, siguiendo esta línea, que en la sociedad medieval se opera respecto de la propiedad un fenómeno que se puede sintetizar bajo la noción de “cosificación incompleta del objeto”⁵⁴, entendiéndose por esto que existe una suerte de simbiosis entre el hombre y la tierra en la medida en que el poseedor tenía la tierra pero al mismo tiempo era tenido por ella⁵⁵. Aunque con otras palabras, como vemos, esta idea vuelve también sobre la cuestión, ya señalada por Thompson, de la indistinción entre sujetos y bienes, entre el poseedor y la tierra en la sociedad medieval.

Este pensamiento abrevia en dos importantes fuentes. Por un lado, la influencia de los aportes de la antropología en relación con el pensamiento de las sociedades primitivas. Joseph Morsel expone en su trabajo el origen antropológico de este modelo:

“De hecho todo parece mostrar que este asunto tiene más que ver con un modelo (a veces calificado precipitadamente como germánico) de posesión íntima de los bienes, identificado gracias a los antropólogos, cuyo carácter particular es que si los bienes parecen poder ser efectivamente *vendidos* su *donación* jamás es absoluta... Este modelo surge de la esfera de lo que los antropólogos llaman «la economía de oblación», por oposición a la «economía de mercado»”⁵⁶.

Se habla de cosificación incompleta de los objetos porque en estas economías del don, los objetos que circulan parecen contener en sí una parte del donador. En definitiva, estaríamos frente a una sociedad en donde “objeto” y “sujeto” se encontrarían imbricados por una lógica de “posesión íntima de los bienes”.

También para Paolo Grossi se opera en el hombre medieval, al igual que en el “alma primitiva” una fusión entre sujeto y cosa⁵⁷:

“La del primitivo es, en resumen, una conciencia no autónoma, impotente para reflexionar sobre la realidad del entorno y a su vez conducida tendencialmente a sentirse partícipe

53 Thompson (1984), 150.

54 Morsel (2008d), 172-173.

55 Morsel (2008d), 172.

56 Morsel (2008d), 188.

57 Grossi toma esta idea del concepto de “participación” esgrimido por Lévy-Bruhl para pensar las sociedades primitivas.

de aquélla en el marco de un orden que supera sujeto y objeto en una única organización cósmica”⁵⁸.

Si bien existen puntos de contacto entre lo planteado por Joseph Morsel y lo esgrimido por Paolo Grossi, en el historiador francés ese modelo de posesión íntima de los bienes que caracterizaría la relación de los medievales con los objetos no se explicaría por una suerte de impotencia o estado primitivo del hombre medieval, sino por una peculiar forma de relación de estos con la tierra. Según Morsel, lo que define la relación de los hombres con los objetos en la Edad Media no es una relación entre el poseedor y los objetos “sino una relación entre los hombres (poseedores potenciales o momentáneos) en relación con el objeto”⁵⁹.

Por otro lado, no hay duda de la matriz marxista de esta concepción: Marx había señalado en las *Formen* que en las economías precapitalistas el individuo se comporta con las condiciones objetivas del trabajo como parte suya “tratándolas como naturaleza inorgánica de su subjetividad”⁶⁰. En los tres tipos de comunidades que analiza en ese texto -asiática, antigua y germánica- existe para Marx una unidad entre el hombre viviente y actuante y las condiciones inorgánicas naturales: la tierra es su modo objetivo de existencia “tal como su piel, sus órganos de los sentidos”⁶¹. Con el desarrollo del capitalismo se dará por primera vez la separación entre esas condiciones inorgánicas y el individuo, expresada en la relación trabajo asalariado/capital⁶².

El planteo de Marx apuntaba a mostrar la radical novedad del capitalismo respecto de las sociedades anteriores. En éstas no existía separación entre tierra y hombres en gran medida porque el hombre poseía los medios de producción, mientras que en el capitalismo se operaría una clara distinción entre el individuo que puede poseer y la tierra como bien a ser poseído. En este argumento el énfasis estaba puesto en señalar la diferencia sin abordar con demasiada sutileza de historiador las situaciones precapitalistas.

Ahora bien, aun cuando no quepan dudas acerca de la existencia

58 Ver Grossi (1996), en especial, el ap.: “En particular, del primitivismo protomedieval”, pp. 84-88.

59 Morsel (2007d), 189.

60 Marx/Hobsbawn (1987), 62.

61 Marx/Hobsbawn (1987), 63.

62 Marx/Hobsbawn (1987), 67.

de un salto cualitativo en la concepción de la propiedad capitalista en relación con lo que sucedía al respecto en la sociedad medieval, plantear el problema en este último caso bajo la idea de una “praxis sociológica indefinida” (Thompson) o de una “cosificación incompleta” (Morsel) encarna a nuestro entender algunos riesgos. En primer lugar, explicar permanentemente los rasgos singulares de la sociedad medieval remitiendo a las caracterizaciones que la antropología ha hecho de las sociedades primitivas podría significar perder de vista precisamente lo que aquélla tiene de singular. En la cuestión particular que ahora nos ocupa, no deberíamos olvidar que, a diferencia de la mayoría de las sociedades estudiadas por los antropólogos, en el mundo medieval existió un grupo de especialistas, los juristas, que a lo largo de los siglos discutieron y elaboraron complejos argumentos en torno de las formas de relación de los hombres con las cosas, reflexionando así sobre las nociones de dominio, posesión, uso, costumbre, prescripción, etc.⁶³ En segundo lugar, existe un riesgo de índole metodológico: pensar la relaciones de propiedad en la Edad Media oponiendo propiedad no cosificada en las sociedades pre-capitalistas a propiedad cosificada en la sociedad capitalista, o incluso la remisión a la idea de una “cosificación incompleta”, encarna una mirada lineal y demasiado etnocéntrica de la historia en la cual la noción de propiedad capitalista se instituye como el referente, como el punto de partida para la comparación⁶⁴. En el primer planteo, la oposición propuesta por Thompson aborda el problema de la propiedad en la sociedad medieval y moderna en espejo con la sociedad capitalista. De este modo, al definir las características de la propiedad en el capitalismo tenemos ya por oposición las de la Edad Media: objetivada/no objetivada, cosificada/descosificada, etc. En el segundo planteo, que propone la idea de cosificación incompleta, el problema es el adjetivo en la medida en que también supone una concepción evolucionista que termina haciendo de la propiedad medieval una etapa previa, rudimentaria y primitiva (momento en el cual no se ha completado la cosificación de la tierra), inscripta en una línea evolutiva que lleva inexorablemente a la objetivación de la tierra, esto es, al capitalismo. En tercer lugar, analizar la predominancia del uso y la costumbre en clave de mentalidad primitiva o praxis sociológica implica desconocer

63 Ver Capogrossi (1977); Grossi (1992); Conte (1996); Conte, Mannino y Vecchi (1999); de Dios, Infante, Robledo y Torijano (eds. 2006).

64 Para una crítica de este tipo de visiones ver Congost (2007).

que uso y costumbre son nociones jurídicas y no simples términos que refieren al mundo de las ideas de los hombres de la Edad Media.

Las fuentes son bien claras: no cualquier uso o costumbre es válido; sólo aquellos que cumplen los requisitos establecidos por el discurso jurídico. Nos será útil recordar una sentencia ya examinada en el capítulo anterior con otro fin:

“... Para la costumbre se requieren muchas cosas de derecho entre las cuales son: que la costumbre sea presentada legitimamente e obtenida e avida una e dos veces en contraditorio juyzio [...] han menester ser usadas por tanto tienpo que memoria de omnes non sea en contrario, non por ruego nin por fuerça nin escondidamente, beyendolo e consyntiendolo aquellos contra quien la servidumbre se gana et no lo contradisiendo, por lo qual los vesinos de Armanno non ganaron el dicho uso de pacer e cortar en termino de Arguevannes en Yllansese en el monte de Corollina, pues non provaron tener el tal uso de tanto tienpo que memoria de omnes no es en contrario...”⁶⁵.

Significativamente, estas condiciones (existencia de dos juicios sin contradicción, despliegue a lo largo de una cantidad de años, no contradecir el derecho natural y de la tierra) coinciden punto por punto con lo establecido en *Partidas*⁶⁶. ¿Qué es, en definitiva, lo que queremos decir con esto? Que es fundamental para un análisis en situación del problema de la tenencia de la tierra en la Edad Media trabajar sobre el uso y la costumbre como conceptos jurídicos y pensar a partir de ellos qué relación queda trazada entre los hombres y la tierra.

Si volvemos a los testimonios y las sentencias vemos, como ya dijimos, que para demostrar la pertinencia de un derecho sobre una tierra es necesario probar un uso o una costumbre desplegada en el tiempo. La permanencia de una práctica, el estar en un espacio llevándola adelante, parecen ser criterios fundamentales de validación de un derecho en relación con una tierra en la Edad Media. Morsel señala, a propósito de este problema, que el fundamento clave de la posesión medieval de la tierra no era la propiedad, sino la “guarda”: tener la tierra, conservarla. Lo que cuenta entonces, y es lo que vemos permanentemente en la documentación castellana que trabajamos, no es tanto poseer un título sobre la tierra como “guardarla”, “permanecer allí”, usarla. Sin embargo, no se trata de un “practicar” o de un “usar” sin ningún parámetro. Para que ese “estar”

65 Álvarez Llopis, Campos y García de Cortázar (1994), p. 238.

66 Estas condiciones quedan claramente expuestas en *Partidas* I. 2. 5.

genere derecho consuetudinario deben cumplirse una serie de condiciones que el discurso jurídico instituye: un uso probado de más de 10 ó 20 años; una práctica que no atente contra el derecho de la tierra y el derecho natural y que no sea fruto de la violencia sino de la razón. Por este motivo, las expresiones “habitar la tierra”, “guardarla”, no deberían interpretarse simplemente como manifestaciones de los rasgos de una mentalidad campesina arcaizante según la cual el hombre medieval sentía a la tierra como parte de su propia naturaleza o como la continuidad de su propio cuerpo que los textos jurídicos vendrían a reflejar con pasmosa nitidez, sino como las figuras jurídicas mediante las cuales se pueden generar derechos sobre una tierra⁶⁷.

III. TIERRA, COSTUMBRE Y MEMORIA

En los dos escenarios analizados, los fueros castellano-leoneses entre los siglos XI y XIII y los conflictos de los siglos XIII y XIV, la relación tierra y costumbre aparece trazada de forma constante. En la documentación foral la costumbre emerge como encarnada en la tierra, territorializada; en los conflictos vuelve a surgir esta misma idea de la “costumbre de la tierra” como estrategia argumentativa básica para demostrar los derechos sobre un bien.

Este vínculo es leído por Paolo Grossi a través de la mediación de la memoria. Se suele ver a la tierra como reservorio de la tradición, como hecho primordial del que surge el derecho, como extensión de la naturaleza de los sujetos y, por lo tanto, atada a la memoria de la comunidad. Si bien tierra, costumbre y memoria aparecen anudadas en la documentación, hemos mostrado en este capítulo que el hilo que las anuda no es el primitivismo o la mentalidad medieval sino el carácter performativo del discurso jurídico, que vinculando la costumbre en tanto derecho a la tierra instituye una nueva forma de habitar que es la comunidad de habitantes.

67 Sería más que interesante poner en correspondencia esta forma de relación con la tierra que queda planteada en las argumentaciones y sentencias de los conflictos con los montajes que tanto civilistas como canonistas elaboraron a lo largo de los siglos XIII, XIV y XV para pensar el vínculo de los hombres con los bienes. Esto, a nuestro entender, permitiría no sólo demostrar una suerte de adecuación entre práctica y norma, sino también dar cuenta de las formas en que los conceptos y artificios jurídicos circulan, cambian de sentido y son apropiados en la práctica jurídica.

Como dijimos al inicio del capítulo, la tierra juega un papel fundamental tanto en el ámbito material como en el de las representaciones sociales en la Edad Media, pero no porque se trate simplemente de una mentalidad campesina atada a un primitivismo que no le permite pensar la distinción en “sujeto” y “cosa”, sino porque nos enfrentamos a una sociedad en la que las relaciones y las identidades sociales se definen a partir de la relación con el espacio. La relación de *dominium*, en tanto que dominación simultánea sobre hombres y tierra, resume claramente esta espacialización de las relaciones sociales. A diferencia de las sociedades primitivas en las que las relaciones de parentesco eran las que constituían el marco principal de las relaciones sociales, son las relaciones con el espacio las que en el feudalismo configuran las identidades de los individuos y delimitan el juego de las relaciones sociales⁶⁸. El enraizamiento del poder en la tierra inaugura, pues, nuevas formas de dominación (la relación de *dominium*⁶⁹), nuevos modos de cooperación (el nacimiento de la comunidad de habitantes) y un nuevo tipo de vínculo de los hombres con la tierra.

68 Tanto Guerreau-Jalabert (1990) como Morsel (2007b) señalan la importancia del debilitamiento de las redes de consanguinidad y de alianza y la sobreimposición de redes basadas en el parentesco artificial para que el espacio se vuelva la nueva práctica configurante de lo social. En términos de Morsel, fue necesario un proceso de desparentalización para que se diera en el Occidente medieval una espacialización de lo social. En este proceso la Iglesia, aun sin planearlo, cumplió un papel fundamental. El debilitamiento del parentesco real como consecuencia de su demonización por parte de la Iglesia y la invención del parentesco inaugurado a partir del sacramento del bautismo habilitó la posibilidad de que el espacio pasara a primer plano en las formas de organización y dominación social. A partir del siglo XI tanto los dominantes como los dominados quedan sujetos a la tierra y sus identidades se definirán a partir de este vínculo.

69 Como ya señalamos, Guerreau (1984) fue uno de los primeros en llamar la atención sobre la novedad del *dominium*. En el mundo antiguo se podía ser propietario de tierras, por un lado, y de hombres, por otro; por el contrario, en la sociedad feudal la relación de *dominium* encarnaba una relación simultánea sobre hombres y tierras. Era preciso controlar los hombres para controlar las tierras y viceversa.

Capítulo 6

DAR MEMORIA: LA ESCRITURA DE LA NORMA Y LA COSTUMBRE

¿Qué es pues escribir? Entiendo por escritura la actividad concreta que consiste en construir, sobre un espacio propio, la página, un texto que tiene poder sobre la exterioridad de la cual, previamente, ha quedado aislado.

Michel de Certeau (1993)

Entre los rasgos definitorios del derecho consuetudinario, la historia social y la antropología han resaltado uno como distintivo: su carácter oral. Parece que debería buscarse allí lo esencial de la costumbre, aquello que la distingue claramente del derecho positivo. Durante estos últimos años trabajos antropológicos en la clave del pluralismo jurídico han resaltado el carácter oral de la costumbre como un rasgo específico del orden jurídico indígena distinto del estatal. Como ya indicamos en la introducción Stavenhagen, referente fundamental del pluralismo jurídico, señalaba que el derecho consuetudinario es básicamente un derecho oral, que suele ser compartido por una colectividad y que no está vinculado al poder estatal¹. El derecho consuetudinario construye su identidad entonces en oposición a la ley concebida como derecho de Estado, escrito y positivo.

Ya nos hemos detenido en el primer capítulo de la tesis en esta contraposición trazada con esmero en los siglos XVIII y XIX a partir de la constitución de un paradigma dualista que enfrentó un derecho legal caracterizado como escrito, culto, oficial y estatal al derecho consuetudinario concebido como oral, rústico y popular. Dos interpretaciones sobre la costumbre se forjaron en este período que, si bien pertenecían a dos disciplinas distintas, la antropología y el derecho, compartían una misma matriz romántica. Consideraban a la costumbre como derecho popular oral opuesto y enfrentado al derecho oficial –estatal– escrito.

Vimos, por un lado, la formación en el ámbito del derecho de una

1 Stavenhagen (1990), 30-31.

concepción de costumbre como “espíritu del pueblo”. En el marco del avance del proceso codificador que vivía Europa como consecuencia de la promulgación del Código Napoleónico, Savigny y Puchta, referentes fundamentales de la Escuela Histórica, vieron en la costumbre el auténtico reservorio del espíritu del pueblo alemán que se enfrentaba a un código legal escrito identificado como un conjunto de normas que tergiversaban un derecho verdadero. Paralelamente e influenciado también por el pensamiento romántico se gestaron en esta época las primeras aproximaciones a la costumbre desde una perspectiva que se podría denominar antropológica, aunque estemos hablando de la prehistoria de la antropología. Estos primeros acercamientos de la mano de intelectuales como Pierre-Jean Grosley y Antoine-Ives Goguet influyeron profundamente en los fundadores de la disciplina. A partir de la lectura que realizaron de Montesquieu sentaron las bases de una concepción genética de la juridicidad anclada en la costumbre, que será retomada por Morgan y Taylor quienes desmarcaron a la costumbre del terreno estrictamente jurídico para instalarla en el registro etnográfico. Esta redefinición del derecho consuetudinario como seña de identidad de un pueblo, que tanto le debe al nacionalismo y al colonialismo del siglo XIX, hizo posible considerar al derecho consuetudinario como identidad propia de los pueblos indígenas, arma fundamental en su lucha por la defensa de sus derechos frente a ley impuesta por el Estado.

En definitiva, como ya habíamos indicado, el pensamiento romántico de los siglos XVIII y XIX creó un escenario propicio para la configuración tanto en el derecho como en la antropología de una definición de costumbre como norma social espontánea, voz de los pueblos primitivos, sin derecho escrito, incluso oprimidos.

Será en este paradigma donde abrebarán los historiadores a la hora de ensayar una caracterización de la normatividad medieval. Así, por ejemplo, Martínez Martínez en un artículo dedicado al problema del tránsito de la oralidad a la escritura nos dice:

“El Derecho medieval, de raigambre consuetudinaria descansa, pues, no en la escritura, que no se considera necesaria, ni esencial, sino en la oralidad y, junto a dicha oralidad, en su complemento indispensable: el gesto, el símbolo, la señal, que opera como exteriorizador de una voluntad que no se puede plasmar en escritura alguna. Frente al valor de la palabra, el gesto, el hecho, la oralidad, lo factual, lo simbólico inmediato e inmanente

que lleva aparejado, suplanta a la simbología intelectual, que lleva tras de sí la reflexión, el pensamiento, la trascendencia”².

La costumbre, derecho inmanente que se transmite de generación en generación, es la voz viva de un grupo, su identidad, en oposición al derecho escrito que se instala en un plano de trascendencia respecto de lo factual. El paso del derecho consuetudinario oral al derecho escrito se inserta perfectamente en el conocido esquema del tránsito de la oralidad a la escritura como camino desde el pensamiento salvaje hacia la racionalidad:

“La escritura se superpone a la oralidad vinculada al Derecho consuetudinario altomedieval, un Derecho primitivo, rudimentario, en cierto modo salvaje por cuanto que abandonado de la racionalidad; la escritura, decíamos, implica seguridad, rigor, certeza, conocimiento, y, con todo ello, plenitud de las normas, una carácter completo, de totalidad, de capacidad para absorber toda la realidad, caudal de armas e instrumentos lógicos a partir de los cuales proceder a la exégesis de los textos”³

Desde una lógica claramente etnocéntrica la escritura es asociada a la idea de progreso y de racionalidad, en oposición a la oralidad que formaría parte de una mentalidad rudimentaria característica central del pensamiento primitivo. Se ve en esta perspectiva una fuerte impronta de los trabajos de Jack Goody, signados por la idea de los efectos cognitivos de la puesta por escrito. La escritura, señala el antropólogo británico, debe ser pensada como una tecnología del intelecto ya que afecta operaciones cognitivas e intelectuales -sobre todo la capacidad de racionalidad lógica-⁴, tolera la acumulación de los saberes, y su transmisión entre distintas generaciones, y encarna, a causa de su valor social, efectos simbólicos⁵. Si bien su reflexión sobre la escritura tenía por objetivo tratar de salir de la

2 Martínez Martínez (2006), 195.

3 Martínez Martínez (2006), 192.

4 Goody (1985 [1977]), 21: “La lógica de «nuestra lógica» en el sentido restringido de instrumento de procedimiento analítico parecería ser una función de la escritura, desde el punto de vista de que era el asentamiento del habla la que capacitaba claramente al hombre para separar palabras, manipular un orden y para desarrollar formas silogísticas de razonamiento”.

5 Estos efectos redundarían en un ejercicio del control social por parte de aquellos que controlan la escritura. Ver Goody (2007), 208-209.

dicotomía planteada por Lévy-Bruhl entre “mentalidad lógica” y “mentalidad prelógica”, vuelve a instalar la oposición entre oralidad y escritura basada ahora en el proceso de cognición o racionalización⁶. A partir de esta dicotomía se estructura la oposición derecho consuetudinario/derecho escrito: el primero oral y por lo tanto rudimentario, el segundo capaz de racionalizar a partir de sus instrumentos lógicos.

Además de “salvaje”, este derecho ancestral que se transmite oralmente guarda una ligazón entrañable con la memoria. En su maravilloso libro *La letra y la voz de la “literatura” medieval*, Zumthor expone claramente ese vínculo:

“Este derecho consuetudinario implicaba así, dentro de un grupo social claramente identificable por cada uno de sus miembros, adhesión común a una norma oralmente transmitida, que emana de la memoria colectiva interiorizada y que suscita, con el pasado social, una relación ontológica: la costumbre”⁷.

La memoria colectiva encarnada en la oralidad también es un tópico que encontramos con frecuencia en los trabajos dedicados al problema. Durante estos últimos años, numerosos han sido los especialistas que volvieron sobre el problema de la memoria colectiva⁸, revisitando los trabajos clásicos de Hallwachs⁹. En efecto, la idea que recorre estas intervenciones se nutre de un pensamiento presente ya en la obra del sociólogo durkheimiano: recordar no es encontrar, sino reconstruir. Assman recoge esta idea rediseñando el concepto de memoria colectiva, dando nacimiento a la idea de memoria cultural, cuya función es, siguiendo la línea inaugurada por Hallwachs, hacer al pasado inmanente al presente¹⁰. La conmemoración, acontecimiento clave para Assman en tanto materia prima de la memoria cultural, constituye el mecanismo mediante el cual se garantiza que no se pierda la memoria, que es la práctica que constituye la identidad presente de la comunidad¹¹.

6 Morsel (2008a).

7 Zumthor (1989), 105.

8 Para una puesta al día de estas interpretaciones ver Kirk (2005).

9 Hallwachs (1980 [1950]).

10 Assman (2000), 19.

11 Assman (1995). El problema de la conmemoración, sobre todo de los muertos, ha sido uno de los ejes centrales de los trabajos sobre la memoria en la medievalística alemana. Retomando la idea de Assmann de que la conmemoración actualiza y presenti-

Identidad, memoria y comunidad están anudadas en estos planteos. Solo con un pequeño movimiento los medievalistas suman a este trío el derecho consuetudinario caracterizado como oral, como se observa en esta cita de Martínez Martínez:

“El Derecho altomedieval es, por tanto, costumbre o series de costumbres, en proceso de juridificación, uso antiguo y tradicional con implicaciones en el campo del Derecho. Hay hecho que deviene norma y nunca al revés. Por esa razón, nos hallamos ante un Derecho no escrito, sino oral, en cuanto a su gestación y en cuanto a su transmisión, que emplea la oralidad como la forma típica de su difusión, que no precisa de soportes físicos colectivos, ya que basta la memoria individual de cada uno de los miembros de una comunidad como soporte singular que permite la persistencia de ese Derecho maleado por el tiempo y por la memoria de los destinatarios. El recuerdo operaba así una doble función de fuente del Derecho y de prueba de la existencia del Derecho mismo, porque en él y a él se le encomendaba la función de garantizar la perduración del orden jurídico en su totalidad. El Derecho era solamente memoria, mediata e inmediata en el doble sentido bergsonianos: una directa que retenía los recuerdos de una vida, y otra más profunda, organizada por el hábito social mismo, recuerdos inconscientes que inspiran acciones, espontánea memoria, misteriosa, hereditaria, que condicionaba comportamientos y mentalidades”¹².

El derecho consuetudinario, entonces, según Martínez Martínez, es memoria de la comunidad en la medida en que se transmite de forma oral de generación en generación. Ya señalamos en capítulos anteriores la necesidad de revisar la relación mítica que se ha trazado entre costumbre y memoria, lazo en algunos casos basado en las remisiones al tiempo –como hemos visto en las alegaciones de los testigos en pleitos y conflictos-, en otros apelando al vínculo con la tierra. Lo que intentaremos hacer en este capítulo es volver sobre la dupla costumbre-memoria pero para abordarla desde el costado de la oralidad.

Está claro hasta aquí que desde la visión etnográfica lo que hace a la costumbre memoria comunal es su carácter oral. Ahora bien, ¿es apropiado trasladar esta perspectiva automáticamente al derecho consuetudinario, es decir, a la costumbre en tanto *jus*? ¿Corresponde usarla en el análisis de las fuentes jurídicas medievales, provengan de la práctica o

fica el recuerdo, Oexle (1983) ha planteado que a través de los rituales de conmemoración los difuntos se hacen presente entre los vivos. Cf. nota 46 capítulo 4. Para una puesta al día de esta cuestión ver Lauwers (2002), 106-126.

12 Martínez Martínez (2006), 196.

de la dogmática? ¿Es pertinente caracterizar al derecho consuetudinario medieval como oral en oposición a un derecho legal escrito?

A priori podría considerarse la validez de esta última oposición basándonos en la distinción hecha por los propios juristas medievales entre *jus scriptum* y *jus non scriptum*. Sin embargo, ¿equiparar *non scriptum* a oral no es producto de cierto forzamiento argumentativo? Por otra parte, deberíamos preguntarnos si resulta pertinente para la sociedad medieval pensar oralidad y escritura como términos opuestos. Este capítulo intentará dar cuenta de estas cuestiones.

I. UN SALTO INTERPRETATIVO: ¿*JUS NON SCRIPTUM* COMO DERECHO ORAL?

En el capítulo 3 desarrollamos brevemente las discusiones que, en torno de la naturaleza no escrita de la costumbre, mantuvieron los juristas medievales. Un recorrido por los pasajes más significativos del *Digesto* y del *Código* –en relación con esta problemática– mostraba que la diferencia entre ley y costumbre basada en su carácter escrito o no escrito fue una distinción medieval. Incluso, la diferenciación presente en las *Instituta* entre *jus ex scriptum* y *jus ex non scriptum* no remitiría a la idea medieval basada en una distinción técnica que tenía como objetivo diferenciar a la ley de la costumbre, sino a una preocupación por señalar la procedencia material del derecho: existe un *jus* que proviene de material escrito y otro que proviene de material no escrito. Como vimos, esta característica era histórica, podía cambiar de un siglo a otro, como ocurrió con los *responsa prudentium* que dejaron de considerarse provenientes del derecho no escrito desde época justiniana. Por tanto, la distinción *jus ex scriptum* y *jus ex non scriptum* no remitía a una esencia que distinguía técnicamente a la ley de la costumbre sino solo una calificación del soporte material, por decirlo de alguna manera.

Operando sobre estas expresiones y fundiéndolas con ciertas definiciones isidorianas de la ley que circulaban en los manuales de retórica medieval, los glosadores instalaron al binomio *scriptum/non scriptum* como elemento distintivo entre la ley y la costumbre. Placentino definía de la siguiente manera a la costumbre: “*consuetudo est jus non scriptum, moribus populi diuturnis inductum*”¹³; planteo que, como ya vimos, tam-

13 *Summa Codicis*, Moguntiae, 1536, ad. Lib. VIII, tit. *Quae sit longa consuetudo*, p. 416 (citado por Prosdocimi [2001 {1953}], 51).

bién retomaba Azó abriendo una fuerte tradición boloñesa que sería discutida por el jurista de Orleáns al plantear que la escritura no es la sustancia de la ley.

Esta discusión parece no haber tenido cabida en las definiciones de la costumbre que se elaboraron en el mundo hispánico. Como se señaló con anterioridad, la tradición retomada en las *Partidas* (I. 2. 4) fue la boloñesa, que consideraba el carácter no escrito como rasgo intrínseco de la costumbre: “*Costumbre es derecho o fuero que non es escrito: el qual han vsado los omes luengo tiempo*”. Uso a lo largo del tiempo y carácter no escrito fueron rasgos que en la tradición jurídica alfonsí distinguieron a la costumbre de otras fuentes del derecho, especialmente de la ley. Si bien en la *Primera Partida* no hay una definición de la ley como derecho escrito, el legislador insiste en que las leyes han de leerse, proceden de la escritura y a partir de ella han de conocerse¹⁴.

No hay duda, entonces, que una fuerte tradición medieval consideraba a la ley como derecho escrito y a la costumbre como derecho no escrito. Pero, ¿qué significaba derecho no escrito? La primera tentación es asumir, como suele hacerse, que *non scriptum* remite a la idea de oralidad. La expresión es de un nivel de transparencia tal que parece no merecer una reflexión: si no está escrito no cabe duda de que es oral. Sin embargo esta deducción cuasi lógica según nuestro ideario merecería revisarse. Por un lado, porque durante estos últimos años diversos investigadores han llamado la atención sobre el anacronismo que significa aplicar el binomio oralidad/escritura a la sociedad medieval. Desde los clásicos trabajos de Zumthor¹⁵ hasta las miradas más renovadas de Morsel¹⁶, Zimmermann¹⁷, Irving¹⁸, Kuchenbuch¹⁹, por nombrar solo a algunos autores, se ha planteado que en la Edad Media la escritura y la oralidad no eran

14 Esto se evidencia en la Ley 4, cuando se hace derivar ley de *legenda*; o más claramente en la Ley 13: “*Las leyes se deben entender derechamente con el verdadero entendimiento de su parte más sana y provechosa según las palabras y razones que presenten. Y por esta razón no se deben escribir abreviaciones ni menguar en razones para que los hombres caigan en yerro, sino según la letra, no son para aprender y decorar, sino para saber su entendimiento*”.

15 Zumthor (1989)

16 Morsel (2009)

17 Zimmermann (1974; 2003)

18 Irving (1994)

19 Kuchenbuch (2002)

prácticas excluyentes, como sí suelen serlo en nuestro presente. Por el contrario, eran procedimientos que convivían y se combinaban con mucha frecuencia. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Por otro lado, la identificación de *non scriptum* y oral debería revisarse porque esta transparencia entre ambos términos se desvanece cuando la confrontamos con un dato empírico: entre los siglos XII y XIII, el Occidente medieval conoce algunos textos consuetudinarios escritos; pensamos en los *Usatges de Barcelona* o en los diversos textos que recopilan costumbres en la zona que en Francia se conoce como *pays de droit coutumier*²⁰. Para la misma época en León, y algo más tarde en Castilla, los fueros y cartas pueblas también hacen referencia, como vimos, a la costumbre, aunque no siempre remiten a lo que consideraríamos derecho consuetudinario. Este proceso de escrituralización, como ha señalado Gouron, está asociado a la recuperación del derecho romano y a la reificación de la norma jurídica escrita como modo de regulación de las relaciones sociales. Como hemos subrayado en los capítulos anteriores, el derecho consuetudinario existe solo cuando una norma establece las condiciones para que un uso devenga derecho. Resumiendo, no hay costumbre desde el punto de vista jurídico hasta la recuperación del derecho romano y el trabajo de los juristas. Lo cierto es, entonces, que cuando en los siglos XII o XIII los juristas definían al derecho consuetudinario como *jus non scriptum*, en muchas regiones del Occidente medieval ya había dejado de serlo -si es que alguna vez lo había sido.

Ahora bien, si a lo largo de estos siglos numerosas colecciones normativas escritas llevaban el nombre de Costumbres o Usatica, ¿cómo sería posible que los juristas siguieran hablando del *jus consuetudinarium* como derecho no escrito? Tal vez el problema radica en la lectura contemporánea y anacrónica que hacemos de la oposición *scriptum/non scriptum*, a partir de la cual el segundo término de la oposición es traducido por oral. Interesante sería dar a esta cuestión un tratamiento estrictamente lógico para mostrar el falseamiento que se produce en la

20 Las primeras apariciones de estos “textos consuetudinarios” datan del siglo XII, como lo fueron los *Usatges de Barcelona* y los *Libri Feudorum*, que son en su mayor parte obras privadas elaboradas por juristas locales, en algunos casos por oficiales reales o señoriales, referidas a un derecho local o regional. En Francia en la zona del Midi las redacciones oficiales comenzaron desde fines del siglo XIII por iniciativa de los señores, del rey o de una autoridad local siendo uno de los textos de referencia más importantes el *Grand Coustumier de Normandie*. Ver Kagay (1994); Grinberg (1997; 2006, 200).

transformación de un no A (*non scriptum*) en B (oral). Desgraciadamente, el conocimiento de este tipo de procedimientos nos excede, así que nos dedicaremos a ensayar una hipótesis histórica.

¿Cómo deberíamos interpretar entonces la idea de *non scriptum* con que los juristas medievales caracterizaban al derecho consuetudinario sin caer en una mirada anacrónica que enfrente oralidad a escritura y al mismo tiempo nos permita superar el absurdo de que los juristas siguieran hablando de derecho no escrito cuando el derecho consuetudinario se estaba escribiendo? Tal vez el procedimiento más apropiado sea ser fiel a los términos que los propios juristas utilizaban: hablaban de *jus non scriptum*, no de derecho oral.

Dejemos entonces la oralidad de lado y focalicémonos en las expresiones “derecho escrito” y “derecho no escrito”. Respecto de la primera expresión a partir de fines de siglo XI no parece haber demasiadas dudas: el *jus scriptum* por excelencia es el derecho contenido en el corpus del derecho romano; no solo es el derecho escrito sino también la *Ratio scripta*. Al igual que el texto de las Sagradas Escrituras el derecho romano se vio envuelto en un halo sacro que permitió considerar a los glosadores y comentadores del corpus incluso como *sacerdotes*.²¹

Esta calificación del derecho romano como *jus scriptum* puede darnos una pista interesante para resolver el equívoco de la costumbre como *jus non scriptum* sin caer en miradas anacrónicas. En este punto resulta muy útil tomar un comentario hecho por el profesor Yan Thomas en un curso dictado en Buenos Aires en 1997 donde planteó que podría abrirse una perspectiva provocativa si se interpretara que en los textos de los juristas medievales *non scriptum* no haría referencia a la dimensión oral de la norma sino a que dicha norma no estaba escrita en el corpus heredado²², es decir en el derecho romano. Un camino más que sugerente se abre con esta interpretación ya que nos permitiría solucionar la contradicción presente en la existencia de un *jus non scriptum* escrito: los juristas medievales seguirían hablando en el siglo XIII de *jus non scriptum*, a

21 Instituido como arquetipo de la razón el *Corpus Iuris* se transformó, según Legendre, en el pilar para el crecimiento disciplinar y normativo del Occidente moderno. Ver Legendre (1988: 105-114). Respecto de la relación entre *auctoritas* y *ratio*, ver Fantini (1998).

22 Punto de vista expresado por el profesor Yan Thomas en el curso: “La construcción institucional del tiempo” (1997), ya mencionado [http://www.cfa-uba.org.ar/profesores.asp?cod_prof=123].

pesar de conocer las compilaciones de costumbres, porque no se referían a un derecho oral sino a un derecho no presente en los textos justinianos. Según esta interpretación, el derecho consuetudinario no tendría por qué ser oral; es más, esa no sería la característica medieval del mismo, ya que podía encontrarse escrito bajo un régimen distinto del justiniano. Desde esta perspectiva podríamos decir que el derecho consuetudinario era derecho no escrito porque no se encontraba contenido en el corpus de derecho heredado, y no porque se tratara de un derecho popular que venía transmitiéndose de forma oral de generación en generación. La conceptualización de la costumbre jurídica como derecho oral sería anacrónica para la sociedad medieval; solo sería pertinente en una sociedad en la que la oposición entre oral y escrito tuviera sentido, articulara distinciones, y esto no sucede, como vimos, en la Edad Media.

Dos problemas se abren a partir de esto. En primer lugar, es preciso plantear el interrogante sobre la relación que guardaban estos textos normativos con aquello que estaba siendo fijado por escrito: ¿fijaba el fuero un derecho preexistente oralmente transmitido? En segundo lugar, cabe preguntarse qué significaba escribir la norma en la Edad Media cuando el binomio oralidad y escritura no operaba significativamente, como sí lo hace en nuestra sociedad contemporánea.

Para avanzar sobre estos interrogantes trabajaremos sobre la documentación foral española, básicamente los fueros de León y Castilla que vinimos estudiando. La riqueza de estos textos es notable para indagar las cuestiones planteadas ya que, como veremos, a partir del siglo XII cuentan en sus protocolos con una serie de fragmentos que tienen por objetivo justificar la puesta por escrito de la norma.

II. LA ESCRITURA Y SU OTRO

A partir de mediados del siglo XI, con el triunfo de Alfonso VI como rey de León, la política de puesta por escrito de los ordenamientos jurídicos locales se transforma en una práctica extendida. El monarca es un importante motor de este proceso de otorgamiento de fueros, cartas pueblas y privilegios; pero no es el único. Por doquier vemos señores laicos y eclesiásticos llevando a cabo la misma práctica. Si bien existen unos pocos fueros previos que aparecen otorgados en época condal –los de Lara y Canales

de la Sierra por Fernán González a mediados del siglo X y los de Salas de los Infantes, Melgar de Suso y Castrojeriz por García Fernández a fines del mismo siglo-, se trata de textos poco confiables por haberse transmitido por diplomas del siglo XII y por presentar anomalías diplomáticas y anacronismos institucionales, que han motivado en algunos casos su consideración como apócrifos²³. Ahora bien, más allá de la autenticidad o no de estos documentos, lo cierto es que recién para la segunda mitad del XI es cuando puede verse en todo su despliegue este fenómeno de otorgamiento de fueros a distintas comunidades, hecho que se consolida a lo largo de los siglos XII y XIII. Como vimos, la recuperación del derecho romano cumplió un papel fundamental en este fenómeno de escrituración.

Recordemos que tradicionalmente se consideraba que la redacción de las costumbres a partir de los siglos XI y XII era una forma de resistir el avance de un derecho nuevo, extranjero y culto como el romano²⁴. Como ya señalamos, los estudios de A. Gouron en la región del Mediodía francés pusieron en entredicho esta idea: la difusión del derecho romano y la redacción de costumbres lejos de oponerse fueron dos aspectos de un mismo fenómeno, el de la reificación de la regla jurídica como instrumento privilegiado de mediación en las relaciones sociales²⁵. La escritura de fueros no fue parte entonces de una suerte de campaña que intentaba oponer al derecho nuevo el derecho verdadero de los pueblos –matriz de lectura inaugurada en el siglo XIX por quienes se oponían a la elaboración de un código legal que contuviera y sistematizara las leyes de los estados nacionales emergentes-, sino que tuvo por objetivo poner a la normativa vigente a la altura de la *Ratio scripta*, como llamaban los juristas al *Corpus Iuris*. Ahora bien, una vez asumida esta idea según la cual la escritura de estos ordenamientos locales no se oponía a la recepción justiniana es pertinente abrir la discusión acerca de la relación que guardan tales textos no ya con el corpus del derecho romano sino con aquello que será puesto por escrito. ¿Se trata de la fijación de una costumbre preexistente que venía trasmitiéndose de forma oral? ¿Nos enfrentamos a la puesta por escrito de un derecho primitivo que circulaba ligado a la oralidad? Indaguemos un poco más sobre esta relación.

23 Ver Barrero García (1993; 1995).

24 Ver Capítulo 1.

25 Cf. Gouron (1988a; 1988b).

1. *La escritura como representación*

Una larga tradición de historiadores que trabajaron sobre fueros ha señalado que el otorgamiento de los mismos por parte de la autoridad real o de algún señor local no agregaba nada al ordenamiento jurídico previo en la medida en que se trataba de confirmar un derecho ya existente en el lugar. El rey, el señor o el monasterio en el momento de dar fuero ponían por escrito el derecho que se encontraba vigente en el lugar y que se había transmitido de forma oral de generación en generación. Esta oralidad del derecho de la comunidad fue asociada, en términos generales, con la existencia en la región de un derecho consuetudinario basado en el derecho germánico. Como ya vimos, la tesis germanista sostenía que en León la caída de la monarquía visigoda y de su derecho había implicado el resurgimiento de un derecho germánico que ya se encontraba latente bajo el dominio de la *Lex Visigothorum* y que siempre se había resistido a ella (lo cual, según los germanistas, se vislumbraba en la existencia de un doble ordenamiento, uno para la población goda y otro para la hispano-romana). En la *impasse* entre la ley visigoda y el derecho romano emergería la costumbre deudora de un derecho antiguo de raíz popular: el derecho germánico. Si para León se hablaba, a pesar de la persistencia del *Liber*, de pervivencia de un derecho de matriz consuetudinaria, Castilla, región donde el *Liber* había dejado de aplicarse, al menos según los germanistas, era el paraíso de la costumbre. Decía Pérez-Prendes: “el derecho medieval castellano, cuyo objetivo primordial es el mantenimiento de la paz entre los miembros de la comunidad a la que rige..., es un derecho esencialmente consuetudinario”²⁶. Para un historiador clásico de esta corriente como Hinojosa, los fueros debían ser considerados como la plasmación escrita de un derecho consuetudinario preexistente. Así, el texto escrito del fuero era interpretado como representación de un orden jurídico consuetudinario que se encontraría latente²⁷.

Pero esta imagen de la escritura del fuero como concreción de una tradición oral no está presente solo en los germanistas. En efecto, el tópico de la cristalización mediante la norma de la experiencia que nace de

26 Pérez-Prendes (1989), 509. Idea presente en muchos otros historiadores del derecho de la Península como Sánchez (1929); Beneyto (1961); Gibert (1961); Gacto Fernández (1979).

27 Hinojosa (1919).

los hombres y de las cosas parece recorrer buena parte de los trabajos de historiadores y juristas. Tomemos algunos ejemplos. En principio, dos clásicos, uno de la historia del derecho en Italia, Paolo Grossi, el otro de la historiografía hispánica, Galo Sánchez. Nos dice el primero:

“He aquí cómo debemos observar al derecho medieval: como una gran experiencia jurídica que alimenta en su seno una infinidad de ordenamientos, donde el Derecho –antes de ser norma y mandato– es orden, orden de lo social, motor espontáneo, lo que nace de abajo, de una sociedad que se autotutela ante la litigiosidad de la incandescencia cotidiana”²⁸.

Como ya reseñamos en más de una oportunidad en este trabajo, para Grossi el derecho en la Edad Media fluye y emana de las cosas, está inscrito en las cosas mismas. No existe distancia entre el hecho y el derecho, pues en esta versión romántica el hecho es en sí mismo derecho, el hecho por su fuerza intrínseca es derecho, fuerza que le permite “incidir de forma duradera sobre la experiencia”²⁹. Hecho, derecho y experiencia se hallan anudados, dado que, según Grossi, en el derecho medieval es imposible hablar de uno sin hablar del otro. El hecho con su capacidad de provocar efectos duraderos en la experiencia cotidiana del hombre se transforma en derecho³⁰.

28 Grossi (1996), 54.

29 Grossi (1996), 75. La idea de “experiencia”, noción potente en el argumento de Grossi, ha sido revisada críticamente por Scott (1991). La creencia, sostiene la autora, en que la experiencia es la relación no mediada entre las palabras y las cosas recae en un enfoque naturalista que desconoce que las categorías de análisis son siempre contextuales, disputadas y contingentes. La experiencia, por tanto, no es ni evidente, ni clara, ni directa, está siempre mediada por una interpretación.

30 Vale la pena advertir que entre los juristas medievales, sobre todo en los comentaristas, era frecuente un adagio que hacía nacer el derecho del *factum*. “*Ex facto oritur ius*”, aforismo que partía del comentario de un texto de Alfeno (D. 9, 2, 52, & *in clivo Capitolino*) que remitía a la idea de que en la *causa* misma se encontraba la solución de derecho (*Respondi in causa jus esse positum*). Una primera aparición de esta idea se encuentra en la Glosa Acursina, pero mucho más cercana al espíritu del comentario del jurisconsulto romano ya que hacía referencia a la relación del *factum* con la *causa*: “*vel causam dicit factum ipsum, cum quo ius est implicitum*” glosa *In causa*. Se encuentra en su versión definitiva en Bartolo y en Baldo (Baldo de Ubaldis, *in priman Di. Veteris partem Comentaria*, Venecia, 1599, fol. 320v: “*In clivo. Nota quod ius ex facto oritur, et quod ius est implicitum facto*”). Como se ve los comentaristas modificaron la glosa acursiana eliminando la *causa*, dejando en su lugar al *factum*. Sin embargo, los especialistas

La norma jurídica se encuentra latente en el mundo; los doctos a través de la escritura se encargan de sacarla a la luz utilizando los recursos de su saber. Galo Sánchez al analizar la constitución de los derechos territoriales en la vieja Castilla pone de relieve cómo se constatan en dicho proceso dos estrategias diferentes pero complementarias de la práctica jurídica: en primer lugar, el redactor fija por escrito una norma latente en la “vida consuetudinaria”; en segundo lugar, la convierte en norma abstracta³¹. Escribir la norma no significa crearla sino hacerla pasar del plano de la experiencia rústica de la oralidad al de la sofisticación de la escritura.

Esta forma de abordar la escritura de la norma hace cuerpo con la idea de que la escritura es la expresión de una verdad ya constituida que la precede, mera repetición del habla o de las cosas³². Desde esta perspectiva la escritura hace lazo entre las palabras y las cosas bajo el modo de la representación. Como señala de Certeau se trata de una escritura pensada como “instrumento que permite retener las cosas en su pureza”³³. De allí que, como dice el autor, a partir de esta concepción “el lenguaje oral espera para hablar que la escritura lo recorra y sepa lo que dice”³⁴

Oralidad y escritura se presentan, entonces, como dos momentos distintos pero consecutivos de la norma. La escritura representa, plasma, unas experiencias jurídicas que se transmitirían de generación en generación en el estado de inocencia de la oralidad. Como ya se habrá advertido, este esquema evolutivo se adecua sin dificultad al modelo de las dos edades de la costumbre, la primera caracterizada por un derecho consuetudinario en estado de oralidad, la segunda en la que a través de la escritura se cristaliza lo que era del orden de la práctica.

han resaltado que generalmente “*factum*” en los juristas medievales refería a una realidad jurídica que no podía ser encuadrada en el sistema existente. *Ius* refería generalmente al *ius commune*, mientras se consideraba “*factum*” a los derechos particulares, es decir al *ius proprium*. Nunca se trataba del hecho o de la cosa en estado de naturaleza, sino de un “hecho jurídico” que no tenía valor universal. No estamos por tanto frente a un derecho que nace de la cosa, entidad extra discursiva, sino a un derecho que distingue en su propio interior entre “*ius*” y “*factum*”. Ver Rotondi (1980); Prosdocimi (2001), 11; Cesarini Sforza (1930), 87.

31 Sánchez (1929).

32 Ver Derrida (1998).

33 de Certeau (1993), 211.

34 de Certeau (1993), 204.

2. La escritura como práctica instituyente

En varios apartados de este libro hemos tratado de realizar una revisión crítica de estos planteos que ven en el discurso jurídico un mero agente cristizador de hechos y prácticas que se crean, transcurren, funcionan, en definitiva, que *existen*, en un registro diferente al del discurso jurídico: el registro de lo social, el de lo económico, etc. Esta perspectiva, que en el primer capítulo habíamos llamado instrumentalista, ve en el discurso jurídico la fuente en la que abreva el conocimiento de la realidad. Realidad extradiscursiva de la que es parte constitutiva la costumbre, en tanto práctica que se transmite oralmente de generación en generación y que la escritura del fuero vendría a plasmar. Ahora bien, como intentamos mostrar en los capítulos que integran la primera parte de este libro, la costumbre comenzó a existir en los fueros cuando se produjo la invención del concepto y no a partir de la simple constatación de una realidad exterior al discurso. El derecho romano canónico construyó la regla jurídica que instituyó las pautas para que un tipo de regularidad se instituyera como norma. Fue necesaria la existencia del concepto para que mediante la nominación el fuero pudiera instituir a un conjunto de prácticas como prácticas jurídicas normativas. El fuero escrito no cristaliza lo que está invisible sino que hace visible lo nuevo. Lo escrito “hace lazo entre las palabras y las cosas”, pero no porque, como dice Grinberg³⁵, la naturaleza del lazo sea identitaria, como si la escritura simplemente representara de forma visible la lengua hablada o la cosa presentada, sino porque como ya planteamos en el capítulo anterior, la palabra crea la cosa de la que habla. No se trata de un lazo representativo sino performativo³⁶.

Pero la duda vuelve a aparecer cuando leemos los preámbulos de algunos fueros en donde el dador considera estar otorgando una normativa que se encuentra vigente desde la época de su abuelo. ¿No estamos frente a una costumbre oral que se viene transmitiendo y que en algún momento la escritura del fuero sistematiza? Analicemos nuevamente la introducción del Fuero Latino de Sepúlveda:

“Yo Alfonso el rey y mi esposa Inés, nos place desde nuestra propia buena voluntad, y confirmamos a Sepúlveda su foro que tuvo en tiempo de mi abuelo y en tiempo de los condes

35 Grinberg (2006), 56.

36 Austin (1962) ; Thomas (1999).

*Fernán González, y del conde García Fernández y del conde señor Sancho, que fue en aquel tiempo, de sus términos así como de sus juicios y de sus placitos y de sus pignoras, y a sus pobladores, y de todos sus fueros que tuvieron antes en tiempo de mi abuelo y de los condes que aquí nombramos”*³⁷.

Este preámbulo advierte sobre la relación de este fuero con otros anteriores. Se trata de confirmar un fuero que había en Sepúlveda en tiempos del abuelo del rey Alfonso VI y de los condes. Nada en la escritura de este fragmento hace referencia a una costumbre previa, cuestión que ya vimos cuando lo analizamos en el capítulo 2. El fuero remite a otros fueros que bien podrían haber estado escritos y haberse perdido por los avatares del tiempo y que la comunidad reproduce oralmente. Pero, por otro lado, y esto es clave para nuestra perspectiva, no debemos dejar de tener en cuenta que quien construye un pasado para el fuero que se está otorgando es el propio fuero o, mejor dicho, aquel que lo está escribiendo y otorgando. Es el texto el que prescribe cuáles son sus condiciones de elaboración; la escritura, en definitiva, fija e impone sus propias condiciones de producción: lo que se escribe ya estaba presente en un pasado anterior. Esta idea de que el derecho no se produce sino que se descubre está muy atada a la forma en que los hombres pensaban el derecho en la Edad Media. En el mundo medieval la antigüedad era un rasgo legitimante: toda conducta buena era antigua y toda conducta antigua era buena y justa por naturaleza. Como sostiene Guriévich, en la orientación hacia lo antiguo el hombre medieval veía una virtud particular, encontraba allí un valor moral a seguir. Frente a lo antiguo y tradicional, lo nuevo provocaba desconfianza. Por lo tanto, la tarea de aquel que legislaba no era elaborar leyes nuevas sino hacer una selección en el derecho antiguo: “el derecho no podía ser objeto de innovación, existía desde el comienzo de los siglos... El derecho no se elaboraba *ex novo*, sino que se lo buscaba y se lo encontraba”³⁸. Lo mejor era, entonces, para imprimirle autoridad a un ordenamiento jurídico que se estaba otorgando, construir un pasado

37 Sáez Sánchez (1991), 3: “*Ego Adefonsus rex et uxor mea Agnes. Placuit nobis ex propria nostra bona voluntate, et / confirmamus ad Septempública suo foro quod habuit in tempore auoli mei et comitum Fredenando Gonzaluez, et García Fredinandiz et dono Sanctio quod fuit in / tempore illorum, de suis terminis sive de suis iudiciis uel de suos placidos aut de suas pignoras et de suos popularios et de totos suos foros quod fuerunt / ante in tempore auoli mei quos hic nominamus*”

38 Cf. Guriévich (1990), 193. Ver también Ascheri (2000).

para ese derecho nuevo. El recurso al escrito se presenta, pues, como la afirmación de una continuidad entre el ayer y el mañana, inscribiendo el contenido del texto en la tradición³⁹. El proceso de puesta por escrito va de la mano de la invención de una tradición, como vimos en el capítulo 5.

Invención de un pasado, institución de un presente. La capacidad del fuero de dar memoria, como ya argumentamos, sería una de las claves para observar esa capacidad performativa. Otorgar memoria a los habitantes de un lugar es una operación mediante la cual se ponen las condiciones para la existencia de la comunidad de habitantes, consideración que implica una revisión del problema del papel de la memoria y la transmisión oral de la norma, que habitualmente se piensa en clave antropológica: desde esta nueva perspectiva, la existencia o no de una norma de transmisión oral previa a la puesta por escrito del ordenamiento jurídico tiene poca importancia, ya que lo que cobra fuerza en la interpretación es la capacidad del texto foral de *otorgar* memoria. Como vimos en los fueros breves de León, el otorgamiento de esa memoria estaba ligada a la utilización de las expresiones *usus, mos y consuetudines* que producía como efecto la instauración en un determinado sitio, en una determinada tierra, de un conjunto de prácticas como si se tratase de prácticas ancestrales.

Esta línea habilita la posibilidad de pensar una idea de memoria diferente a la de las miradas románticas sobre el tema. Aquí la memoria no es recuerdo previo que se transmite de generación en generación de forma oral sino lo instituido a partir de la escritura del fuero que inaugura a partir de ese momento una tradición. Así pensada, la escritura no opera como agente cristizador de un hacer desplegado a partir de la oralidad sino como práctica que otorga sentidos nuevos. Escribir no es develar sino significar.

Si escribir la norma es crear mundo, lo oral no se presenta entonces ni como etapa previa a la escritura de la norma ni como su opuesto. Esta imagen “genetista” y binaria de la relación entre lo oral y lo escrito es deudora de las elaboraciones hechas en sociedades predominantemente escriturísticas. Ahora bien, ¿cuál es la eficacia estrictamente medieval de la escritura? Los hombres de la Edad Media se preocuparon por justificar la puesta por escrito de los textos normativos locales. Los preámbulos de los fueros están plagados de argumentos que buscan explicar el por qué de esta escrituración, fuente riquísima para indagar qué significa escribir en el Medievo.

39 Morsel (2006), 6.

III. LA ESCRITURA DE LA NORMA EN LA EDAD MEDIA

Como ya señalamos, para fines del siglo XI la política de puesta por escrito de los ordenamientos jurídicos locales se transformó en una práctica extendida en la Península. Otorgar fueros, cartas pueblas o privilegios devino una de las actividades centrales de los poderes feudales. Ya fuera para atraer población a una puebla nueva en el marco del proceso de la “reconquista”, ya fuera para establecer las obligaciones que una comunidad le debía a su señor, monarcas y señores feudales se empeñaron a partir de este momento en poner por escrito los ordenamientos.

Los preámbulos de los fueros recogen hasta el cansancio los argumentos que parecen inspirar esta operación escriturística. En el fuero otorgado por la reina Sancha a Valdesaz de los Oteros en el año 1064 encontramos la idea de que la memoria de los hombres es lábil y que por lo tanto es necesario traducir a la página lo que no se debe olvidar: “*Quia labilis est memoria hominum et quod fidato traditur obliuioni dignum est, ut quod euo debet manere perpetuo roboratur fortitudinis scripto*”⁴⁰.

Se expone aquí una justificación que se hará verdaderamente popular a partir del siglo XII en la mayoría de los fueros: la escritura como herramienta privilegiada en la lucha contra el olvido. Lo mismo se observa en el siguiente texto:

“Los hechos que no son trasladados a la página fácilmente se escapan de la mente humana. *Notorio sea a todos los oyentes, tanto presentes como los venideros, que yo el conde Froila con mi mujer la condesa Sancha os damos para siempre esta carta a vosotros los hombres que habitais en la villa denominada Cifuentes, tanto presentes como futuros, para que cada uno conozca el fuero que debeis hacernos en la mencionada villa*”⁴¹.

El argumento es sencillo: la memoria es escurridiza y precaria; por el contrario, la página escrita asegura el conocimiento de lo otorgado tanto a los habitantes actuales de la comunidad como a los por venir. La

40 “*In nomine nostri Ihesu Christi, ame. Quia labilis est memoria hominum et quod fidato traditur obliuioni dignum est, ut quod euo debet manere perpetuo roboratur fortitudinis scripto; idcirco ego Sancia regina legionensis do vobis hominibus de Ualde Salze bonos foros propter amorem Dei et pro redemptionem anime mee et parentum meorum et animabus illorum*”, *FRL*, II, p. 33.

41 Fuero de Cifuentes de Rueda, dado por el conde Froila y su mujer Sancha en 1198, *FRL*, II, p. 167.

escritura se presenta como el lugar de la resistencia contra el olvido, como recurso frente a la precariedad del mundo. Por esta razón Zimmermann habla de una justificación escatológica para la puesta por escrito ligada a una nueva concepción de la historia y del mundo⁴². La memoria es lábil, la mente del hombre frágil y cae en las redes del olvido; de allí que sea un imperativo moral y social, más que jurídico, dejar constancia escrita de las acciones humanas.

Es, en definitiva, el carácter durable de la escritura como soporte de la memoria lo que es reivindicado en estos protocolos. Nuestras fuentes señalan que se escribe tanto para los presentes como para los futuros habitantes a fin de que todos conozcan el fuero. Es habitual interpretar la relación escritura-“conservación” presente en estos documentos bajo paradigmas contemporáneos en los cuales oralidad y escritura se oponen. En general, estas interpretaciones asocian la escritura a la idea de progreso y de racionalidad; y sobre todo existe una tendencia a abordar la escritura en tanto proceso cognitivo: racionaliza la norma, la da a conocer y establece claramente la diferencia entre dominantes y dominados⁴³. Esta visión instrumental y funcionalista de la escritura le debe mucho a los trabajos que desde la arqueología o la antropología pensaron el problema del nacimiento del Estado en las sociedades primitivas, entablando la ya clásica relación entre escritura y aparición de las primeras formas estatales. Los ilustres investigadores Gordon Childe y Levi-Strauss son ejemplos de esta visión que Morsel denomina funcionalista, en donde la escritura es pensada como un elemento de consolidación del poder político y de la dominación: para Childe, la escritura tiene eficacia en tanto dispositivo de registro y codificación a la vez que induce un preciso efecto discriminante entre minoría que conoce las reglas y mayoría que se subordina; para

42 Cf. Zimmermann (2003), especialmente, tomo I, 19-22, páginas dedicadas a una reflexión sobre la relación entre escritura y memoria. En su estudio de cartas y documentos escritos en la región de Cataluña se evidencia un cambio notable a partir del siglo XII. Si hasta ese momento la exigencia de la escritura estaba siempre asociada a la evocación de la ley gótica, desde los primeros años del siglo XII se da paso en la documentación a justificaciones que ponen el acento en la capacidad que tiene la escritura de perpetuar los actos. Este cambio, según Zimmermann, se vincula con una nueva concepción del tiempo y del mundo que es básicamente escatológica; que se oponía a la antigua idea profana del tiempo y que se encontraba en uso desde hacía ya tiempo en las comunidades monásticas.

43 Para una crítica en profundidad de estas perspectivas ver Morsel (2006; 2008a).

Levi-Strauss, la escritura se presenta como mecanismo que favorece la explotación de los hombres. Afirma en *Tristes Trópicos*: “Si mi hipótesis es exacta, hay que admitir que la función primaria de la comunicación escrita es la de facilitar la dominación”⁴⁴.

Esta interpretación de la escritura, que hace de la misma una tecnología que permite acrecentar el poder de los dominantes –un instrumento que “facilita” la dominación, como si la escritura fuera un elemento neutro exterior a la sociedad misma y apropiada posteriormente por los dominadores en la busca de sus objetivos-, es un punto neurálgico de la crítica realizada por Morsel:

««Diaboliser» l’écriture ne sert à rien, ni même en faire intrinsèquement un facteur de domination, mais il reste à comprendre comment l’écriture peut être efficace dans les processus de domination –non pas «en plus» de la domination factuelle, mais *au sein* du processus de domination. Ceci s’oppose donc à une argumentation en termes de «favoriser» et «faciliter», qui postulent une extériorité et postériorité de l’écriture sur l’asservissement. Même si l’on Ahmet l’usage de l’écriture par les dominants, y compris au Moyen Âge, cela n’explique en rime en l’efficacité de l’écriture du point de vue des dominants comme par rapport aux dominés (que l’on ne fait pas obéir à coup de livres...)»⁴⁵.

Suele leerse también, como indicamos al inicio del capítulo, esta reivindicación de la escritura como paso fundante en el proceso de racionalización de la sociedad occidental y como cambio cognitivo. La escritura se instala así en una dimensión completamente opuesta a la de la oralidad reducida a un derecho primitivo, rudimentario y consuetudinario. Sin embargo, a diferencia de la nuestra, la sociedad medieval no consideraba la escritura y la oralidad como prácticas opuestas. En ella la escritura se ligaba y adquiriría sentido en tanto vinculada a la dimensión oral. Recordemos que en los preámbulos lo que queda enfrentado a la escritura no es la oralidad sino el olvido. Es habitual que se haga referencia a la dimensión auditiva, tanto del que enuncia el fuero: “*hanc kartam quam fieri jusimus et legendo audiuimos roboramus*”, como del que lo recibe: “*Connoszuda cossa sea a todos los homes que esta carta vieren e oieren tambien a los que seran como a los que son...*”⁴⁶. El escrito adquiere significación en

44 Lévi-Strauss (1988), 324.

45 Morsel (2006), 9.

46 Mome Pérez y su mujer Tota Pérez venden en 1276 al monasterio de Herrera la heredad que tenían en Ternero, tomado de López De Silanes y Sáinz Ripa (1985), p. 77.

tanto su producción y su circulación están vinculadas a la oralidad. Martín Irvine ha señalado en esta misma línea que en la Edad Media un texto deviene un texto propiamente dicho cuando es producido oralmente por un lector, pensado como un texto para ser oído y no como una materialidad que preexiste a su articulación vocal⁴⁷. La escritura adoptaría una significación ambigua o, mejor dicho, se trataría de una materialidad precaria (que lo es solo en la medida en que pensamos el binomio escrito/oral desde nuestro presente)⁴⁸. A. Guerreau-Jalabert y J. Morsel han llamado la atención sobre esta cuestión respecto de las Sagradas Escrituras en la Edad Media: la palabra de Cristo es pensada como palabra oral y al mismo tiempo transmitida por escrito⁴⁹. Según estos autores, estamos frente a una escritura sacralizada en tanto guarda una relación intrínseca e indisoluble con el Verbo⁵⁰.

La relación entre escritura y poder en esta aproximación se historiza: si bien la relación entre escritura, ley y poder atraviesa toda la historia de las sociedades humanas complejas, este lazo no es invariable o automático en todos los contextos culturales⁵¹. Esto hace necesario indagar en dónde reside la eficacia social, simbólica específica de la escritura en la Edad Media.

Si volvemos a los fueros, la dimensión auditiva no es la única vinculada a la escritura, es común también en los preámbulos una fuerte referencia a la visibilidad. Leemos con frecuencia “todos aquellos que esta carta vieran”, “escribimos esto para que sea visto y oído”⁵². La cuestión de la materialidad se presenta nuevamente en esta correlación planteada por la documentación entre palabra escrita y visibilidad. Las cartas forales, no

47 Irvine (1994), 44 y 69-70.

48 Si seguimos las reflexiones de Kuchenbuch (2002), 145, cabe recordar que la noción de “materialidad” es relativamente reciente y tiene origen en las teorías de la recepción y de los medios. Por tanto, para el autor el carácter “instrumental” de los mensajes escritos, pintados o sonoros que el concepto conlleva es ajeno a la Alta Edad Media.

49 Guerreau-Jalabert (1997).

50 Ver Morsel (2006). Sobre el proceso de sacralización de la escritura y del libro ver Petrucci (2002).

51 Ver Clanchy (1999), 14.

52 Pretel Marín (1974), p. 136: “*Sepan todos los que esta carta vieran como yo, Don Fernando por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de Toledo, e de Leon, de Gallizia, de Seuilla... enbie mis cartas a los concejos e a los bonos omnes*”. Delgado Merchán (1907), p. 355: “*Conocida cosa se a todos los homes que esta carta vieren como Yo D. Alfonso...*”.

solo serían textos que comunican un mensaje, sino que adquieren a partir de este vínculo con lo visible, el valor de objeto simbólico cuyo objetivo es ser visto por aquellos que lo reciben, o por aquellos que compiten con quien lo otorga. Prestemos atención nuevamente al inicio del fuero de Cifuentes de Rueda otorgado por la reina Sancha: “*Los hechos que no son trasladados a la página se escapan fácilmente de la mente humana*”. De lo que se trata es de trasladar a la página en blanco, de hacer visible con unas líneas, con unas letras o grafía aquello que puede escapar a la mente. Así pensado más que de un texto estamos frente a la escritura como imagen, como objeto gráfico.

Desde aquí podría reinterpretarse el pedido constante por parte de las comunidades de puesta por escrito de sus privilegios o de confirmación de los que ya poseen: obtener un fuero escrito adquiere importancia no porque la escritura tenga un valor legal en sí mismo (esto se evidencia en lo pedidos recurrentes de reconfirmación de cartas y fueros ya otorgados) sino porque se trata de un objeto simbólico que torna visible la palabra. Esta sería la garantía dada por la palabra escrita y en esto radicaría tal vez la eficacia específica que posee en la sociedad medieval. La escritura tendría un valor performativo en tanto representación, *imago* del yo que enuncia⁵³. Morsel señala que el documento escrito, por su materialidad – subrayada por el sello- confiere al que ha dicho “Yo” en el texto una presencia nueva desde que el documento es leído públicamente, en voz alta y literalmente. La escritura en el imaginario medieval es representación del poder en tanto lo vuelve visible legitimando la fuerza que ese poder tiene de hecho. Cada vez que el documento escrito es leído hay producción de poder simbólico en provecho de quien lo da a leer y en detrimento de quien lo escucha o lo ve. Esta sería para Morsel la condición de posibilidad de las religiones de Libro: toda lectura del texto sagrado vendría a reforzar la dominación simbólica. Se trataría entonces de una apropiación de la fuente del poder simbólico más que de una simple uti-

53 En relación con esta cuestión plantea Morsel (2006), 20: “Leon-Battista Alberti, dans son traité *Della Pittura* (1436), traitait ainsi de « force divine » le pouvoir de représentation de la peinture – et l’on devrait donc en dire tout autant de celui de l’écriture médiévale. Et si le prince-mécène a pris sous sa coupe le pouvoir d’*imitatio dei* du peintre, pourquoi ne se serait-il pas arrogé celui des scribes ? En fin de compte, en prenant au sérieux l’absence de séparation sémiotique et le sens médiéval d’*imago*, on devrait en conclure que le document écrit n’est pas autre chose qu’une *image*, c’est-à-dire une représentation de celui qui « parle »”.

lización de una técnica neutra en sí en provecho de dominantes y como estrategia de transmitir órdenes. Ahora bien, esta posibilidad de dominación simbólica ya existe en la sociedad en cuestión, no estamos, entonces, frente a la existencia de una etapa “pre escritural” (tradicional/oral) sobre la cual vendría a montarse de manera exógena el uso de la escritura, sino de un uso específico de la misma en el seno de una sociedad en donde las relaciones de dominación se encuentran configuradas en relación con ella siguiendo el modelo de las Escrituras⁵⁴.

Recapitulemos, dijimos que para explicar el énfasis empleado en la puesta por escrito no alcanza con la aplicación mecánica de la tesis que vincula la escritura con los procesos de dominación. Por otro lado, sería un error aplicar el binomio escrito/oral a la Edad Media en tanto que como vimos la palabra escrita se produce y circula en relación con la audición, es decir con la dimensión oral, y también con la visibilidad. La expresión “esta carta que oímos roboramos” podría sintetizar claramente la relación trazada entre oralidad-palabra escrita-visibilidad. “Hacer la robra” indica hacer una escritura –que puede ser el fuero mismo o la firma- pero la palabra utilizada, robra, remite al objeto (vaca, perro, trigo, vino) que en las ventas o transferencias el comprador debía entregar al vendedor al mismo tiempo que el monto estipulado de la venta. En este caso el objeto que hace visible el intercambio es la carta foral. El objeto gráfico materializa lo que se ha dicho al oído; aun cuando esa materialización es como habíamos dicho “precaria” porque su circulación es también oral. Tal vez abusando un poco de las generalizaciones, se podría poner en relación este vínculo entre el oído y la materialización de la palabra escrita con las imágenes que ligan la traducción de la Biblia a la *Inspiratio* divina (por ejemplo, la inspiración divina de san Jerónimo traduciendo la Biblia es representada por una paloma posada en su hombro y hablándole al oído⁵⁵). Morsel plantea que esta permutación entre oral y material se construye en la Edad Media sobre el modelo de la encarnación concebida como materialización del verbo divino⁵⁶. En la misma línea, Ruiz García muestra el

54 Morsel (2006), 10.

55 Morsel (2006), 28, n. 65.

56 El autor remite aquí a las representaciones iconográficas de la encarnación del Verbo bajo la forma de sopro de Dios a través de una especie de trompa que llega a la oreja de María. Motivo “neumático” que se encuentra presente por ejemplo en torno de 1100 en Francia en el sacramentario de Saint-Étienne de Limoges. Cf. Morsel (2006).

modo en que diversos pasajes de la Biblia contribuyeron a fijar esta idea de la escritura como encarnación de la *vox Dei*⁵⁷. En primer lugar, el fragmento del Éxodo en donde Yahveh entrega a Moisés las Tablas de la Ley:

“Cuando [el Señor] acabó de hablar con Moisés en el monte Sinaí, le dio las losas de la alianza; losas de piedra escritas por el dedo del Señor... Las losas estaban escritas por ambos lados, por delante y por detrás; eran hechura de Dios y la escritura era escritura de Dios grabada en las losas” (Ex. 31, 18 y 32, 15).

A partir de esta cita la transmisión del mensaje divino se significó en lo sucesivo mediante la entrega del libro. En algunas situaciones incluso para incorporar el saber se recomendada la deglución del mismo, como por ejemplo en el Antiguo Testamento cuando Dios le aconseja a Ezequiel comerse el rollo que le está otorgando. El tercer ejemplo citado por Ruiz García, es del *Apocalipsis*, cuando Juan es incitado por la voz del cielo a comerse el libro de manos del ángel. De este modo la producción gráfica es sacralizada, en tanto expresión de la voluntad divina, *vox Dei*. Dios a través del libro le habla a los fieles, de allí que el carácter oral del marco conceptual en el texto bíblico, incluso en las secciones epistolares, sea abrumador⁵⁸.

¿Cuál sería entonces, después de todas estas aclaraciones, la eficacia activa de la escritura para que el traslado de los hechos a la página escrita se vuelva una operación necesaria para el ejercicio del poder? Morsel diría que a través de la escritura/imagen en la Edad Media el poder se hace visible. Esta visibilidad⁵⁹ no sería solamente un recurso para la sujeción de los dominados sino fundamentalmente una estrategia respecto de los poderes en competencia. De allí la presencia en estas cartas de fórmulas conminatorias que penalizan a quienes intenten violarlas. Estas cláusulas penales contemplan casi siempre una amenaza de carácter religioso o espiritual de naturaleza muy diversa (maldición eterna, condenación en el infierno, exclusión de la comunidad religiosa, etc.), penas corporales de claras reminiscencias bíblicas (privación de la vista, la lepra de Giezi⁶⁰,

57 Ruiz García (2002).

58 Ong (1967), 176-191.

59 En realidad, no hablaría de visibilidad sino de visibilización.

60 Giezi, el personaje bíblico condenado a padecer lepra por haber cobrado por un milagro realizado por el profeta, es una presencia habitual en las fórmulas conmina-

entre otras) y otras de carácter económico. El fuero antiguo de San Pedro de la Dueñas otorgado por la abadesa Mayor Díaz y el prior Pedro León es un buen ejemplo:

“ Si alguno, tanto de los señores como de los vasallos, se alzase para quebrantar esta carta del fuero, en primer lugar sea privado de las dos luces de la frente y sea tragado vivo por la tierra como Datán y Abirón, padezca las penas del infierno con Judas que entregó al Señor”⁶¹.

Muchas de estas fórmulas conminatorias que encontramos en buena parte de los diplomas legionenses suelen estar ya presentes, en algunos casos con variantes, en formularios redactados en época temprana con el fin de proporcionar modelos que debían seguir los notarios encargados de redactar cualquier tipo de documento, tal es el caso de las llamadas *Formulae Wisigothicae*⁶². De hecho, algunos de los elementos de las fórmu-

torias de los documentos medievales. Suele ser ejemplo moral de castigo a avaros y codiciosos, y, en muchas oportunidades, aparece citado junto a otros personajes funestos en la tradición exegética medieval como Judas, Caín, Datán y Abirón, etc. La referencia a Giezi se encuentra incluso en *Novella 8 (Jusiurandum)*: “*Si vero non haec omnia servavero, recipiam hic et in futuro saeculo in terribili iudicio magni dei domini et salvatoris nostri Jesu Christi et habeam partem cum Iuda et lepram Giezi et tremorem Cain, insuper et poenis, quae lege eorum pietatis continentur ero subiectus*”. Cf. Manchón Gómez (2001); Morin (2004).

61 *FRL*, II, p. 146. Ver también fuero dado por Alfonso VI a los clérigos de la ciudad de Astorga, *FRL*, II, p. 44: “*Quod si quisquam vel cujuspiam hanc nostram devotionem quod nos disposuimus, tam pro animae meae, quam etiam pro animae parentum meorum... sit anatema in conspectu Dei Patris Omnipotentes et Filii et Spiritus Sancti. Sit etiam in conspectu Angelorum ejus et Martyrum anathema maranata, id est, duplici confusione damnatus, ut de hoc saeculo sicut Datam et Abiron vivus térrea absorbeatur...*”. Estos mismos anatemas se encuentran presentes en otras colecciones documentales, como la de la catedral de León, en del Ser Quijano (1981), p. 183: “*Si quis uero aut si qua femina de genere meo aut de alio aliquo hoc scritum uiolare temptauerit, sit excommunicatus et a liminibus Sancte Matris Ecclesie separatus, et cum Dathan et Abiron, qui terra uiuos absoruit, et cum Iuda traditore in inferno inferiori sine fine cruciatus...*”. Este modelo se repite en la donación recogida por del Ser Quijano (1981), p. 149. Y también en el fuero de Calatrava concedido por Alfonso VII en 1147 (citado por Alvarado Planas [1995], 139). La ira de Dios frente a la violación de la carta está presente asimismo en la documentación de la catedral de Segovia; cf. Villar García (1990). Ver, ente otros, Pretel Marín (1974).

62 Cf. Bastardas (1960), 270-271; Manchón Gómez (2001). Véase también Pérez González (1999).

las conminatorias de los fueros de León ya están presentes en ellas⁶³. Pero la existencia de estos anatemas, como sabemos, no es una peculiaridad del mundo hispánico; por el contrario, se trata de una práctica muy común hasta el siglo XII en la sociedad feudal en su conjunto⁶⁴. Dice Zimmermann que el infractor es doblemente culpable, frente a los hombres pero también respecto de Dios, y por eso su falta es asimilada a un sacrilegio y se le aplican penas espirituales⁶⁵. Reaparece una idea delineada ya un poco más arriba: la palabra escrita no debe ser violada porque para los hombres del Medioevo representa el Verbo, porque es imagen del mismo.

La inclusión de estas sanciones bíblicas evoca de alguna manera, en el marco del cristianismo, el carácter sacrosanto que tenían las leyes en Roma. En el caso romano las leyes eran “santas” en tanto estaban marcadas por un interdicto de violación. Plantea Yan Thomas que un tratado es *sacrosantum*

“... no porque es instituido por un juramento sino porque gracias a la interposición de un juramento, se instituye que, si alguien lo viola, expiará con su muerte. La sanción de la sacralidad, es decir, el abandonarse a la venganza divina y la garantía que esta confiere, es esto lo que produce en su origen el acto de *sancire*”⁶⁶.

Volveremos sobre estos anatemas un poco más adelante.

La importancia de disponer de un documento escrito se vuelve crucial en estos siglos para los poderes locales, y también para las comunidades: es necesario contar con el testimonio escrito del fuero recibido o probar su concesión por otros medios⁶⁷ para proteger los privilegios o buenos fueros obtenidos. Los reyes en algunas ocasiones confirman los buenos fueros que los vecinos juran haber recibido de un antepasado remoto, generalmente se trata de un rey famoso; pero en otras no es tan crédulo. Existen casos de vecinos que no logran ver confirmados los buenos fueros a los que aspiraban, pese a presentar carta escrita de los mismos, pues se

63 Como por ejemplo la referencia conjunta a Datán y Abirón los personajes bíblicos que se rebelaron contra Moisés y fueron tragados vivos por la tierra.

64 Ver Zimmermann (1974); Little (1979).

65 Zimmermann (1974), 55.

66 Thomas (1999), 208-209.

67 Como lo muestra el fuero de Barbastro de 1115, en donde *tres bonos barones* que dicen haber visto el privilegio que el rey Pedro le hizo a los hombres del lugar deben probarlo frente al rey Alfonso. Cf. Muñoz y Romero (1847), pp. 453-479.

encontró la carta “*enmendada e entreliniada en lugares sospechos et de dos manos porque semeja que non debíen valer*”⁶⁸. Los dominados conocen el poder de la escritura y por eso exigen la puesta por escrito de sus privilegios, pero también saben que el *documentum*, el escrito, no tiene valor sin una *auctoritas* que lo legitime. De allí el permanente reclamo de confirmación, sea por los sucesores de aquel que lo concedió, sea a través de sentencias judiciales, etc. Fuerza y debilidad del escrito, como ya ha señalado Clanchy⁶⁹, el escrito no tenía ningún valor por sí solo; la comprobación por el peso que tenían los testimonios orales era lo que lo hacía verdadero y no al revés. Al final de cada fuero hallamos la detallada lista de aquellos testigos que estuvieron presentes y que confirman el acto de otorgamiento del documento. Aparecen también otros elementos corroborativos mediante los cuales se certifica que el *documentum* ha sido elaborado siguiendo los formalismos requeridos: frases que demuestran que el dador del fuero efectivamente ha dado la orden de que se ponga por escrito (“*mandé dar esta mi carta o hanc chartam fieri iussus*”); la presencia del sello (“*confirmamos et signum in ea scribi iussimus, signo*”); el establecimiento de la *robra*.

El carácter sacralizado de la escritura se reafirma en los fueros con la referencia a su función redentora⁷⁰. Tanto en los protocolos iniciales como en los finales de los fueros de León encontramos distintas formas de expresar esta idea siendo el sintagma más frecuente “*ob remedium anime mee et parentum*”. En el fuero de San Pedro de las Dueñas se lee: “*hanc autem seriem scripture facimus uobis, in primis propter amores dei omnipotentis et pro remissione omnium peccatorum nostrorum*”⁷¹; y en el de Villarratel: “*In primis pro amore Dei et pro remedio animarum nostrarum et nostrorum parentum facimus kartulam de bono foro*”⁷².

68 González (1980), p. 398.

69 Clanchy (1979).

70 Sobre esta cuestión ver Miceli (2008).

71 Fuero concedido a San Pedro de las Dueñas por la abadesa Teresa en 1124, *FRL*, II, p. 53.

72 Fueros dados a Villarratel por la Condesa Sancha Ponce en 1169, *FRL*, II, p. 109. Ver también Carta puebla de Mansilla, *FRL*, II, p. 131: “*hanc autem donationem facio semper ualituram uobis populatoribus de Mansella et toti uestre generacioni ob remedium anime meae et parentum meorum...*”. Fuero dado por Fernando II a Lagos Babia en 1186, *FRL*, II, p. 137: “*Eapropter ego rex domnus Fernandus una cum filio meo rege domno Afonso, ob remedium anime mee et parentum...*”.

En primer lugar, es imprescindible poner en relación estos otorgamientos de cartas escritas o fueros con la expansión a partir del siglo XI de las donaciones *pro anima*, prototipo, según Eliana Magnani, de la documentación jurídica medieval. Si analizamos las cartas de donación en general podremos notar que esta estructura del don *pro remedio animarum nostrarum* se repite con frecuencia: “Yo, Doña Godo hija de García Arnúldez, según me place... por amor a Dios y por el remedio de mi alma y el de mis prientes, al infierno temiendo, al paraíso buscando dono y concedo...”⁷³.

Según la historiadora esta expansión de la *donatio pro anima* debe interpretarse bajo la lógica del modelo del don y contradon, pero cristianizado. En la antropología cristiana medieval la eucaristía era el prototipo de la relación de don y contradon ya que Dios donaba al hombre todo, incluso a su propio hijo. Sobre este modelo se copió la lógica del don que atravesaba las diferentes prácticas sociales. Es precisamente en la cuestión de la limosna donde es posible ver claramente la relación ternaria que se establece entre Dios y el hombre teniendo a la Iglesia como mediadora. La explosión en torno del siglo XII de los documentos de donación por la salvación del alma, la propia y la de los parientes muestra, para Eliana Magnani, una juridización de la pastoral de la limosna. Siguiendo esta lógica, podríamos pensar que la donación del escrito tiene como correlato la redención en la medida en que opera aquí también la lógica del don y contradon.

Este carácter redentor de la escritura probablemente tenga también que ver con la característica que ley poseía en estos siglos de la Edad Media como maestra de las cosas de Dios. Ya en el *Liber Iudiciorum* (1.2.2) podemos ver a la *lex* como “*aemula divinitatis, antistes religionis*,

73 Garrido Garrido (1983), pp. 141-142, doc. 72, del año 1101: “*Ego, domna Godo, filia Garsie Armeldez, sicut placuit michi, bobo animo et caro consilio, nullius quoque cogentis imperio nec suadentis ingenio, neque per uim neque per metum neque per consturbato sensu, sed propter amorem Dei et remedium anime mee et parentum meorum, infernum timendo, paradisum conquirendo, dono et concedo omnem hereditatem meam ab omni integritate Deo et Sancte Marie burguensis sedis*”. El modelo se repite en Garrido Garrido (1983), p. 143, doc. 73, del año 1101, en el que Juan Miguélez y su mujer Juliana hacen donación a la iglesia de Burgos: “*Ego Iohanes Michael, et uxor mea, iuliana, propria nostra uoluntate, pro remedio animarum nostrarum et parentum nostrorum, damus ad honorem Beate Marie burguensis sedi et tibi, uenerabili patri, prefatis sedis episcopo Garsie, in nostra quinta illam uineam de calzada*”.

*fons disciplinarum, artifex iuris, bonos mores... magistra vital*⁷⁴. Esta idea es retomada en el *Fuero Juzgo* (1.2.2) de la siguiente manera:

*“La ley es por demostrar las cosas de Dios, é que demuestra bien bevir, y es fuente de disciplina, é que muestra el derecho, é que faze, é que ordena las buenas costumbres... é ama iustitia, y es maestra de virtudes”*⁷⁵.

Si la ley enseña las cosas que son de Dios entonces el acto legislativo es misericordioso porque guía al pueblo hacia una vida llena de virtudes y por esta misma razón engrandece y salva el alma de quien legisla. En los fueros que estudiamos se ha trazado una fuerte relación entre el acto legislativo y su puesta por escrito, de allí que la escritura adquiera también ese valor redentor presente en la tarea de legislar⁷⁶.

De la misma manera que la ley demuestra las cosas de Dios, el fuero muestra las cosas de reyes y señores, por eso es fundamental darlo a conocer, pero, sobre todo, es clave conservarlos. La lógica de la palabra escrita como conservación parece atravesar permanentemente las cartas forales, de allí que lo que puede hacer peligrar esas obras no sea tanto la oralidad como el olvido. Como vimos, el olvido parece ser en los preámbulos el enemigo a neutralizar⁷⁷.

Es evidente que la palabra escrita se valoriza socialmente en función de su capacidad de *hacer durar*, pero para que esto tenga impacto todo el mundo debe estar convencido del carácter efímero de la memoria, el olvido deviene entonces el gran fantasma. Morsel plantea que la amenaza contra el olvido constituye una condición *sine qua non* para la escrituración como fuente de poder simbólico fundada sobre la ausencia de respuesta posible al fuero y sobre la magia de la memorización escrita:

74 K. Zeumer, *Leges Visigothorum*, en *MGH, Legum Sectio I*, t. I, 1902 (citado por Pacheco [1995], 77).

75 *Fuero Juzgo en latín y castellano...*, Madrid, 1815.

76 Ver Guerreau-Jalabert (2000); Lauwers (2002); Magnani (2008).

77 Además los ejemplos ya citados ver el fuero dado a los burgueses de Sahagún por Alfonso VII y el abad Domingo en 1152, *FRL*, II, p. 73: *“Sicut in ovni contractu condiciones valere imperiales testatur autorictas, sic etiam iustitiae ratio exigit ut quae a Regibus, sive ab Imperatoribus fiunt scripto firmentur, ne temporum diuturnitate oblibioni tradantur”*.

“Tout se passe comme si ce n'était pas pour pallier le risque d'oubli que l'on a recouru à l'écrit, mais comme si c'était pour pouvoir recourir à l'écrit en tant que forme de domination symbolique que l'on a construit l'oubli en fantasme social collectif”⁷⁸.

Clanchy había planteado que los textos escritos en la Edad Media no inspiraban confianza, por eso fue preciso persuadir a la gente. La construcción del fantasma del olvido podría ser una estrategia en esta línea. Ahora bien, esta lógica de la conservación, a diferencia de la nuestra, no es una actitud hacia el pasado, sino hacia el futuro: se escriben los fueros tanto para los habitantes presentes como para los futuros. De lo que se trata es de dar memoria. Como vimos en el capítulo anterior los fueros otorgan una memoria a la comunidad de habitantes, el caso ya citado de Béjar es el más claro: “*Esta memoria otorgo demas a todos los pobladores, qua quier uenir quisiere poblar Beiar... non responde por enemiztad, ni por debdo, ni por fiadora, ni por erentia, ni por ninguna cosa que fizo ante que Beiar se poblasse*”⁷⁹. La memoria individual debe ser borrada en pos de la memoria colectiva otorgada por el fuero: damos esta memoria a los pobladores que deben olvidar cualquier cosa que hayan hecho antes de que Béjar se poblase.

A diferencia de nuestra concepción presente, según la cual la memoria colectiva está asociada a la oralidad, las cartas forales asimilan memoria colectiva a memoria escrita. Si como dice Morsel consideramos al escrito tal cual se plantea en los preámbulos, es decir como fábrica de la memoria colectiva, no sorprende que el tema del olvido y de la permanencia devenga un *topos* dominante en estos documentos del siglo XII momento en el que se están configurando las comunidades. Los fueros y cartas pueblas en tanto constructores de una memoria colectiva escrita estarían dando consistencia visible, objetiva y material a la comunidad de habitantes⁸⁰ y a los nuevos modos del poder que se configurarán a partir de ese momento.

Pero debemos estar atentos, concebir la escritura como mecanismo de visibilización de los mecanismos de poder y de la comunidad de habitantes puede acarrear una recaída en el paradigma instrumentalista. El propio Morsel, nos advierte de no caer en una suerte de mimetización con

78 Ver Morsel (2006).

79 Gutiérrez Cuadrado (1975), cláusula 4.

80 Morsel (2007a), 289-290.

el imaginario medieval: no debemos adoptar nosotros mismos la perspectiva medieval que consiste en hacer como si el documento no fuera más que un ensamble de signos, referencia directa de la realidad trascendente y únicamente destinado al mantenimiento de la memoria. La sociedad medieval se funda en una dialéctica de lo visible superficial que reenvía a lo invisible real; nuestra mirada por tanto debe cuidarse de caer en las redes de esta lógica.

Si bien es clarificadora para dar cuenta del imaginario medieval sobre la escritura, tal vez la idea misma de “hacer visible” sea tramposa, porque no deja de remitir a una operación de develamiento de lo que estaba oculto, de presentación de un poder que se ejercía de hecho, de cristalización de una comunidad de habitantes configurada en la práctica. Como ya expusimos, el otorgamiento de un fuero por parte de los poderosos, sea el rey, los señores laicos o eclesiásticos, instituye a unas prácticas como consuetudinarias, inventa una tradición para una comunidad que en el mismo acto es instituida como tal. La relación entre escritura del fuero y poder debería ser pensada en el mismo registro: no se trata de un poder constituido que utiliza a la escritura como agente neutro de dominación y control social. La escritura del fuero por el contrario define los contornos del poder afirmando a unos señores por sobre otros, configurando relaciones entre señores y comunidades, creando tradiciones que hacen efectivo no solo el ejercicio de la dominación sino también el mantenimiento de los privilegios.

La escritura entonces en la Edad Media conjuga diversos registros: es una estrategia de resistencia frente a la precariedad del mundo, es práctica redentora, objeto simbólico que en su identificación con el Verbo permite la distribución de visibilidades. La puesta por escrito de la norma, como acabamos de ver, no supone un distanciamiento de la oralidad, todo lo contrario, necesita del oído y de la vocalidad para su circulación. Oralidad y escritura en esta sociedad están profundamente articuladas, de allí que, como hemos querido mostrar, la idea de *non scriptum* presente en los juristas medievales no necesariamente remitía a la oralidad sino a la circunstancia casi trivial de que no se encontraba escrita en el corpus del derecho romano.

Capítulo 7

LA COSTUMBRE, *VOX POPULI*

Por mi parte -y no estoy solo- soy un escéptico a la hora de aceptar esta visión romántica de la costumbre, entre otras cosas porque nunca he visto un pueblo que tenga un espíritu y que lo manifieste en unas costumbre.

Aquilino Iglesia Ferreirós (1996a)

La relación trazada entre costumbre y memoria no se agota en su vínculo con la oralidad, la tierra o el tiempo. Otro de los elementos intrínsecos a la definición medieval de la costumbre, la *voluntas populi*, ha servido de argumento sostén para aquellas miradas que ven en el derecho consuetudinario el reservorio auténtico de una memoria popular. La costumbre sería en esta vertiente lo que el pueblo ha conservado en su memoria y que se transmite de generación en generación.

Sin embargo, las referencias medievales a la *voluntas* o *consensu populi* rara vez hacían referencia al pueblo como “lo popular”, más bien remitían, a una categoría estrictamente jurídica. Será a partir del siglo XIX cuando una serie de pequeños desplazamientos interpretativos vayan afianzando la idea del derecho consuetudinario como expresión de la memoria y la voluntad popular. Como veremos, esta asociación entre derecho consuetudinario y derecho popular, se encuentra muy presente en los trabajos de algunos medievalistas a la hora de interpretar la presencia de la costumbre en la documentación de la época. Con frecuencia se abandona la lectura en clave jurídica para avanzar en una interpretación guiada por esta concepción “populista” de la costumbre.

Por lo que venimos señalando hasta aquí, parece que otra vez estamos en presencia de un “salto interpretativo”¹. ¿Pero de qué se trata ese salto? ¿Respecto de qué idea se produce dicho desplazamiento? Un breve recorrido por las discusiones dogmáticas de los juristas medievales

1 Cf. Capítulo 6, ap. I.

en torno de la idea de *populus* y de *voluntas* permitirá un acercamiento clarificador de lo que estamos planteando.

I. LA DOCTRINA MEDIEVAL DE LA *VOLUNTAS POPULI*

La idea de *populus* en el derecho romano remitía a una categoría cuyos contornos se definían jurídicamente y que no coincidía para nada con lo que los mismos romanos llamaban *plebs*: la expresión *populus romanorum* hacía referencia al conjunto de los varones adultos que participaban en las asambleas. A pesar de las modificaciones que se produjeron en la Edad Media, para los juristas medievales *populus* también remitía a una categoría jurídica.

El famoso pasaje de Juliano del *Digesto* (I, 3, 32) finalizaba con una idea que le traería más de un dolor de cabeza a los juristas medievales: instalaba la posibilidad de que el “*tacito consensu omnium per desuetudinem*” abrogara una ley². Cruzando esta idea del tácito consenso de todos con un pasaje sobre la costumbre de Cicerón (“*Consuetudine jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobantur*”) los glosadores, pero sobre todo los comentaristas, construyeron la doctrina que planteaba que una de las condiciones fundamentales para el establecimiento de la costumbre era la *voluntas* o *consensu populi*.

Como vimos anteriormente, en el mundo romano otro término era asociado al tácito consentimiento del *populus*, el *mos*. Siguiendo una tradición iniciada por Varrón³ en el siglo I a. C., Ulpiano afirmaba en sus *Regulae* que “*mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveterata*”⁴. Dos observaciones importan para advertir el cambio que se producirá luego en la Edad Media. En primer lugar, para los romanos este *mos* no remitía a una práctica exteriorizada sino a una disposición interior, que Varrón, denominaba bajo la idea de *iudicium animi*⁵. En

2 Cf. Capítulo 3, donde se desarrolla el problema de la contraposición entre *consuetudo* y *lex*.

3 Recordemos que Varrón había sido en el siglo I a. C. quien había realizado una de las reflexiones más interesantes sobre la idea de *mos*. Cf. Capítulo 3.

4 Ulpiano, *Regulae*, I, 4 (citado por Bettini [2000], 252).

5 Bettini (2000) 252-257. Tanto Varrón como Macrobio consideraban que *mos* implicaba una convicción tácita mientras que la *consuetudo* era más bien la continuidad expresa de esa convicción. Ver Garré (2005), 36. Como señalaba Kasser (1939), en la

segundo lugar, el *populus* al que hacían referencia los juristas imperiales remitía al conjunto de los ciudadanos romanos, es decir a todos los varones adultos organizados en comicios. La adaptación de esta definición de *populus* heredada del mundo romano no será una cuestión menor para los juristas medievales. Precisar el concepto acarreará una serie de discusiones que darán como resultado una transformación de lo que la tradición romana entendía por *populus*.

Como dijimos, la ley *De quibus* de Juliano (D. 1, 3, 32) presentaba algunos inconvenientes para los glosadores, sobre todo porque daba pie a una posible confrontación entre quienes podían ser potenciales *conditores* de la norma: el emperador y el *populus*. El primero a través de la ley como expresión de su voluntad expresa, el segundo por medio de la costumbre, es decir, a través del tácito consentimiento.

Esto se vinculaba directamente con otro problema: algunos pasajes del *Corpus Iuris* hacían referencia a lo que se conocía como *lex regia*, según la cual el *populus Romanus* habría hecho una cesión de su poder al emperador⁶. La dificultad radicaba en que en la obra de Justiniano no era clara respecto de la naturaleza de este traspaso: no aclaraba si la *lex regia* implicaba una *translatio* completa y permanente del poder del emperador *in genere* o únicamente una *concessio* limitada y revocable al emperador *in persona*⁷. Si el *populus* había realizado una *translatio* plena y definitiva del poder que originariamente poseía de hacer la ley al

base de la palabra *mos* se encuentra una ambigüedad problemática, puesto que con este concepto los romanos se referían tanto a un hábito o convención como a la moral. Este *mos* no remitía ni a una praxis duradera ni a la *opinio iuris* de la comunidad de sujetos jurídicos. Se trataría más bien, según Kasser, de una suerte de derecho natural protorromano diferenciado del *ius naturale*, muy unido a la nacionalidad romana misma.

6 Los juristas medievales se enfrentaban con textos de compleja interpretación. Por un lado, la constitución *Deo auctore* (C. 1, 17, 1, 7), en donde Justiniano afirmaba que, en virtud de la *lex regia*, “*omnes ius omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem*”, y, por el otro, los fragmentos de Ulpiano en I. 2, 6 y en D. 1, 4, 1, en los cuales se presentaba un enunciado análogo pero en lugar de “*translata sit*” se encontraba un “*contulerit*” (en la *littera pisana*) y un “*conferat*” en la ediciones actuales del *Digesto*: “*utpote quum lege Regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*”. En este pasaje se expresaba luego, casi como natural consecuencia de la idea anterior, el famoso “*quod principi placuit legis habet vigorem*”. Ver Prosdocimi (2001), 18-20.

7 Cf. Kantorowicz (1985), 107-108.

emperador entonces ¿podía la costumbre definida como la voluntad tácita del pueblo abrogar una ley? Una glosa de reconocida paternidad irneriana negaba la capacidad de una costumbre de abrogar la ley: la transferencia de poder producida por la famosa ley regia del imperio había negado al pueblo toda interferencia en el sistema legislativo cedido al emperador⁸. En la misma línea se ubicaba lo planteado por Placentino para quien el pueblo había cedido su poder de hacer ley por lo tanto una costumbre podía abrogar a otra costumbre antigua, pero no a una ley⁹. Unos siglos más tarde Pierre de Belleperche desarrollaría una serie de distinciones frente a la pregunta de quién podía hacer las leyes. Una de ellas remitía a la separación entre leyes generales y especiales. Al *populus* se le reconocía capacidad de *facere legem* en el ámbito de la ley especial, o local¹⁰.

Sobre esta misma cuestión volverán a trabajar los comentaristas un siglo más tarde sosteniendo el carácter activo del pueblo en la generación de normas. Algunos autores contemporáneos hablan del desarrollo, a partir de Bartolo de Sassoferrato, de la doctrina de la soberanía del pueblo¹¹, en la cual jugaría un rol central el derecho consuetudinario. Para el

8 Ver Cortese (1962), 126 nota 56. El autor se refiere aquí a una glosa al D. 1, 3, 32 publicada por Savigny: “*loquitur hec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consuetudinem abrogantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi*”..

9 Respecto del pasaje de Juliano (D. 1, 3, 32, 1), Placentino proponía que *lex* era el término genérico para indicar no solo la norma escrita sino también la no escrita; por lo tanto, el poder abrogatorio de la costumbre podía estar también limitado a la confrontación entre dos normas no escritas. Ver Placentino, *Summa Codicis*, VIII, 56 *quae sit longa consuetudo*: “*Quod ergo dimitit ff. De legibus, ibi consuetudinem abrogare legem, sie debet intelligi, id est consuetudinem, non aliam. Sicut enim ius aliud scriptum, aliud non scriptum, sic dici potest lex alias scripta alia non scripta...Ergo lex scripta tantum per legem scriptum cassabitur et non scripta, id est consuetudo, tantum per legem non scriptum, id est per contrariam consuetudinem abrogabitur: multo fortius et per legem scriptum... Item tali argumento hoc arguo: in principem per regiam legem populus Romanus omne ius transtulit, ergo ius condendi iura et abrogandi, sicque ius tale sibi non reservaverit*” (citado por Cortese [1962], 128).

10 Pierre de Belleperche, *Quaestiones vel distinctiones*, Q. 452, p. 274.

11 No es nuestra intención aquí dedicarnos en profundidad al desarrollo de lo que la historiografía especializada considera como el nacimiento de la “doctrina de la soberanía popular”, ya que esto excede el ámbito del derecho y el objetivo de esta tesis. Sólo haremos una referencia general al aporte fundamental de Marsilio de Padua a esta

comentarista la prueba indiscutible de que el *populus* creaba derecho era el derecho consuetudinario. Como ya habíamos señalado en el capítulo 3, para Bartolo el *usus* no era la causa fundamental para establecimiento de la costumbre, lo era por el contrario el consentimiento de pueblo: “*nam usus et mores sunt causa consuetudines, dico causa remota, nam causa proxima est tacitus consensus, qui colligitur ex usu et moribus*”¹². La diferencia entre derecho legislado y derecho consuetudinario radicaba en el modo de manifestarse el consentimiento. En el primer caso es expreso, en el segundo tácito. A partir de esto señalaba que si el *populus* puede crear derecho a través del consentimiento tácito, no hay razón para privarlo de la capacidad de producirlo a través del consentimiento expreso. La exclusión del *populus* como productor de ley en virtud de la *translatio imperii*

cuestión. Como es bien sabido, Marsilio fue contemporáneo de Bartolo. En sus escritos se preguntaba si la causa eficiente de la ley no era, en realidad, el pueblo, es decir, la asociación de los ciudadanos o su parte preponderante. Según Black (1996), 103, en Marsilio hay dos líneas de argumentación respecto de la naturaleza humana. Una conduce, como en Aristóteles, de la naturaleza de la vida suficiente de los seres humanos a la asociación civil. La otra conduce “al legislador humano (comunidad como un todo) y de ahí a la ley, el gobierno, los otros cinco «oficios» del Estado y a las estructuras judicial y administrativa... En la *Distinctio II* del *Defensor pacis* se incorpora la conclusión de que la autoridad coactiva y legislativa sólo puede pertenecer al pueblo o a quienes éste delegue”. Ullmann (1997), ve en el *Defensor pacis* de Marsilio el triunfo de la “lógica ascendente” del poder sobre “la lógica descendente” que dominaba entre la civilística. Sin embargo, Costa (2007), 48-49, advierte que se puede tratar de una esquematización confusa que lleve al anacronismo: “No debemos minusvalorar la originalidad de Marsilio. Pero no debemos tampoco ver en el *populus* marsiliano una incomprensible y anacrónica «modernidad». El *populus* marsiliano es concebido (según una «forma simbólica» típicamente medieval) no ya como una suma de sujetos abstractamente iguales, sino como una totalidad compuesta, ordenada e intrínsecamente diferenciada; una totalidad donde el pueblo se encarna en la *valencior pars* (que lo representa «identitariamente»); y la *valencior pars*, a su vez, es el resultado de la combinación de criterios cuantitativos y cualitativos (“*considerata quantitate personarum et qualitate*”). Lo «bajo» y lo «alto» son por tanto para Marsilio momentos internos y complementarios de un *populus* ordenado en tanto que diferenciado. Para la civilística, por el contrario, el discurso de la soberanía se juega no ya en el interior de una *civitas*, de un orden asumido «como tal», sino en su exterior”. Ver también Quillet (1971); Damiatta (1983). Para un análisis comparativo de las teorías de Bartolo de Sassoferrato y de Marsilio de Padua en relación con el problema de la soberanía ver Maiolo, (2007).

¹² Bartolo de Sassoferrato, *Comm. super Dig. Veteris* 1, 3, 32 § *De quibus*, núm. 10, fol. 19rv.

no podría anular la capacidad generadora de costumbres que poseía el *populus*. Claramente señala lo siguiente:

“*Consuetudine non fuit traslata princeps. Traslata est potestas condendi legem expressam et scriptum nam autem consuetudinariam quae in eum potuit transferri cum procedat ex tacito consensu*”¹³.

Para que el consentimiento del pueblo fuera efectivo ese *populus* debía ser libre, es decir ser su propio superior, su propio príncipe: *civitas sibi princeps*¹⁴. El pueblo libre es reconocido como una *universitas*. Su discípulo Baldo de Ubaldis continuará aplicando al igual que su maestro el pensamiento corporativo al pueblo: el *populus* es un cuerpo místico y como tal, en abstracto, nunca muere¹⁵. No obstante la *traslatio imperii*, el pueblo nunca pierde su capacidad de legislar ya que *nunquam moritur*¹⁶.

Lo más interesante para nosotros de toda esta discusión es que en

13 Bartolo de Sassoferrato, *Comm. in Cod.* 8, 52, 2 § *Consuetudinis ususque*, núm. 1, fol. 114rv.

14 Para Ullmann (1966), 282, la fórmula *civitas sibi princeps* de Bartolo marca el inicio de una teoría de la fundación de la autoridad política “ascending” y “populist”. Según Skinner (1978), II, 130-131, el jurista al hablar de soberanía popular daba paso al establecimiento del concepto moderno de existencia de una pluralidad de autoridades políticas soberanas, cada una separada de la otra. En la misma línea, ver el trabajo más reciente de Ascheri (2006). Por el contrario, Woolf (1913), 177, considera que el gran mérito de Bartolo fue establecer los principios de *civitas* y *fiscus*. Según Canning (1987), 62, a diferencia de otros juristas medievales como Jacques de Rêvigny, Jacobo de Buitrago y Alberico de Rosate, que consideraban que el fisco le pertenecía solo al emperador o había sido de la República romana antes de ser cedido al mismo mediante la *lex regia*, para Bartolo los derechos fiscales pertenecían a la ciudad, no reconociendo superior ni de *iure* ni de *facto*. Esa capacidad fiscal y de hacer las leyes de las ciudades se basaba en que se trataba de una *universitas* y que, por lo tanto, poseía *iurisdictio*. Cf. Fassò (2001), 277-278.

15 Baldo de Ubaldis, *ad C.* 7, 53, 5, 383 c.; fol. 172: “*Nec obstat quod glossa D. [D. 3, 4, 7] dicit in lex sicut D. quod cuiusque universitatis nomine quod populus non est aliud, quia homines, quia debet intelligi de hominibus collective assumptis, unde hominis separari non faciunt populum, unde populus proprie non dicitur hominus, sed hominum collectio in unum corpus mysticum et abstractivum sumptum, cuius significatio est inventa per intellectum*”.

16 Baldo de Ubaldis, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem Proemium* § *Quoniam*, núm. 45, fol. 5.

el marco de estas disquisiciones los juristas medievales fueron precisando la categoría romana de *populus* inapropiada para la realidad jurídico política medieval¹⁷, identificándola con una *universitas*¹⁸ autónoma que “ejercía en su propio terreno de actuación jurisdiccional, la potestad normativa que indiscutiblemente le correspondía”¹⁹. A través de este concepto era posible transformar una pluralidad de sujetos en una unidad. Según Costa, podemos ver en esta construcción una vez más

“... la sinergia entre el saber jurídico y una de las grandes «formas simbólicas» de la cultura medieval (la metáfora corporatista): un grupo social es un cuerpo y precisamente por esto es concebible como un ente unitario, como una *universitas*”²⁰.

Vallejo sostiene que a partir de estas elaboraciones se comenzó a situar al *populus*, y a su reconocida facultad de generación de normas, en un plano de efectividad “plenamente real, asignándole un lugar preciso dentro de la compleja configuración de los poderes normativos medievales”²¹. Esto abría otra discusión centrada en el problema de la potestad normativa de las corporaciones o *collegia* en general²². La cano-

17 Calasso (1954), 198, lo planteaba claramente: “Ora poteva questa concepciones adattarsi allo Stato feudale eche aveva imbastardito il principio Della sovranità e confermato la compagine sociale a strati innumerevoli, ciascuno, dei quali era, tra quello inferiore e quello superiore, anziche un anello, un diafragma? Il *populus* dello Stato feudale non era più quello a cui il giurista romano aveva pensato: discorrere quindi di *voluntas omnium* non avrebbe più senso, o, per lo meno, non avrebbe il senso che nella *civitas* romana Aveva avuto. *Populus* è oramai una espressione ellitica, che designa nella vera realtà non la totalità dei sudditi, m aquella parte di essi che a una terra, e su questa terra dei diritti, en in virtù di questi diritti una volontà che ha una certa rilevenza politica: la quale, a sua volta, è tanto più forte, quanto più vicino al sovrano è lo Strutt sociale al quale si appartiene”.

18 Para un análisis en profundidad de este concepto ver Michaud-Quantin (1970).

19 Vallejo (1992), 215.

20 Costa (2007), 33-58. La afirmación de Inocencio IV sobre la *universitas* como persona ficta abrió la posibilidad “de tratar a toda *universitas* (es decir a toda pluralidad de hombres reunidos en un cuerpo) como persona jurídica, y de distinguir claramente a esa persona jurídica de cualquier otra persona natural dotada de cuerpo y alma”, Kantorowicz (1985), 290. Cf. también Canning (1980); Black (1984).

21 Vallejo (1992), 216.

22 La posibilidad de aceptar como válidas las costumbres de colectivos que,

nística jugó un rol fundamental en esta materia al reconocer la potestad estatutaria de la *universitas* en el ámbito de su jurisdicción, imponiendo como modelo efectivo de esa potestad el *caput corpori* que también se había utilizado para pensar la relación entre el príncipe y el pueblo²³: se consideraba que el rector de la *universitas* realizaba un ejercicio efectivo de la titularidad del poder en tanto cabeza del cuerpo, no cabiendo actuación absolutamente autónoma de los restantes miembros²⁴. De este modo, el *populus* se afirmaba como una corporación definida jurídicamente, esto es, como una persona ficticia²⁵.

como los mercaderes, carecían de soberanía territorial comportó una importante discusión entre los juristas. El problema radicaba en que, en el caso de los mercaderes, el consentimiento no era de la comunidad en su totalidad, sino solo de una parte de la misma. Este obstáculo se superó con los post-glosadores “a través de la ficción de considerar que la anuencia dada a las costumbres por parte de los órganos administrativo y judiciales que las aplicaban equivalía a la aprobación de la comunidad” (Serna Vallejo [2006], 869).

23 Cf. Cino de Pistoia, *Cod. et Aliq. Tit. Pand... Com., ad l. si imperialis, C de legibus et constitutionibus* (C. 1, 14, 12), fol. 29rb: “*ut populus non possit legem facere sine príncipe...quia cum Imperator sit caput imperii..., populus quantum ad regimen imperii, nihil sine eo facere potest, quia universitas sine capite suo nihil agit*” (citado por Vallejo [1992], 218).

24 Vallejo (1992), 220.

25 En el derecho romano la idea de *persona ficta* no existía. El concepto de *persona* remitía a un artefacto técnico del discurso jurídico; era, según el derecho romano, “una función abstracta, un continente que se presta a todo tipo de contenidos” (Thomas [1999], 94). No hacía referencia, por tanto, a un sujeto físico o psicológico sino a una unidad de patrimonio. “El derecho reconocía tantas personas como patrimonios, más bien que tantas como individuos” (Thomas [1999], 95). Esta noción de *persona* era incomprensible para los juristas medievales que tendían a identificar persona con individuo físico. Por esta razón, recurrieron a la idea de *persona ficta* como representación o doble de la persona física. La idea de *fictio* remitía al carácter jurídico de la misma. Como señala Morin (2010), 28: “Los comentaristas del derecho romano anulan en un punto el carácter abstracto de la persona para asociarla a sujetos humanos concretos. La antropología vigente en la época parece operar de tal forma que lleva a los comentaristas a adaptar fórmulas “extrañas” a sus ojos. La tarea de traducción de los juristas medievales tiende a enfatizar la necesaria adecuación de la persona y el individuo y para ellos se recurre al mecanismo de la “representación”. Éste permite leer las soluciones del Corpus salvando el principio de singularidad de la persona. Para los juristas medievales la verdadera “persona” parece remitir naturalmente a la persona individual, al contrario de la tradición jurídica romana”. Según Boureau (1992), 1117, lo nuevo de la elaboración medieval del concepto de persona

Por otro lado, el problema de la voluntad no era una cuestión menor. ¿La validez del consentimiento debía reposar en la mayoría o en el principio de unanimidad? La doctrina optará, no sin dudas, por considerar que una costumbre era introducida a partir de la voluntad de la mayoría²⁶, comprendiendo como tal a un grupo socialmente representativo. Se excluyó así a los infantes y también a los *rustici*. La situación de las mujeres fue algo diferente ya que su consenso excepcionalmente sirvió para ciertas costumbres como por ejemplo el derecho de primogenitura²⁷. En general este tipo de discriminación se basaba en una actitud crítica frente a aptitudes intelectuales de las distintas categorías de personas, “les faiblesses inhérentes à leur sexe, à leur âge ou à leur conditions sociales laissaient présumer d’une ignorante originelle qui hypothéquait leur faculté de discernement”²⁸. Estas debilidades los excluían del proceso normativo²⁹. De este modo, la expresión de la voluntad fue entendida como el resultado de un acto conciente y reflexivo.

Pero aquí otra discusión se insinuaba: ¿cualquier uso repetido por esta *maiores pars* podía establecer una costumbre? ¿Un error común generaba derecho? Entre las fuentes clásicas un texto atribuido a Celso planteaba la posibilidad de una costumbre *non racione introductum* (*D. I, 3, 39*): “*Quod non racione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet*”. Celso se refiere en este fragmento a una práctica introducida no por razón sino por un error que poco a poco deviene costumbre. Este texto presenta problemas de interpretación. Probablemente lo que el texto primitivo de Celso quería decir era que una práctica podía fundarse en el error. A esta idea de una costumbre errónea los compiladores añadieron una hipótesis que

fue la posibilidad de designar con aquel vocablo a las instancias abstractas dotadas de capacidades jurídicas, cuando en el derecho romano sólo refería a individuos singulares.

26 Bartolo de Sassoferrato, *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem*, rub. *De legibus*, lex 31, núm. 6, fol. 17: “*Primo, igitur quaero, quid sit consuetudo? ... Ius non scriptum, moribus et usibus populi vel a maiore parte ipsius, ratione initiatum et continuatum et introductum, habens vim legis*”.

27 Mayali (1990), 22; Garré (2005), 71.

28 Mayali (1990), 22.

29 Como se ve en Cino de Pistoia, *In Codicem*: “*item dicunt Doctores, quod requiritur etiam consensus totius vel maioris partis populi... Sed intelligatis, populi, habentis habilem consensum ad legem vel consuetudinem introducendam*” (citado por Mayali [1990], 22).

consideraban similar -pero que cambiaba radicalmente su significado- la de una costumbre contraria a la razón, como si error y no razonable fueran sinónimos. Gaudemet supone aquí que la introducción de esta idea es posterior a Celso y que muestra la influencia cristiana sobre la definición de costumbre. Como vimos en el capítulo 2, fue la tradición cristiana la que introdujo la idea de que para la costumbre adquirir validez debía ser racional³⁰. Requisito construido a partir de la filiación trazada entre *ratio* y *veritas* que permitió considerar no válida una costumbre que se opusiera a la razón por oponerse también a la verdad. Al haber asociado *ratio* a *veritas*, y al pensar la relación como manifestación del derecho divino natural, la relación existente en el derecho romano entre *consuetudo* y *ratio* fue trasportada por la tradición eclesiástica del medioevo al terreno ético-religioso³¹.

Ya hemos visto que las colecciones canónicas de fines del siglo XI y la primera mitad del siglo XII planteaban la necesidad de que la costumbre no cediera frente a la verdad. Yves de Chartres (decreto IV, 234) y Graciano (*D.* 8, c. 5) retomaron el lugar común de la patrística: “Cristo ha dicho yo soy la Verdad y la vida; no dijo yo soy la costumbre”. A partir de la segunda mitad del siglo XII toma fuerza la idea de que la costumbre tiene que ser conforme a razón. La costumbre no razonable es contraria a la verdad y por tanto debe ser descartada. El papel que comienza a jugar la *ratio* en la definición de la costumbre tanto entre canonistas como civilistas no puede separarse de la ruptura operada en Occidente a partir de la Reforma Gregoriana en relación con el lugar del texto y del intérprete. Un nuevo régimen de verdad se instaura afincado en la racionalidad que permite una construcción y reconstrucción permanente de la tradición y de la costumbre. No en vano el *Corpus Iuris*, que junto con las Sagradas Escrituras es el texto por excelencia, es considerado *Ratio scripta*, instituido de este modo como arquetipo de la razón, volviéndose así, según Legendre, en el pilar para el crecimiento disciplinar y normativo del Occidente moderno³².

Por todo esto, el problema del error en el *animus communitatis* no era una cuestión menor para los civilistas influenciados por la doctrina canónica. El error empezaría a tener en la discusión entre los glo-

30 Gaudemet (1938), 163.

31 Cortese (1962), 108, n. 106; Calasso (1954), 202.

32 Ver Legendre (1988), 105-114; Boureau (1992); Berman (1996).

sadores un trasfondo moral, equiparándose de esta manera con la idea canónica de la irracionalidad. Si en la *Suma* de Azo se había definido a la costumbre como *quasi communis assuetudo*, Accursio eliminará cualquier duda sobre el sentido de esta fórmula justificando el poder invalidante del error³³. Siguiendo a Fedele se podría decir que en términos generales existían cuatro opiniones sobre este tema: la opinión según la cual la costumbre vale aun cuando se base en un error; la contraria, que plantea que en caso de error la costumbre no vale (“*qui errat non consentit*”³⁴); la opinión que distingue el caso del error de hecho del caso del error de derecho, afirmando que en el primer caso la costumbre se anula mientras que en el segundo no; la última, difundida por Jacques de Revigny y Pierre de Belleperche, que distingue entre una *consuetudo praeter legem* y una *consuetudo contra legem*: en el primer caso, solo el *error facti* anulaba la validez del consentimiento. Un error de derecho no implicaba vicio en la introducción de una costumbre. En cuanto a una costumbre contraria a la ley, tanto el error de hecho como el de derecho, destruía la fuerza del *consensus populi*. Igualmente, como señala Mayali, esta distinción no concentrará la mayoría de los votos, la tendencia general será considerar que una costumbre errónea no podía ser tenida por costumbre.³⁵

El consentimiento del pueblo y el carácter razonable de la costumbre también están claramente presentes en las condiciones que en *Partidas* I. 2. 5 se ponen para el establecimiento de una costumbre:

“Y tal pueblo como este o la mayor partida de él si usaran diez o veinte años hacen alguna cosa como en manera de costumbre sabiéndolo el señor de la tierra y no contradiciéndolo teniéndolo por bien pudiéndolo hacer y debe ser tenido y guardado por costumbre si en este tiempo mismo fueren dados concejaramente de treinta juicios arriba por ella de hombres sabios y entendidos en juzga, no habiendo quien la contraríe... Otrosí decimos que la costumbre que quiere el pueblo poner y usar de ella debe ser con derecha razón y no contra la ley de Dios, ni contra seores, ni contra Derecho natural, ni contra pro comunal de todo la tierra o del lugar donde se hace. Y débenla poner con gran consejo, y no por yerro ni por antojo, ni por otra ninguna osa les mueva, sino por derecho y razón y pro, pues si de otra manera la pusiesen no sería buena costumbre más sería en daño de ella y de toda justicia”.

33 Ver Cortese (1962), 103-110.

34 Accursio, *Glossae super Institutos*, 1, 2, 9 (citado por Mayali [1990], 23).

35 Para un análisis de esta cuestión en profundidad ver Fedele (1937), 61-100. También Grossi (1958); Mayali (1990), 22-23.

En primer lugar, el pueblo o *maiors pars* es sujeto activo para el establecimiento de la costumbre. Es definido en *Partidas*: “*como ayuntamiento de gentes, también de caballeros como de otros hombres de menor guisa*”. Para Rafael Gibert Sánchez de la Vega, esta relación entre costumbre y pueblo evoca el fragmento *D. 1, 3, 32, 35*, pero sería sobre todo una adaptación de, por un lado, la definición isidoriana relativa a la *lex*: “*consitutio populi, qua maiores natu simul cum plebibus*” (*Etimologías*, V, 10, 1 y IX 4, 5-6), y, por otro, la referencia presente en las *Instituciones* de Gayo: “*populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patricios*” (I, 2)³⁶.

En segundo lugar, se presenta el plazo temporal para que uso sea considerado costumbre. Como ya indicamos en el capítulo 3, probablemente tenga como referente la *Summa* de Azo en donde figura este mismo plazo temporal para la introducción de una costumbre.

En tercer lugar, no alcanza con un juicio del ánimo para el establecimiento de una costumbre sino que se requiere una demostración exterior y sobre todo judicial (treinta juicios).

En cuarto lugar, aparece claramente la necesidad de que se trate de un uso conforme a razón y producto del consenso, quedando invalidada aquella costumbre introducida por error o por antojo.

De este modo, desde la dogmática “razón” y “consentimiento del pueblo” se instalaron como requisitos fundamentales y estrictamente jurídicos para el establecimiento de una costumbre, para la existencia de derecho consuetudinario. Toda costumbre debía ser razonable, es decir, no podía ir contra el derecho natural, contra el derecho del señor, ni contra la ley de Dios. Una costumbre era válida si nacía del consentimiento del pueblo, no de la fuerza.

Los efectos de estas decisiones dogmáticas impactaron en la práctica jurídica. Esta huella es visible en la documentación sobre conflictos en donde se evidencia la preocupación permanente de los testigos por señalar que la ocupación de terrenos se hace sin consentimiento es decir por “fuerza y sin razón”. Veamos algunos ejemplos.

En enero de 1414 el concejo de Ávila entabla un proceso judicial contra Diego González del Águila, por la posesión del echo de Villacarlón y de otros términos que mantenía en la dehesa de Villaviciosa, en Albornos, Naharros y Gallegos y sus cercanías, que el consejo reclamaba como

36 Sánchez de la Vega (1990), 155.

común de la ciudad. Los testigos van declarando que sabían que en estas zonas el pasto era para uso común del ganado de los vecinos de Ávila y que hacía entre veinte y treinta años que el padre de Diego González, Ñuño González, los había tomado para sí. Los testigos expresan: “*agora de diez años a esta parte poco más o menos que lo guarda e faze guardar Diego Gonçález del Aguila e prenda en ello, e que nunca su padre los guardó nin fizo guardar*”³⁷. El recurso al tiempo para legitimar el uso común y deslegitimar el uso del usurpador es una estrategia permanente de los representantes del concejo. Como ya trabajamos en un capítulo anterior, esta temporalidad está asociada a los requisitos que desde la dogmática se han trabado para que un uso tenga carácter de derecho consuetudinario. Pero otro argumento se reitera con frecuencia en los alegatos, la acusación de ilegalidad asociada a las expresiones *por fuerça e syn razón*:

“Otrosy dixo este testigo que sabía que los Salobrales de naharros que eran pasto común e concegil de la dicha çibdat de Avila e de su tierra, e que pude aver treynta años poco más o menos que los entró e tomó por fuerça e syn razón Nuo Gonçález del Aguila e los fizo guardar. E agora que los tenía y los guardaba e prendaba en ellos Diego Gonçález su fiio”³⁸.

La fuerza y la irracionalidad se plantean como opuestas al uso y a la costumbre. En el mismo documento leemos:

“Preguntado sy sabe quel dicho Diego Gonçález sy toma dicho término e prados por fuerça y syn rrazón, dixo que sy sabe; preguntado por qu'e lo sabe porquel dicho término e prados son en tierra de Avila, e en tierra de Avila es uso e costumbre de paçer todos los ganados por toda la tierra de Avila syn pena alguna, guardando pan e vino e prado de bueyes desde tempo que se suele guardar”³⁹.

La historiografía generalmente ha considerado que esta acusación lanzada contra los usurpadores, caballeros, señores laicos o eclesiásticos, etc., debido al uso de la fuerza muestra, por un lado, la sensación de debi-

37 *Asocio*, p. 259.

38 *Asocio*, p. 259.

39 *Asocio*, p. 264. Estas expresiones, según las cuales los usurpadores actuaron “*contra raçon e contra derecho*” o “*sin raçon e sin derecho*”, o tomaron términos “*sin mostrar título nin raçon alguna*”, se hallan en numerosos documentos. Cf. *Asocio*, pp. 175, 179, 180; 196; 214; 260, 264, 265, 266; 354, 355; 409, 415.

lidad del campesino frente al avance de este poder impune, y, por el otro, el comportamiento violento e intimidatorio de los poderosos. Los testigos de estos pleitos, se dice, denuncian a través de esas expresiones las actuaciones ilegales, los comportamientos violentos, de agresión e intimidación de los caballeros usurpadores⁴⁰. En definitiva, las remisiones al uso de la fuerza y a la sin razón serían acusaciones al poder impune de los poderosos en el marco de la lucha por la recuperación de los comunales.

No hay duda de que estos conflictos estaban atravesados por la violencia señorial. En los documentos se habla explícitamente del establecimiento de una práctica del terror por parte de los señores (como, por ejemplo, la instalación de una horca en el territorio usurpado y la prenda y el asesinato de animales⁴¹) así como de la violencia que los mismos ejercían sobre los vecinos⁴²:

“E yo, Andrés Gonçález, escrivano público de los rreyes [...] vi conmo el dicho Bernaldino tomó una vara que llevava Pero Gómez, alcalde en Çapardiel, que ge la iva a notyficar [...] e ge la tomó de la mano forçosamente e ge la fizo pedaços en la cabeça e le dixo a él

40 Monsalvo Antón (2006), 64.

41 Esta violencia señorial se percibe claramente en muchos de los pleitos contenidos en el *Asocio*, p. 176: “... *Pieres Guiera, caballero, [...] dixo este testigo... que Gil Gonçález, fijo de Estevan Domingo, que de quatro o çinco años a esta parte que avía tomado pieça de una sierra conçeçil... e que prendava a los veçinos de Ávila...*”; p. 355: “... *este testigo lo prendaron en la dicha garganta Rruy García, mayordomo del dicho Diego Gonçález, tres cabras e le degollara la una e le levara veynte maravedís e un tordo, e que nunca lo dél cobrara...*”; p. 356: “*E que agora de diez años acá que la tiene entrada e tomada Diego Gonçález de Contreras, veçino de Segovia, e prendan en ella por su mandado a qualquier de los vecinos de la dicha çibdat e de du tierra que entravan en ella, salvo los que se avienen con él o con su mayordomo...*”. Para un ejemplo de instalación de horca en territorio usurpado ver Barrios García, Monsalvo Antón y del Ser Quijano (1988), doc. 247, pp. 288 y ss.

42 En otros casos se describe a los hombres que ocupan las tierras como poderosos, llevando consigo *pieça de omes* cuya función central sería, seguramente, atemorizar a los vecinos; *Asocio*, p. 258: “*Preguntado cómo el dicho Nuño Gonçález los tomó por fuerça, dixo que porque lo viera pasto común , conmo dicho avía, e ge lo viera tomar syn mostrar título nin razón alguna, e aun que, quando tomara, que levara pieça de omes consigo e que, porque era poderoso e con miedo que les farían mal, que non osaran los dichos labradores rreclamar; e que esto es lo que vio e sabe de fecho para la jura que fizo*”. Lo mismo se repite en *Asocio*, p. 259.

*e a los otros que con él yvan que les faría comer la carta e los ahorcarí, que non dexaría ninguno, que non tenían allí que entender el rrey nin la rreyna, salvo él...*⁴³.

Que estos conflictos estaban atravesados por la violencia es casi una banalidad. Como acabamos de ver con claridad en los documentos el terror era una práctica habitual. Ahora bien, sin desautorizar esta interpretación, es posible complejizarla vinculando las definiciones dogmáticas sobre la costumbre con esta documentación sobre conflictos. Según lo que venimos planteando las referencias al uso de la fuerza y de la “sin razón” no sólo serían marcas de la violencia de los poderosos sino también una estrategia discursiva y legal para demostrar la ilegalidad de la posesión. En esta clave, el hecho de decir que Diego González del Águila “por fuerza y sin razón” prenda los animales que pacen en los ejidos es un intento de demostrar la falta de consenso, la irracionalidad de un uso y, por lo tanto, la ilegalidad de esa práctica. De allí que en el alegato se construya en paralelo la demostración de una costumbre ligada al consenso de los vecinos⁴⁴ y la ilegalidad del uso del “usurpador” unido al ejercicio de la fuerza y de la irracionalidad:

*“Preguntado cómo sabía que los dichos Salobrales eran pasto común de los ganados de los vecinos de Avila de su tierra, dixo este testigo que porque viera, puede aver çinquenta años, que los ganados de los vezinos de la dicha çibdat de Avila e de su tierra que paçían comúnmente los dichos Salobrales syn ge lo contrariar persona alguna e que asy lo paçían el dicho tiempo acá, fasta que Nuño Gonçález los tomó por fuerça; preguntado cómo el dicho Nuño Gonçález los tomó por fuerça, dijo que por que lo viera pasto común, conmo dicho avía, e ge lo viera tomar syn mostrar título nin razón alguna”*⁴⁵.

En el documento está claro que los vecinos pastorean su ganado en el término sin ir contra el derecho de la tierra mientras que Nuño Gonçález lo ha tomado por la fuerza sin mostrar título y yendo contra razón. La

43 *Asocio*, p. 735.

44 El consentimiento de los vecinos suele expresarse en la documentación demostrando que la práctica se lleva adelante sin que haya contradicción; Sáez (1956), p. 180: “*E que ellos, por virtud de la dicha conpusición e abenencia que avían convusco que / siempre estuvieron en tenencia e posesión, del dicho tiempo acá, de paçer con sus ganados e beber las aguas, sin pena alguna e sin otra contradición, por toda la dicha vuestra sierra e por todos los logares...*”.

45 *Asocio*, p. 257.

ocupación de los vecinos es valorada como costumbre de la tierra en tanto que la de Nuño Gonçalez es calificada como usurpación.

En un artículo ya citado en el que Monsalvo Antón trabaja sobre esta misma documentación, el autor plantea que la costumbre funcionaba como fuente de legalidad y servía a los jueces para dictar resoluciones en una determinada línea. Algo bien interesante planteado por el historiador es que muchos de los usos que los testigos y los jueces defendían como consuetudinarios y que se calificaban como inmemoriales remitían, en realidad, a normativas u ordenanzas bastante recientes. Esto se ve de forma palmaria en los pleitos que se sucedieron entre 1414-1416. En muchos de ellos los testigos alegaban que

“... en tierra de Avila es costumbre de paçer los ganados por todos los términos de unos lugares de tierra de la çibdat de Ávila guardando pan e vino et prado de bueyes fasta el tiempo que es de guardar los prados de los bueyes, que es desde primero día de febrero fasta Sanct Ioán de junio”⁴⁶.

En todos los casos, dice Monsalvo Antón,

“... se presentaba como la costumbre «de siempre». Pero precisamente el derecho a entrar en los términos comarcanos y la existencia de prados sanjuaniegos es algo recogido en las ordenanzas abulenses y, en ese sentido, corresponde a un tiempo jurídico-normativo específico y es resultado de pactos y decisiones políticas”⁴⁷.

Si bien la costumbre es presentada como antigua, tenía como referente los privilegios regios y las ordenanzas. El autor concluye que fueron los procuradores de los pueblos quienes usaron sabiamente estos recursos y que los hicieron intervenir en las declaraciones de los testigos. Si esto es así podríamos volver a hacernos la pregunta ya planteada, aunque restringida al problema de la temporalidad, en el capítulo 4: ¿la referencia de los testigos a la costumbre es expresión de la memoria oral de la comunidad o la estrategia discursiva de los que saben qué es apropiado decir para que un uso tenga valor de costumbre? En este caso puntual parece estar claro que la argumentación de los testigos se encuentra bastante orientada por la palabra eficaz de jueces y procuradores. Se podría aventurar incluso,

⁴⁶ *Asocio*, p. 196. La misma declaración aparece en boca de otro testigo en *Asocio*, p. 264, volviéndose a repetir en boca de otro declarante en *Asocio*, p. 265.

⁴⁷ Monsalvo Antón (2006), 38.

que en algunos casos la pregunta de éstos orientaba decididamente la respuesta. Esto se ve por ejemplo en el pleito analizado cuando se le pregunta al testigo si sabía que Diego González tomó dicho término y prados *por fuerça y sin razón*. El procurador pone, instala el lenguaje en el que deben ser dichos los *fechos* por parte de los testigos.

Monsalvo Antón, aun con la lucidez que le permite ver el carácter estratégico o “político” de la costumbre, y habiendo realizado una crítica al paradigma antropológico sobre la misma⁴⁸, no puede escapar de una lectura que pone en primer plano nuevamente ese paradigma⁴⁹. Por un lado, las expresiones *por fuerça y sin razón* reenvían directamente, en su formulación, al sometimiento campesino y a la impunidad de los señores feudales. Por otro lado, la costumbre termina siendo definida como “componente del ideario de los pecheros de la Tierra, como argumento, como credo cívico o informal doctrina popular en el ambiente concejil de aquellos medios sociales”⁵⁰.

Ahora bien, si como veníamos discutiendo antes de la digresión que nos llevó a la problemática de la fuerza y la irracionalidad, los juristas medievales asimilaron pueblo a la categoría jurídica de *universitas* y, la voluntad, que no remitía a una “espíritu” encarnado en los hombres, fue definida como acto conciente, reflexivo y racional expresado en la instancia judicial, ¿por qué el autor vincula a la costumbre presente en estas fuentes jurídicas con un derecho de matriz popular que formaría parte de un ideario típicamente campesino? ¿Qué matriz de pensamiento hace posible traducir la *voluntas populi* medieval por voluntad o derecho popular?

Como ya señalamos al inicio del capítulo, una serie de deslizamientos interpretativos habilitaron esta lectura, transformando la *voluntas populi* medieval, categoría de estricta raigambre jurídica, en espíritu

48 Recordemos que al poner en evidencia el carácter político de la costumbre concluye Monsalvo Antón (2006), 45: “Por eso las costumbres... en general, me parece que son tanto o más historia que etnografía o antropología... Comprobamos por otra parte que el principio de la costumbre es equívoco. Servía para justificar unos usos, pero también era invocado para justificar los contrarios. Y esto también impugna el paradigma antropológico...”. En efecto, lejos de ser inmutable la costumbre era, por el contrario, algo nuevo, cambiante, producto de la decisión.

49 Cf. Capítulo 1.

50 Monsalvo Antón (2006), 20.

del pueblo, voluntad o derecho popular campesino. Veamos a continuación algunos momentos claves de esta metamorfosis.

II. EL DERECHO CONSUETUDINARIO COMO DERECHO POPULAR

La Escuela Histórica del Derecho, anclada en la idea de costumbre como espíritu del pueblo, marcará un antes y un después en la construcción de esta hermandad entre costumbre y derecho popular. Pero esta novedad tenía sus antecedentes, se nutría de la influencia de las ideas del romanticismo alemán que desde el siglo XVIII venía por distintos caminos discutiendo la idea del pueblo como organismo histórico vivo. Desde la filosofía y desde el derecho se vislumbraba una crítica al racionalismo y a las teorías contractualistas de la Ilustración resaltando la importancia de la experiencia vital y de lo colectivo espontáneo en la historia y la cultura. Tanto Herder a fines del siglo XVIII planteando que el derecho debía dar cuenta de la espontaneidad colectiva del pueblo, como Gustav Hugo a principios del siglo XIX proponiendo que sería absurdo encerrar al derecho en leyes ya que su forma genuina era más bien el derecho consuetudinario, influyeron profundamente en Savigny- fundador de la Escuela Histórica- y en Puchta, su discípulo y en la elaboración de su teoría de la costumbre como derecho popular.

Si bien para Savigny todo el Derecho positivo, en tanto vivía en la conciencia del pueblo, debía considerarse “Derecho popular”, la costumbre era la manifestación inmediata de ese derecho popular. Al igual que las otras creaciones del espíritu del hombre (el arte, la ciencia, especialmente el lenguaje) la costumbre brotaba de la exteriorización inmediata, y, en parte inconsciente, del espíritu del pueblo. En el *Sistema del derecho romano actual*, Savigny planteaba, que para los romanos el derecho se justificaba en la *longa consuetudo* y en el tácito consentimiento del pueblo. El pueblo, a quien se adjudicaba este consentimiento, era definido por el jurista, no solo como la totalidad de los ciudadanos inscriptos en tribus y centurias en un determinado momento, precisión que podría considerarse muy cercana a la definición propiamente romana de *populus*, sino más bien como la nación romana ideal que pervivía a través de las generaciones⁵¹. Como señala Garré, un primer deslizamiento se opera con el

51 Ver Garré (2005), 42, n. 55.

jurista Savigny, que abandona el pueblo en cuanto tal para concentrarse en otro concepto el de «Volk», definido como tradición cultural europea⁵². Según Wolf, la idea de “pueblo” en Savigny poseía una entraña exclusivamente poético-literaria, y no racional, psicológica o biológica, ni tampoco, en principio, político-nacional⁵³. Reafirmando esta idea, Wieacker señala que el pueblo aparece en Savigny ya no como la realidad política y social de la nación histórica sino como un concepto ideal que remitía a la comunidad cultural y espiritual unida a partir de una constitución común⁵⁴. Cuando el jurista planteaba entonces que el derecho consuetudinario era expresión del “Volksgeist” (espíritu del pueblo), ese “Volk” ya no era el *populus* en términos romanos o medievales, sino lo popular. Un primer desplazamiento se percibe: del concepto de *populus* como categoría jurídica se pasa a la idea de nación o comunidad espiritual con un trasfondo profundamente antropológico.

En el ámbito hispánico el ejemplo más acabado de esta concepción, tal vez sea, como ya vimos, el jurista Costa. En su polémica con los intelectuales liberales que apoyaban la elaboración de Código Nacional Español profundizaba aún más la idea de un derecho consuetudinario como derecho popular:

“Y sin embargo nunca ha sido tan necesario como en nuestro siglo el conocimiento del derecho popular, por lo mismo que es el siglo de las codificaciones y de la unificación del derecho civil, y en que los códigos nacionales, sobre ahogar las legislaciones consuetudinarias de las provincias y de los pueblos, han atajado el curso de los desenvolvimientos ulteriores del Derecho, hollando las leyes de la actividad jurídica, desautorizando por adelantado las costumbres que en lo venidero puedan hacer surgir los procesos evolutivos del espíritu...”⁵⁵.

El fragmento muestra claramente por un lado, la asimilación pro-

52 Garré (1992), 363. Para la relación trazada en Savigny entre pueblo y derecho ver también Kantorowicz (1970b), 440 y 447; González Vicen (1978-79), 22-23; Rodríguez Molinero (1978-79), 226.

53 Wolf (1963), 492.

54 Wieacker (1995 [1967]), 311: “[Savigny’s doctrine] can only be understood if by *Volk* we understand not «commonwealth of adult citizens» but «cultural tradition»... «People» for Savigny is not any actual nation or society, but an ideal cultural concept, the intellectual and cultural community bound together by a common education...”.

55 Costa (1981), 35.

ducida entre costumbre, derecho popular y espíritu del pueblo; por otro, la construcción de un modelo de confrontación entre derecho consuetudinario y derecho legal que será el paradigma desde el cual los institucionalistas hispánicos pensarán la relación entre costumbre y derecho romano. La tesis clásica, que como vimos sostenía que la redacción de “costumbres” de los siglos XII y XIII se correspondería con una necesidad de oponer resistencia al nuevo derecho, abreva en este modelo que en definitiva caracteriza a la costumbre como *vox populi* en oposición al derecho romano concebido como voz elitista de un derecho extranjero. Otro pequeño desplazamiento se evidencia, la costumbre deja de ser *voluntas populi* para ser voz del pueblo o voluntad popular.

III. EL PARADIGMA ANTROPOLÓGICO Y LA “CULTURA POPULAR”

La historia social y la antropología no permanecieron ajenas a esta metamorfosis. Como vimos en el capítulo 1, paralelamente e influenciadas por el pensamiento romántico se gestaron las primeras aproximaciones a la costumbre desde una perspectiva que se podría denominar antropológica aunque estemos hablando de la prehistoria de la antropología. En los orígenes de la disciplina la costumbre fue despojada de su especificidad jurídica vehiculizándose así la posibilidad de designar a través de ese concepto los caracteres “étnicos” o “culturales” de una nación o pueblo.

En importantes referentes de la historia medieval y moderna advertimos esta identificación entre costumbre y cultura popular. Las apreciaciones de uno de los más representativos historiadores de la modernidad, E. P. Thompson, muestran la impronta que este paradigma que considera a la costumbre como memoria auténtica del pueblo, como la expresión clara de su voz, ha dejado en las ciencias sociales. En este caso puntual se refleja en la asociación realizada por el autor entre costumbre y cultura. Además de frases que muestran esta relación con claridad (“En siglos anteriores, el término «costumbre» se usaba para expresar gran parte de lo que ahora lleva consigo la palabra «cultura»”⁵⁶) el título de la introducción no deja lugar a dudas: “Costumbre y cultura”. Pero no es la cultura en términos generales lo que para Thompson representa la costumbre, se trata de un tipo de cultura muy especial, la cultura plebeya

56 Thompson (1995), 15.

o de los pobres. La costumbre era la forma cultural que caracterizaba a aquellos a los que se les negaba una educación sistemática, y que por tanto solo podían recurrir a la transmisión oral de la memoria colectiva del pueblo como educación asistemática⁵⁷. Según este acercamiento, la pureza del pueblo se expresaría en un derecho puro, el derecho consuetudinario, no contaminado como sí lo sería el derecho oficial.

Pera esta imagen de lo popular y del pueblo ha sido criticada. Un interesante trabajo de Claude Grignon y Jean-Claude Passeron encara una crítica a las investigaciones que desde la sociología y la literatura de las ciencias sociales en general se han dedicado a estudiar a las culturas populares. Dos son los modelos interpretativos que analizan: el relativismo cultural y el realismo sociológico. La crítica al primer modelo es la que nos interesa a nosotros ya que para los autores “las cegueras sociológicas del relativismo cultural aplicado a las culturas populares promueven el *populismo*”⁵⁸, rasgo que como vemos caracteriza a las aproximaciones que venimos citando hasta aquí. Con el objetivo de reducir las ilusiones etnocéntricas que había caracterizado a las ciencias sociales hasta mediados del siglo XX, el relativismo cultural, según estos investigadores, ha resultado en una inversión “pura y simple de los valores dominantes: «la gente del pueblo vale más que nosotros», su cultura es culturalmente más rica que la nuestra, en último término es la única cultura que es «naturalmente cultural»”⁵⁹.

Esta idea de una cultura popular como verdadera naturaleza aparece en Thompson con claridad, pero sumando otro elemento fundamental para que esa cultura plebeya sea naturalmente cultural: la costumbre. Después de habernos informado que “La costumbre era segunda naturaleza del hombre”⁶⁰, al final de la introducción nos advierte sobre la pérdida de nuestra naturaleza humana consecuencia de la aparición del capitalismo y del mercado.

Costumbre, cultura plebeya, cultura popular se exhiben en el trabajo de Thompson como sinónimos. Para Grignon y Passeron se trata ante todo de una lectura, deudora del populismo romántico, que conduce a estos autores a “confundir con fervor pueblo y pueblo, *plebs* y *populus*”:

57 Thompson (1995), 16.

58 Grignon y Passeron (1992), 21.

59 Grignon y Passeron (1992), 37.

60 Thompson (1995), 15.

“Fue explícitamente con el romanticismo nacionalista cuando el *Volkskunde* (término del que Thoms ha calcado *folklore* en 1846) inició desde muy pronto esta identificación que participa de la moda del prefijo *Volk*. A través de los numerosos avatares de sus contenidos ideológicos, esta corriente ha influido en el desarrollo de las «etnografías metropolitanas» y en la mayor parte de las investigaciones folkloristas; todavía hoy se encuentra su elástica definición de «pueblo» y de lo «popular» en numerosos populismos: regionalismos, vuelta a la tierra, *revivals*”⁶¹.

IV. LA ASIMILACIÓN ENTRE DERECHO POPULAR Y MENTALIDAD CAMPESINA

Otro giro interesante se ha dado entre los medievalistas al identificar a la costumbre con la mentalidad campesina, produciendo un sugestivo desplazamiento que asimila *vox populi* a voz campesina. Un ejemplo más que representativo de esta identificación es el caso citado unas páginas más arriba del historiador Monsalvo Antón. Además de definir como ya vimos a la costumbre como “componente del ideario de los pecheros de la Tierra, como argumento, como credo cívico o informal doctrina...”⁶², plantea que la apología de los usos y costumbres es una de las grandes piezas del tradicionalismo mental del campesino medieval y moderno⁶³.

En el primer capítulo de este trabajo ya habíamos hecho un breve análisis de esta cita. Decíamos allí que la reducción de la costumbre a la idea de una mentalidad campesina hacía perder de vista el carácter estrictamente jurídico que las remisiones a la costumbre tenían en la documentación. Permítasenos aquí extendernos un poco más en el estudio de estos fragmentos ya que varias de las cuestiones que venimos discutiendo a lo largo de este trabajo se encuentran condensadas en él.

En primer lugar, como indicamos más arriba, la costumbre es definida por Monsalvo Antón, como “informal doctrina popular”. La idea de costumbre como expresión del pueblo, como voz de los que no tienen una educación sistemática se cuela aquí nuevamente. Los campesinos expresarían un saber popular enfrentado al saber elitista de los poderosos. Pero acaso ¿lo que dicen los “campesinos” no coincide con lo formulado por el saber elitista?

En segundo lugar, la costumbre es considerada por Monsalvo

61 Grignon y Passeron (1992), 37-38.

62 Grignon y Passeron (1992), 20.

63 Monsalvo Antón (2006), 62.

Antón “ideario” o “mentalidad campesina”. El primer riesgo de esta asociación es el desconocimiento de la dimensión jurídica que la costumbre posee, sobre todo si se trabaja sobre documentos jurídicos en donde se exponen sentencias y declaraciones de los testigos. Pero otro problema en relación con esto es aún más preocupante: las fuentes que trabajamos nunca hablan de campesinos. Se refieren a los declarantes como “pecheros”, “vecinos” o “testigos” siendo estas dos últimas las expresiones más frecuentes. Nos hemos cuidado mucho de utilizar el concepto “campesino” a lo largo de toda la investigación ya que es un término problemático a la hora de ser aplicado a la Edad Media. Si bien la frecuencia de su empleo entre los historiadores ha llevado a naturalizar su uso, algunos especialistas han llamado la atención sobre el anacronismo del concepto.

Entre ellos, Jesús Izquierdo Martín ha mostrado que el concepto “campesino” no se encuentra presente en ninguna de las sociedades previas al desarrollo del capitalismo. Se trataría de una de las grandes invenciones del siglo XIX en el marco de la crítica socialista al liberalismo:

“Fue en aquel contexto cuando apareció el concepto moderno de *campesino*, un adjetivo sustantivado que refería a quien encarnaba el valor trabajo frente al capital y cuya actividad laboral se distinguía de la que se consideraba propia de las urbes”⁶⁴.

En adelante, el concepto campesino, fue utilizado por los estudiosos como referente a partir del cual interpelar a los numerosos y variados sujetos agrarios premodernos.

Los historiadores medievalistas que centraron su atención en la transición del feudalismo al capitalismo se preocuparon, en general, por el papel jugado por el campesino en tanto clase social en este proceso. Respecto de esta identificación del campesino *qua* clase social, Izquierdo Martín también tiene una posición crítica:

“En Castilla no hubo nada parecido a un discurso de clase campesina, ni siquiera un mínimo discurso campesino. No hubo lenguaje verbal o práctico alguno que denotara la existencia de una conciencia campesina. Hubo una generalizada semántica colectiva, pero ¿podemos considerarla equivalente al lenguaje de las clases sociales?”⁶⁵.

64 Izquierdo Martín (2008), 356. Ver también Izquierdo Martín (2001, 25-121; 2002, 163-167).

65 Izquierdo Martín (2008), 362. Una posición claramente opuesta puede verse en Astarita (2000).

La respuesta del autor es absolutamente negativa. El lenguaje con el que habla y actúa el habitante del campo está atravesado por una matriz “teológica y corporativa de un sistema conceptual en el que lo social aparece como una copia reducida de un todo teocrático, un todo orgánico -con el que se imaginan las partes- y antropomórfico –trasunto de su necesaria unidad-”⁶⁶. Es el lenguaje de la comunidad el que opera como referente identitario⁶⁷. En el caso específico de Castilla, para el historiador Izquierdo Martín, lo comunitario se expresó en una semántica fuertemente locativa y con un contenido tremendamente territorial a través del término *vecino* y sus derivados⁶⁸.

Esta matriz locativa no es para nada casual. Alain Guerreau en su clásico libro *El feudalismo, un horizonte teórico*, insistiendo sobre la naturaleza no exclusivamente económica de la relación de *dominium* también señalaba la ausencia en Europa feudal de la noción de campesino en el sentido en que lo usamos habitualmente. Entre las palabras que servían para designar a los que comúnmente llamamos campesinos, Guerreau advierte que la mayoría de ellas (*agricolae, rustici, villani, pagenses, vicini, manentes*) no tenían valor genérico alguno sino que, en general, designaban el lugar de residencia⁶⁹. En la misma línea, Morsel muestra, que a par-

66 Izquierdo Martín (2008), 362.

67 En relación con el problema del lenguaje teológico y comunitario en la sociedad medieval ver Kantorowicz (1985); Michaud-Quantin (1970).

68 Para formar parte de la corporación de vecinos eran necesarias, en principio, tres condiciones: el pago de pechos; la residencia permanente en la villa o ciudad; el haber sido admitido como vecino. En la práctica, se ve que la primera condición no era absoluta. Por ejemplo, en el fuero de Salamanca se aceptaba la posibilidad de que una persona fuera vecino y no pechara. Respecto de la segunda condición, la de la residencia, era una cuestión básica aunque no suficiente. La tercera era la más importante: haber sido aceptado por la comunidad como *vecino*. Ser *vecino* habilitaba una serie de beneficios entre los que se encontraban: el derecho de usufructo de los términos; el derecho y el deber de participar en asambleas concejiles; pero también, y sobre todo, recibir los beneficios de la cooperación comunitaria, la reciprocidad vecinal. En algunos concejos, sobre todo en aquellas comunidades nacidas a partir del proceso “re poblador”, los vecinos recibían algunas concesiones, tanto fiscales o económicas como procesales. Un claro ejemplo de estos beneficios otorgados a los vecinos es el fuero de Sepúlveda de 1076 en donde se establece que los vecinos de Sepúlveda no pagarían ni portazgo ni mañería, y no darían posada al rey por la fuerza sino a voluntad. Respecto de la identidad locativa implicada en el hecho de ser reconocido como vecino ver el completo estudio de Izquierdo Martín (2001), 245-372.

69 Guerreau (1984), 207.

tir del siglo XI se da en Europa occidental la aparición de términos nuevos estrictamente ligados al proceso de “encelulamiento” (*villanus, vilain, villein, villano*, etc.) El vocablo “villano”, señala Morsel, de rápida difusión, remitiría al aldeano en tanto dependiente encelulado. El señor ejercería su *dominium* no sobre los “campesinos” sino más bien sobre los hombres circunscriptos, atados a la tierra. La impronta locativa del término *vecino* habría que ponerla en relación entonces con el proceso de formación de la comunidad de habitantes y con la nueva forma de ejercicio del poder (dominio simultáneo sobre hombres y tierras) que caracterizará a Occidente en torno de los siglos XI-XII. Por esto, es “preferible evitar, mientras sea posible, a propósito de la sociedad medieval, el término de «campesino» que reenvía más bien a una función (cultivar la tierra) que a una posición simultánea en el espacio material y social”⁷⁰.

El “vecino” al que se refieren los pleitos, entonces, no es simplemente, aquel que cultiva la tierra, sino un sujeto con una categoría jurídica y social que lo habilita para ser testigo en el proceso judicial, exponiendo, en tanto parte de una corporación o comunidad, cuáles son los derechos que posee. En síntesis, si las fuentes hablan de vecinos o testigos ¿podríamos seguir considerando que la referencia a “viejos usos” es una marca del tradicionalismo mental de la clase campesina? Una forma rápida de resolver el interrogante sería cambiar el sujeto a quien se le atribuye ese tradicionalismo y adjudicárselo ahora a la comunidad de vecinos o villanos. Pero aquí otro problema se plantea. Si como sostuvimos más arriba son los jueces y procuradores los que guían, dirigen y orientan las respuestas bajo un lenguaje eficaz para hacer efectivo un derecho, ¿no habría que hablar más que de un tradicionalismo villano, de una concepción del derecho según la cual la antigüedad producía efecto de verdad? La remisión a la costumbre no sería, por tanto, la marca característica de un saber popular campesino sino la demostración palpable de que el derecho medieval, a diferencia del derecho contemporáneo, encontraba buena parte de su legitimación en lo antiguo.

Algunos historiadores, entre ellos Garré proponen que el lugar preponderante que la costumbre tenía como fuente del derecho en la sociedad medieval bien podría explicarse recurriendo a una análisis de

70 Morsel (2008d), 245. Abandonar el concepto “campesino” no será tarea fácil. En su defecto, tal vez lo más apropiado sea, como propone Izquierdo Martín (2008), 375, usarlo de modo crítico, asumiendo la pesada carga historiográfica con la que cuenta.

psicología profunda. Siguiendo a Mayali, el autor plantea que la atención que los juristas, como Placentino o Azo, dieron a la fórmula ciceroniana “*consuetudo est altera natura*” mostraría que los glosadores tomaban nota de la disposición natural de los individuos a respetar ciertos hábitos sobre los cuales se fundaba el orden establecido. En definitiva se trataba de una perspectiva conservadora según la cual la novedad representaba un peligro para el equilibrio de la sociedad⁷¹. Garré considera que desde un enfoque psicoanalítico podríamos interpretar el éxito de la *consuetudo* como fuente de derecho como expresión de la necesidad de reiteración. La reiteración de ciertas usanzas creaba seguridad dentro del grupo⁷², que a través del ejercicio rutinario de las costumbres de derecho lograba identificarse y fortalecerse⁷³. Este fue, para el autor, el punto de partida cultural antropológico sobre el que se instaló la teoría romanista. A nuestro criterio, el punto más débil de esta interpretación es que vuelve a poner el acento en el proceso de racionalización que habría supuesto la tarea de los glosadores: los juristas medievales habrían elevado al rango de derecho algo que se encontraba arraigado en la naturaleza de los hombres, la costumbre.

Ahora bien, si estos acercamientos no nos satisfacen, ¿De qué modo podríamos entonces explicar el papel de la costumbre en el derecho medieval? Guriévich señalaba en su clásico libro *Las categorías de la cultura medieval* que mientras que lo nuevo provocaba desconfianza, en la orientación hacia lo antiguo el hombre medieval veía una virtud particular, encontraba allí un valor moral a seguir. De allí que, la tarea de aquel que legislaba no fuera elaborar leyes nuevas sino hacer una selección del antiguo derecho: “el derecho no podía ser objeto de innovación, existía desde el comienzo de los siglos... El derecho no se elaboraba *ex novo*, sino que se lo buscaba y se lo encontraba”⁷⁴. A partir del siglo XII una idea planteada por los primeros glosadores vino a consolidar la imagen de un derecho anclado en la naturaleza: *Natura, id est deus*. Para Iglesia Ferreirós, en tanto el derecho positivo se confundía con el derecho natural y el

71 Garré (2005), 61; Mayali (1990), 14.

72 Garré (2005), 61.

73 En la misma línea, Cesarini Sforza (1930), 91: “La psiche umana è così costituita che tende a considerare come normativo ciò che continuamente si ripete (donde la tradizionale giustificazione del diritto consuetudinario)”.

74 Cf. Guriévich (1990), 193.

derecho divino, el rasgo más importante del derecho debía ser su antigüedad ya que toda norma antigua era sinónimo de bondad y justicia⁷⁵. Los argumentos de Paolo Prodi se mueven en esta dirección:

“Si el derecho es reflejo de la creación la jurisprudencia se torna coparticipación en esa creación y búsqueda de la imagen divina en el mundo; el jurista es quien extrae de la materia prima –la justicia, el derecho, o la «*rudis aequitatis*»- el derecho en su forma concreta”⁷⁶.

Pero a diferencia de Iglesia Ferreirós, Prodi no considera que en la sociedad medieval se produjera una confusión entre derecho positivo, derecho natural y derecho divino. Por el contrario la singularidad del medioevo sería la posibilidad de haber mantenido la esfera sacra y profana como dos esferas jurídicas separadas a pesar de estar confundidas, a veces, en las mismas personas o instituciones⁷⁷. Tal vez por este lado podríamos esbozar una respuesta a nuestra pregunta. Para Prodi el orden jurídico cristiano –a diferencia de nuestro derecho basado en un monismo jurídico exclusivamente apoyado en la ley- se caracterizó por la pluralidad de la dimensión jurídica, por la copresencia, competencia y relación dialéctica de los distintos sistemas jurídicos existente. Para el autor, un ejemplo característico de esta idea se encuentra en la *Summa Coloniensis* (1169) en donde se expresa claramente la pluralidad de tipos de organización y la superposición en el ejercicio concreto de la jurisdicción sobre el hombre:

“El derecho es natural o moral; cada uno de esos derechos luego pueden ser divino o humano; el derecho divino, pues se divide en ley natural, ley de las Escrituras, ley de la gracia y cánones de la Iglesia; a su vez el derecho humano se expresa en costumbres y en constituciones, en las leyes ora políticas, ora eclesiásticas, y su característica es modificarse con el tiempo y derivar su legitimidad a partir de la autoridad”⁷⁸.

En principio ningún fuero excluye al otro⁷⁹ sino que se trata de

75 Iglesia Ferreirós, (1996b), 285-290.

76 Prodi (2008), 106-197.

77 Prodi (2008), 43.

78 G. Framsen y S. Kuttner (eds.), *Summa “Elegantius in iure divino” seu Coloniensis*, Nueva York, 1969, p. 35.

79 Según Prodi (2008), 97, la Reforma Gregoriana fue el intento medieval de crear un sistema normativo integrado bajo el control de la Iglesia. Sin embargo esta ten-

registros en competencia y superpuestos. En el *Decreto* de Graciano se describe palmariamente también esta estructura plural: en la cúspide el derecho divino natural; por debajo el derecho positivo (derecho común de toda la cristiandad); más abajo, las constituciones imperiales; por último, nuevas leyes, estatutos particulares, costumbres eclesiásticas o civiles⁸⁰. A diferencia de nuestra sociedad contemporánea, con una fuerte preponderancia del derecho positivo avanzando sobre otros fueros, y en la cual las normas emanan de una fuente única, la sociedad medieval se basaba en una diversidad de planos normativos. Probablemente esto explique que la costumbre tenga un lugar preponderante en la producción de derecho. La referencia a la costumbre no sería entonces la marca de una mentalidad tradicionalista campesina sino la de una concepción del derecho que manteniendo la pluralidad de fueros se presenta como radicalmente opuesta a la nuestra.

Recapitulemos para ordenar lo dicho hasta aquí. Hemos señalado varios hitos que indican un desplazamiento que terminó por asociar costumbre a derecho popular: un primer corrimiento que se produjo en el siglo XIX con la Pandectística que junto a Savigny concibió a la costumbre como “espíritu del pueblo”, como derecho popular que se oponía al derecho legal codificado. Un segundo desplazamiento, tal vez de tinte más antropológico que enlazó a la costumbre con la cultura popular. Un tercer hito que hizo de la costumbre voz, ideario o mentalidad de los campesinos medievales.

Advertir estos deslizamientos ha sido un buen ejercicio para dejar al descubierto el sustrato “populista” en el que se fundan ciertas interpretaciones que ven en el derecho consuetudinario medieval un derecho popular expresión de la voz de los campesinos, idea anacrónica, como vimos, respecto del pensamiento de los propios juristas medievales.

tativa fracasó. Para el autor el Gran Cisma de Occidente sería la expresión palpable de este fracaso del papado de lograr controlar el fuero penal y disciplinario en un sistema integrado.

80 Ver Prodi (2008), 63.

CONCLUSIONES

Si la introducción es, según Foucault, el lugar donde el autor ejerce su monarquía, donde se organiza una lectura que obliga al lector a no desviar los ojos de la propuesta del que escribe, la conclusión, creemos, debe ser pensada como la reduplicación de esa estrategia, o más bien como la última carta en la manga, la más audaz, para lograr la lectura anticipada al inicio del trabajo. La conclusión, sin embargo, se enfrenta con una tarea bastante más ardua que la que encara la introducción. En esta última, el lector todavía es virgen, no sabe lo que el texto le depara; por eso puede aferrarse a la propuesta diseñada por el autor en la introducción. La conclusión, por el contrario se enfrenta a quien ha terminado su tarea y ha encontrado seguramente a lo largo del recorrido lagunas, contradicciones e inconsistencias. De parte del autor, por tanto, es necesario agudizar el ingenio y la retórica para convencer al lector de que todas esas falencias o bien no han existido, o bien, si la operación anterior es imposible dado el calibre de las falencias, intentar persuadirlo de que existen una serie de ejes que recorren el trabajo y que dan coherencia a esos desaciertos. Como creemos que ya es demasiado tarde para intentar la primera maniobra, llevaremos a cabo la segunda, con la esperanza de someter a nuestra voluntad el sentido de este texto que acabamos de presentar¹.

I. EL MODELO DE “LAS DOS EDADES DE LA COSTUMBRE”

A lo largo de la investigación nos hemos referido en numerosas oportunidades a la existencia entre los medievalistas de un modelo que consignamos bajo el nombre de “las dos edades de la costumbre”, caracterizado por un primer momento que abarcaría el período previo a la recepción del *Corpus Iuris*, en el que la costumbre era “regla de vida”, “derecho en estado práctico”, “estado salvaje”, “voz del pueblo”; y un segundo período, post recepción justiniana, caracterizado por una racionalidad moderna que haría de la costumbre derecho. Costumbre como derecho del pueblo/costumbre como norma jurídica; costumbre como *factum*/costumbre como *jus*, cada una de estas definiciones de costumbre corresponderían por ende a dos momentos históricos distintos.

1 Foucault (1990).

A partir de lo que hemos trabajado, diversas objeciones pondrían en jaque la aplicación de este modelo. La primera cuestión concierne a la historia misma del concepto *consuetudo*. Como mostramos en el capítulo 2 para Castilla y León, y como sostienen Gouron y otros historiadores para la zona del Midi, el término *consuetudo* y sus equivalentes o bien no existían antes del siglo XII –como se evidencia en el caso castellano- o bien no remitían a un derecho basado en un hecho normativo –como lo muestra el ejemplo leonés-. Concluimos entonces que sin influencia romana no hay “costumbre” y sin trabajo de los romanistas y canonistas no hay derecho consuetudinario. Pero el ejemplo de León permite una crítica más precisa al modelo de “las dos edades de la costumbre”, porque los vocablos *usus*, *mos* y *consuetudo* utilizados tempranamente en los fueros leoneses no remiten a una regla de vida en estado salvaje o a un derecho de matriz popular. Por el contrario, refieren claramente a la legislación visigoda, como es el caso de *mos*, o a las imposiciones banales como suele verse en el caso de *consuetudines* o *usus*. Frente a esto el mito de la costumbre altomedieval como estado de naturaleza o auténtico reservorio de un derecho popular se esfuma.

En segundo lugar, distinguir dos momentos históricos para la costumbre, el primero cuando se encontraría arraigada a lo factual y el segundo predominantemente doctrinario, conlleva otro riesgo: el de caer en una perspectiva evolucionista. No es ajeno a los historiadores que encuadramos en el iusnaturalismo plantear la existencia de dos momentos evolutivos en torno del problema de la costumbre: la Alta Edad Media caracterizada por ser el primado de la costumbre como experiencia que nace desde abajo, del pueblo y de los sectores rurales; la Baja Edad Media en donde este derecho en estado práctico es elevado a la categoría de derecho. Otra vez Grossi es un buen ejemplo para ver esta continuidad:

“La ciencia jurídica, en lugar de burlarse de ellas (las costumbres) les otorga su propio aval, les franquea la tapadera de plomo de la ley vieja y envejecida, las recupera para sus esquemas universales. Singular dialéctica entre lo universal y lo particular, y también singular simbiosis entre los usos, que se arrastran por la tierra y están llenos de tierra, y una ciencia que es iluminación desde lo alto”².

El derecho consuetudinario es comportamiento humano que ilu-

2 Grossi (1996), 192.

minado por el saber deviene derecho. Como vemos, Grossi no descuida la capacidad normativa de la costumbre ni abandona el paso al *jus consuetudinarium*, pero lo considera como una transformación sin demasiados sobresaltos, puesto que esta construcción “sapiencial” llamada derecho consuetudinario refleja lo que sucede en el plano de lo real, de las “cosas”. No se trataría de dos momentos separados por la novedad y la aparición histórica de un nuevo concepto, el de *jus consuetudinarium*, sino de una evolución en la que el derecho docto es reflejo elaborado de un derecho rústico preexistente.

Este modelo se enmarca en otro más general, también evolucionista pero sobre todo claramente etnocéntrico, que concibe al derecho altomedieval como germánico, popular, consuetudinario e irracional y al derecho bajomedieval como un derecho romano-canónico, culto y ligado a la construcción del Estado. Esta confrontación entre estas dos estructuras que se piensan como sucesivas y autónomas habilita la posibilidad de considerarlas, a partir de la matriz aportada por la antropología³, en términos de avance desde la irracionalidad del primer sistema, cuyas expresiones más patentes serían los “juicios de Dios”, a la racionalidad del segundo, que buscaba a través de un nuevo sistema de pruebas la verdad del hecho. Pensar en dos momentos de la costumbre iría bastante bien con esta lógica de oposiciones binarias. Se trataría, en definitiva, de agregar un elemento más en esta serie preestablecida, que vendría a reforzar esta concepción evolucionista del derecho: a la Alta Edad Media correspondería la predominancia de la costumbre en tanto *factum*, a la Baja Edad Media, la costumbre como *jus*. Ahora bien, los supuestos tanto históricos como epistemológicos de estas interpretaciones han sido muy criticados en los últimos trabajos abocados al estudio del derecho en la Edad Media. La dicotomía derecho germánico popular vs. derecho romano culto, como vimos, ha sido desbaratada desde diversos frentes. Las críticas apuntaron tanto a sus premisas ideológicas (perspectiva genetista asociada al nacio-

3 Nos referimos aquí a la idea de “mentalidad primitiva” del antropólogo Lévy-Bruhl (1922), base de ciertas visiones de las ordalías y las formas de la prueba antes de la recepción romano-canónica, como la de van Caenegem (1965; 1991) que asocia la irracionalidad primitiva con el derecho germánico.

nalismo del siglo XIX⁴) como a su contenido histórico⁵. Por otro parte, la idea de una evolución desde formas irracionales hacia otras más racionales ligadas al derecho romano-canónico y al nacimiento del Estado ha sido puesta en entredicho, sobre todo, por los investigadores que han estudiado el problema del proceso judicial en la Edad Media. Las investigaciones llevadas adelante en estos últimos años no sólo permiten hablar de permanencias de elementos de los sistemas precedentes en el marco del proceso romano-canónico, sino también de la existencia, en el período previo a la recepción, de nociones y prácticas que desde una mirada evolucionista serían calificadas como de un carácter supuestamente “más racional” (como la presencia de la prueba testimonial o documental)⁶.

Esta misma idea de racionalidad se plantea al describir el supuesto paso de un “estadio de la costumbre” a otro. Suele sostenerse que a fines del siglo XI dos mundos entrarían en conflicto: una sociedad tradi-

4 La consideración como “analistas de la genética ficción” hecha por Toubert (1990), 18-23, con respecto a quienes oponen romanismo y germanismo es ilustrativa de la crítica que se les realiza.

5 Solo para poner algunos ejemplos significativos ver la crítica que Cortese (2000), 86-87, hace a la visión tradicional sobre el *gairethinxs* lombardo (aprobación de las leyes lombardas en asamblea del ejército en armas), considerado como marca de un derecho germánico de raíz popular. Cortese plantea que esta visión debe ser reformulada ya que si prestamos atención al lenguaje del legislador en el edicto de Rotario, no cabe duda de que la eficacia vinculante de la ley estaba atada a la propia autoridad legal y no a la aprobación popular. En esta línea, ver también las críticas de Iglesia Ferreirós (1981) a las interpretaciones que ligan ordalía-derecho germánico y derecho visigodo; cf. asimismo los trabajos de de Petit sobre la matriz consuetudinaria del derecho visigodo que ya reseñamos.

6 Madero (2004). La conclusión de Madero (p. 44), cuyo objetivo central es indagar las continuidades y rupturas del sistema de pruebas en los fueros castellanos y en la obra jurídica de Alfonso X, es una clara síntesis de lo que señalamos: “El proceso romano-canónico no sustituye al de un mundo de pura trascendencia que busca la verdad por caminos que la razón no muestra. Reducidas a lo esencial, las prácticas de los fueros castellanos y aquellas que están en el programa del Rey Sabio no difieren profundamente. Si se tiene en cuenta lo que más se emplea (los testigos, los juramentos, los duelos) ¿por qué celebrar este supuesto pasaje a una racionalidad que no parece seriamente fundada en la razón de quienes lo celebran?”. Hay continuidad, dice la autora, no solo porque en los textos alfonsíes el juramento y el combate judicial sigan siendo usados como medios de prueba, sino porque en los fueros la ordalía convive con otras formas de prueba supuestamente “más racionales”, como el testimonio.

cional basada todavía en la validez de hecho de los usos heredados y una racionalidad moderna que se expresaba en el estudio del derecho en las ciudades del norte de Italia. Conciliar estos dos mundos no habría sido fácil, habría significado sacrificar mucho de la natural vitalidad del derecho consuetudinario⁷. Vitalidad natural de la costumbre contra racionalidad del derecho moderno: no hay duda aquí de la fuerte impronta dejada por el romanticismo del siglo XIX, que vivía la creación de un Código Civil unificado como una lucha entre la costumbre, derecho natural y popular, y la codificación, considerada derecho racional y arbitrario. Pero es importante remarcar, como ya lo señalamos en el capítulo 1, que paralelamente a los planteos de la Escuela Histórica se iba forjando en el ámbito de la antropología, al abrigo del proceso colonizador, una visión genetista de la costumbre según la cual frente al derecho oficial de los colonizadores la costumbre encarnaba un derecho originario, de carácter étnico, de los pueblos conquistados. El encuentro de estas dos aproximaciones fue la que habilitó una lectura que haría hincapié en el enfrentamiento entre derecho consuetudinario y derecho romano. Sin embargo esta visión más etnográfica del enfrentamiento entre derecho legal y derecho consuetudinario no encarna necesariamente una concepción evolucionista del derecho en la medida en que la reflexión gira sobre todo en torno del proceso de aculturación que resulta de este choque. El modelo de “las dos edades de la costumbre” tendría, por tanto, la virtud de habilitar dos miradas divergentes o incluso contradictorias de estas dos etapas de la costumbre: una primera interpretación, de corte fuertemente evolucionista según la cual a partir del siglo XII de lo que se trataría sería de iluminar o develar lo que ya se encontraba en estado rústico o salvaje; otro abordaje que ve en el trabajo de civilistas y canonistas no sólo develamiento si no también tergiversación y domesticación que eliminaría lo vital, auténtico y natural de la costumbre.

Por último, proponer estos dos momentos implica desconocer un dato histórico fundamental: que la dimensión que hemos denominada fáctica de la costumbre fue instituida por los propios juristas medievales cuando al elaborar la doctrina de la costumbre discutieron en torno del uso y de la voluntad popular como causa de la costumbre. Pierre de Belleperche, jurista de la escuela de Orleans, planteó después de varios siglos de discusión que el “*usus non est causa consuetudinis, sed tacita volun-*

7 Garré (2005), 59; Mayali (1990), 14.

tas populi". El uso no era más que la expresión material de la *voluntas populi* que daba origen a la costumbre. Las tesis iusnaturalistas tomaron esto como evidencia que validaba la hipótesis de la costumbre naciendo de las prácticas populares, cuando en realidad con el concepto de *voluntas populi* los civilistas no hacían referencia a un momento histórico de la costumbre previo a su formulación, sino al procedimiento jurídico por el cual se instituía como derecho. La voluntad del pueblo no era sinónimo de voluntad popular ni de nada parecido. Como hemos visto, por un lado, *voluntas* hacía referencia a un acto conciente y reflexivo de un grupo cualificado; por lo tanto, ni los locos, ni los menores, ni las mujeres, ni ciertos *rustici* podían dar origen a una costumbre. *Populus*, por otro lado, remitía a la corporación capaz de producir este derecho, en términos medievales, a la *universitas*⁸.

Después de estas objeciones parece no haber mucho margen para seguir sosteniendo la tesis de "las dos edades de la costumbre". Consideramos, antes bien, que se le ha atribuido carácter histórico a dos etapas que en el interior de los discursos de los civilistas y canonistas eran dos momentos lógicos en la elaboración del derecho consuetudinario.

Esto no invalida, sin embargo, la posibilidad de que el concepto "costumbre" posea una historia. La costumbre adquiere a partir de los glosadores una significación antes inexistente. Pero esto no fue el resultado de una traducción de la costumbre como norma rudimentaria a la costumbre como *jus*; sino de la posibilidad misma de definir a la costumbre como derecho, alternativa que no se encontraba presente en la tradición romana, y que fue imaginada por los juristas medievales. Como plantea Marta Madero, los cambios que se operaron a partir del siglo XII no implicaron un salto entre

"... una «costumbre» que emanaría de las cosas mismas y un derecho conciente de las ficciones que lo ordenan. Esto equivaldría a imaginar un orden jurídico que emana de la vida misma, «voz intacta de lo real», «dimensión que está en el interior de las cosas» momento anterior al advenimiento del artificio que sería no obstante, ya, un orden institucional. Los cambios que se imponen no constituyen uno de los tantos momentos de muerte anunciada de las identidades colectivas. No se trata de eso, sino de distinguir formas concurrentes de aprehensión y enunciación de la experiencia. Los *ordines* romano-canónicos obligan a prácticas de definición y restitución de los hechos que modifican clasificaciones anteriores

8 Mayali (1990), 21.

que ya son jurídicas. Pero la tecnicidad y la complejidad crecientes crean un sector de especialistas cuya formación dependerá de nuevas instituciones”⁹.

Si la costumbre, como venimos diciendo es un constructo jurídico su historia debe dar cuenta no de su adecuación a una supuesta realidad sensible sino de los diversos significados que la *consuetudo* tuvo en las distintas tradiciones jurídicas.

II. COSTUMBRE Y MEMORIA

Otro eje del análisis ha estado centrado en una crítica a los abordajes que, aun trabajando fuentes jurídicas, privilegian una lectura de la costumbre en su vínculo con la memoria. Efectivamente, varios elementos que suelen definir a la costumbre entroncan, para la historiografía tradicional, con el problema de la memoria: el tiempo, la tierra, la oralidad, la *voluntas populi* serían la marca palpable de esa relación. El derecho consuetudinario deviene desde esta perspectiva la encarnación de una mentalidad popular o la expresión de la tradición oral. Convencidos de que este abordaje seguía anclado en un enfoque romántico, e incluso iusnaturalista de la costumbre, encaramos la tarea de analizar cada uno de estos *topoi* que definen a la *consuetudo* partiendo del cruce de la documentación de la práctica jurídica con la dogmática sobre el derecho consuetudinario. Dos objetivos básicos guiaron este análisis: por un lado, mostrar la fuerte impronta que las reflexiones de los juristas medievales habían dejado en los fueros y en los conflictos; por otro lado, sostener que las referencias al tiempo, a la tierra, a la *voluntas populi* y al carácter *non scriptum* de la *consuetudo* no reflejaban una mentalidad campesina tradicional y arcaizante sino una ciencia jurídica medieval en plena tarea de definir, de inventar el derecho consuetudinario.

Repasemos brevemente el recorrido realizado. En primer lugar, nos detuvimos ante la relación entre costumbre y tiempo. Los conflictos analizados nos mostraron una referencia constante al tiempo por parte de los testigos, alusión que, con frecuencia, los historiadores interpretaron como expresión palmaria de la memoria de la comunidad. El testigo, devenido campesino en estas interpretaciones, expresaría una memoria

9 Madero (2008), 12.

colectiva tramada desde épocas ancestrales por la propia comunidad. El cruce de la documentación de pleitos y conflictos con la documentación dogmática sobre el derecho consuetudinario abrió una perspectiva de abordaje que puso en duda la naturaleza ancestral y comunitaria de ese recuerdo. Lejos de referir a una memoria comunal primigenia, de la cual la costumbre también daría cuenta, estas referencias al tiempo presente en los testimonios remitían a un tiempo instituido desde el derecho. El tiempo del que hablaban los vecinos o testigos encontraba su basamento en las elaboraciones que tanto civilistas como canonistas confeccionaron a la hora de precisar una temporalidad para la *consuetudo*.

La segunda cuestión que abordamos fue la relación entre memoria, tierra y costumbre. En un texto clásico citado muchas veces en nuestro trabajo, Grossi señalaba que el mundo medieval, en tanto civilización factual en la que el derecho nace del hecho y de la costumbre como fuente objetiva del mismo, basaba su propio orden en tres hechos provistos de una carga normativa extraordinaria, uno de los cuales era la tierra¹⁰. La tierra, institución fuerte, atrae a los individuos, los condiciona, los instrumentaliza, pero además opera de reservorio de la memoria de la comunidad. Por lo tanto, la costumbre, la más factual de las fuentes del derecho, extrae de la tierra el fundamento vivo de la tradición comunal. Tierra, costumbre y memoria se anudan, según Grossi, a partir de este rasgo tan singular del derecho medieval que sería su facticidad.

La historiografía específica ha revisado en estos últimos años esta caracterización del derecho medieval haciendo hincapié en la fuerte impronta institucionalista o romántica que esta mirada contiene. Hemos resaltado en el capítulo 5 que también la recorre una fuerte adhesión a ciertos postulados antropológicos que identifican la percepción del mundo de los medievales con la de los hombres primitivos, atrapados según esta mirada, en una lógica premoderna de indistinción entre el sujeto y el objeto.

Efectivamente, el recorrido realizado por fueros y conflictos permite decir que a partir del siglo XI la costumbre se territorializa y el estatus de los hombres se confunde con el de la tierra. ¿Debería interpretarse esto como la marca de un derecho factual y de una costumbre que nace de la tierra? Nuestra propuesta intentó invertir la relación tierra, derecho, costumbre y memoria. Si en la propuesta de Grossi la tierra era el hecho

10 Grossi (1996), 91. (Las otras dos fuerzas primordiales eran el tiempo y la sangre.)

primordial del que surgía el derecho (consuetudinario, obviamente), reservorio de la tradición expresada en la costumbre; en nuestro abordaje es en cambio el discurso del derecho el que instituye a la tierra como portadora de una memoria jurídica a través de la asignación de costumbres a una comunidad.

En el capítulo 6 nos avocamos al estudio del vínculo entre oralidad, memoria y costumbre resaltando la ligazón que generalmente se traza entre la costumbre como derecho oral y la memoria de la comunidad. La idea de la costumbre como “voz viva del grupo”, “adhesión común a una costumbre oralmente transmitida”, recorre buena parte de las investigaciones sobre la costumbre en la Edad Media. Ahora bien, una lectura guiada por ciertos lineamientos trazados por Thomas, para quien los glosadores no remitían a la oralidad de la costumbre cuando hablaban de *jus non scriptum* nos permitió mostrar cómo esta filiación quedó delineada a partir de la concepción etnográfica de la costumbre consolidada en el siglo XIX. Sobre la base del modelo “dualista” reseñado en el capítulo 1, que piensa al derecho escindido entre un derecho legal moderno y un derecho consuetudinario primitivo, se construyeron una serie de oposiciones binarias -derecho oficial/derecho popular, derecho artificial/derecho auténtico; derecho positivo/derecho natural; derecho escrito/ derecho oral- que sirvieron por muchos años de sustento para el abordaje del derecho consuetudinario en la Edad Media. La utilización de este modelo se vio favorecida por las aproximaciones que consideraban al Medioevo como una sociedad sin Estado, característica que lo acercaba indiscutiblemente a las sociedades primitivas. Entre los pares de opuestos que este modelo organizaba se encontraba la idea profundamente enraizada en la historia social, la antropología y la historia del derecho, de la costumbre como derecho oral. Desconfiar de esta asimilación tramada por este modelo, por lo menos para una lectura en clave jurídica de las fuentes jurídicas, abrió la puerta para una revisión de la relación oralidad-escritura en la Edad Media. El análisis de los preámbulos de los fueros iluminó esta cuestión al mostrar que en el imaginario medieval era la escritura y no la oralidad la que se asociaba a la memoria de la comunidad de habitantes.

Por último, la idea de la costumbre como expresión de la memoria del pueblo fue revisada a través de un recorrido que exploró la historia de la costumbre como *voluntas populi*, intentando mostrar el salto interpretativo que a partir de la pandectística se operó en este concepto al quedar

asociado a la idea de derecho popular. A partir de ese momento, la perspectiva de un derecho consuetudinario como expresión viva de los que no tienen voz cobró una importancia extraordinaria en las interpretaciones de medievalistas y modernistas, haciendo de la costumbre la manifestación más acabada de la mentalidad campesina.

En definitiva, lo que hemos tratado de hacer a través de este recorrido por los tópicos más importantes de la costumbre es “desmitificarla”, instalando el problema nuevamente en el registro del derecho. Esta tarea destructiva ha resaltado que en la Edad Media el derecho consuetudinario no expresaba la voluntad del pueblo o de los campesinos, sino la del *populus* como *universitas*; no remitía a la cosa o al hecho como categoría del mundo sensible, sino al *factum* en tanto categoría de derecho; no se manifestaba como voz viva de la memoria oral sino como *jus non scriptum* en oposición a un derecho contenido en el *Corpus Iuris*. En nuestra lectura la relación romántica de la costumbre con la memoria se desanuda puesto que uno de nuestros principales objetivos ha sido un acercamiento al discurso jurídico no desde la experiencia inmediata sino desde las reglas de existencia que él mismo propone e impone.

III. EL DISCURSO JURÍDICO Y EL MUNDO

En el prefacio a la publicación de una serie de conferencias organizadas en Buenos Aires en 1998, Thomas sostenía que “toda una mitología que data del último siglo (más particularmente del romanticismo alemán) censura aún nuestros estudios: la de la espontaneidad del derecho, la de su inmanencia en lo social, la de su inmersión en los datos culturales inmemoriales y fundamentales”¹¹. No cabe duda, por lo que venimos diciendo, que las aproximaciones a la costumbre como derecho ingenuo, fáctico e inmemorial son la prueba más acabada de la vigencia de esta mitología expuesta por el jurista francés. Los medievalistas que desde la historia social abordaron el tema de la costumbre quedaron presos, con frecuencia, de esta visión que hace del derecho un discurso que transparenta lo social, que representa el orden de lo sensible.

Thomas, en combate permanente con esas interpretaciones que leían el discurso jurídico desde el sentido común, había planteado que el

11 Thomas (1999), 10.

derecho no debía ser pensado desde la experiencia inmediata sino como un saber técnico que da forma a los objetos sociales, remodela la realidad y ordena el mundo social redefiniéndolo y recalificándolo por fuera de la inmediatez¹². Consideramos pues, que la invención del concepto *jus consuetudinarium* debe ser pensado bajo esta lógica técnica que Thomas prescribía para el derecho: los juristas medievales crearon un concepto a partir del cual remodelaron el mundo.

En esta misma línea y para dar cuenta de este carácter instituyente del discurso jurídico, Gunther Teubner funda la categoría de “derecho como sujeto epistémico”, partiendo de la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, de la concepción foucaultiana acerca del discurso y de la teoría de la autopoesis de Niklas Luhmann. El derecho en tanto sujeto epistémico, sostiene el autor, “procesa autónomamente información, crea mundo de sentidos, fija objetivos y fines, produce construcción de la realidad y define expectativas normativas”¹³. El derecho no se corresponde, para Teubner, con algún tipo de realidad que está ahí afuera y lo precede, sino que construye su propia realidad sensible.

El recorrido que hemos hecho por la costumbre y sus componentes ha intentado mostrar este carácter preformativo del discurso: inventado por los juristas medievales, el *jus consuetudinarium*, lejos de ser la traducción inmediata, transparente y racional de unas reglas orales, populares y ancestrales, fue un concepto que creó el objeto al que nominaba al mismo tiempo que configuró un nuevo mundo.

12 Thomas (1999), 9.

13 Teubner (2002), 551.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES UTILIZADAS

Archivo Digital de Manuscritos y Textos Españoles [ADMYTE], Madrid, Biblioteca Nacional/Micronet: 1991 [0]; 1992 [1].

I. Corpus Alfonsí

Espéculo (ed. G. Martínez Diez), Ávila, 1985.

Fuero Real (ed. G. Martínez Diez), Ávila, 1988.

Siete Partidas (ed. A. Díaz de Montalvo), Sevilla, 1491 [ADMYTE 1].

Las Siete Partidas (ed. G. López), Salamanca, 1555 (reproducción anastática, Ed. Boletín Oficial del Estado, 1984).

Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos, Madrid, 1807 (Ed. Real Academia de la Historia).

Primera Partida, según el manuscrito Add 20.787 del British Museum (ed. J.A. Arias Bonet), Valladolid, 1975.

II. Derecho Romano

Codex. Corpus Iuris Civilis (ed. P. Krueger), Editio stereotypa, Berlín, 1906.

[*Codicis dn. Iustiniani Sacratissimi Principis Libri XII*, Lyon: Sumptibus Claudii Landry, 1589].

[*Codex cum glossa domini Justiniani*, Lyon: Johann Siber, ca. 1496-1500].

Digesto. Corpus Iuris Civilis (ed. Th. Mommsen), Editio stereotypa, Berlín, 1905.

[*Digestum Novum seu Pandectarum*, Lyon: Sumptibus Claudii Landry, 1627].

Institutiones. Corpus Iuris Civilis (ed. P. Krueger), Editio stereotypa, Berlín, 1905.

[*Corpus Iuris Civilis Iustiniani*, Ginebra: Johannem Vignon, 1620].

[*Corpus Iuris Civilis Romanus*, Coloniae Munatiana: Sumptibus Fratibus Cramer, 1756].

[*Codicis dn. Iustiniani Sacratissimi Principi*, Paris: Carolam Guillard viduam Claudii Chevallonii, 1550].

Novellae. Corpus Iuris Civilis, vol. III, *Novellae rec. Rudolphus Schoele opus Schoellii morte interceptum absoluit Guillelmus Krole*, Berlín: apud Weidmannos, 1904.

[*Novellae cum glossa*, Lyon: Johann Siber, ca. 1496-1500].

III. Derecho Canónico

Graciano. *Corpus Iuris Canonici*, editio Lipsiensis secunda post Acuilii Ludovici Richteri curas instruxit Acuilus Friedberg, Graz: Akademische Druck. u. Verlagsanstalt, 1958.

[*Decretum Gratiani*, Lyon: Sumptibus Petri Landry, 1606].

[*Corpus Iuris Canonici*, Justi Henningii Boehmeri, Acuilus Ludovicus Richter, vol. I, Lipsiae, Sumtibus Beruch. Tauchnitz Jun., 1839].

IV. Glosadores y comentadores

AZO, *Summa Codicis et Institutionum*, Venecia, 1498

BALDO DE UBALDIS, *Commentaria in 7. 8. 9. 10. & 11. Cod. Lib.*, Lyon, 1585.

—, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Lyon, 1585.

BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Commentaria in primam Digesti veteris partem*, Venecia : apud Iuntas, 1570.

—, *Comentaría in secundam Codicis partem*, Lyon, 1555.

PIERRE DE BELLEPERCHE, *Quaestiones vel distinctiones*, Bolonia, Editor A. Forni, 1979.

Summa Coloniensis, *Summa “Elegantius in iure divino” seu Coloniensis*, G. Framsen & S. Kuttner (eds.), Vol. : Nueva York, 1969; vol. II: Ciudad del Vaticano, 1978.

V. Fueros, Cartas Pueblas y Privilegios

- CATALINA GARCÍA, J. (1887), *Fuero de Brihuega*, Madrid.
- CRiado DEL VAL, M. (1976), “Privilegio otorgado por Alfonso X a Hita”, en *Historia de Hita y de su arcipreste*, Madrid, pp. 193-195.
- DELGADO MERCHÁN, L. (1907), “Carta-puebla. Archivo municipal (1255)”, en *Historia documentada de Ciudad Real*, Ciudad Real, pp. 355-357.
- DE UREÑA Y SMENJAUD, R. (1911), *El fuero de Zorita de los Canes y sus relaciones con el fuero latino de Cuenca y el romanceado de Alcázar*, Madrid.
- DE UREÑA Y SMENJAUD, R. (1935), *Fuero de Cuenca. (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del fuero de Iznatoraf)*, Madrid.
- DE UREÑA Y SMENJAUD, R. & BONILLA Y SAN MARTÍN, A. (1952), *Fuero de Usagre (siglo XIII)*, Madrid.
- El fuero de Madrid*, Madrid, 1963 (Ed. Ayuntamiento de Madrid).
- El fuero de Salamanca*, Madrid, 1877 (pról. M. Villar y Macías).
- Fuero de Frías*, Archivo Histórico Nacional, Papeles de Oña, leg. 1.247 (ed. J. González, Alfonso VIII, n. 950).
- Fuero Juzgo* (trad. del latín al leonés, ca. 1260) [ADMYTE 0].
- Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, 1815 (Ed. Real Academia Española).
- Fuero de la villa de Oña*, Archivo Histórico Nacional, Clero, Oña, carp. 277, n. 18. Archivo de Silos, ms. 7, f. 126-127 (ed. E. de Hinojosa, Colección de Documentos, n. 54).
- GAIBROS DE BALLESTEROS, M. (1928), “Privilegio Otorgado por Sancho IV a Talavera de la Reina”, en *Historia del reinado de Sancho IV de Castilla*, Madrid, tomo III, pp. clxxxiv-clxxxv.
- GARCÍA GALLO, A. (1961), “Los fueros de Medinaceli”, *AHDE*, 31, pp. 13-15.
- GARCÍA GALLO, A. (1975), “Los fueros de Toledo”, *AHDE*, 45, pp. 464-467.
- GARCÍA LUJÁN, J.A. (1982), *Privilegios Reales de la Catedral de Toledo (1086-1462)*, Granada.
- GOROSCH, M. (1950), *Fuero de Teruel*, Estocolmo.
- GROS, G. (1991), “El fuero de Uclés, documento de mediados del siglo XII”, *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 188, pp. 105-177.
- GUTIÉRREZ CUADRADO, J. (1975), *Fuero de Béjar*, Salamanca.
- HOLMER, G. (1963), *El fuero de Estella, según el manuscrito 944 de la Biblioteca del Palacio de Madrid*, Karlshamm.

- Libro de los fueros de Castilla*, Madrid, Biblioteca Nacional 431 (1300-1400) [ADMYTE O].
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ, J. (1949), *El fuero de Coria. Studio histórico-jurídico*, Madrid.
- MUÑOZ Y ROMERO, T. (1847), *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Madrid, tomo I.
- PRETEL MARÍN, A. (1974), "Privilegio otorgado por Fernando III a Alcaraz en 1245", en *Alcaraz: un enclave castellano en la frontera del siglo XIII*, Albacete, pp. 136-139.
- RODRÍGUEZ, J. (1981), *Los fueros del reino de León (= FRL)*, Madrid, 2 vols.
- RODRÍGUEZ, M.M. (1800), "Fuero de Castrojeriz", en *Memorias para la Vida del Santo Rey Don Fernando III*, Madrid, pp. 415-418.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J. (1990), *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, Zamora.
- SÁEZ, E., GIBERT, R., ALVAR, M., RUIZ ZORRILLA, P. & PÉREZ, M. (1953), *Los fueros de Sepúlveda*, Segovia.

VI. Otros documentos hispánicos

- ÁLVAREZ LLOPIS, E., BLANCO CAMPOS, E. & GARCÍA DE CORTÁZAR, J.A. (1994), *Colección Diplomática de Santo Toribio de Liébana*, Santander.
- BARRIOS GARCÍA, A., MONSALVO ANTÓN, J.M. & DEL SER QUIJANO, G. (1988), *Documentación Medieval del Archivo Municipal de Ciudad Rodrigo*, Salamanca.
- DEL SER QUIJANO, G. (1981), *Documentación de la Catedral de León (siglos IX-X)*, Salamanca.
- GARRIDO GARRIDO, J.M. (2004), *Documentación de la Catedral de Burgos (804-1183)*, Burgos.
- GONZÁLEZ, J. (1980), *Reinado y diplomas de Fernando III. 3. Diplomas (1233-1253)*, Córdoba.
- HERRERO, M. (1988), *Colección Diplomática del Monasterio de Sahagún*, León.
- JORDAN DE ASSO Y DEL RÍO, I. & MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. (1847), *Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho*, Madrid.
- Leyes de Toro*, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1849, tomo VI, pp. 549-567.

- LIZOAIN GARRIDO, J.M. (1985a), *Documentación del Monasterio de las Huelgas de Burgos (1116-1230)*, Burgos.
- LIZOAIN GARRIDO, J.M. (1985b), *Documentación del Monasterio de las Huelgas de Burgos (1231-1262)*, Burgos.
- LIZOAIN GARRIDO, J.M. (1987), *Documentación del Monasterio de las Huelgas de Burgos (1263-1283). Índices (1116-1283)*, Burgos.
- LÓPEZ, I.C. y DEL SER QUIJANO, G. (1990), *Documentación Medieval del Asocio de la Extinguida Universidad y Tierra de Ávila, Ávila (= Asocio)*.
- LUIS FERNÁNDEZ, S.J. (1967), *Colección Diplomática de la Abadía de Santa María de Benevivere (1020-1561)*, Madrid.
- LÓPEZ DE SILANES, C. & SÁINZ RIPA, E. (1985), *Colección Diplomática Calceatense, Archivo Catedral (1125-1397)*, Logroño.
- OCEJO GONZALO, I. (1983), *Documentación del Monasterio de San Salvador de Oña (1032-1284)*, Burgos, tomo III.
- RODRÍGUEZ DIEGO, J.L. (2004), *Colección Diplomática de Santa María de Aguilar de Campoo (852-1230)*, León.
- SÁEZ, E. (1956), *Colección Diplomática de Sepúlveda I (1076-1454)*, Segovia.
- SÁEZ SÁNCHEZ, C. (1991), *Colección Diplomática de Sepúlveda II (1076-1485)*, Segovia.
- SÁNCHEZ, G. (1922), "Ordenamiento de Segovia, 1347", *Boletín de la Biblioteca Menéndez y Pelayo*, 4, pp. 301-320.
- SÁNCHEZ BELDA, L. (1948), *Cartulario de santo Toribio de Liébana*, Madrid.
- VILLAR GARCÍA, L.M. (1990), *Documentación Medieval de la Catedral de Segovia (1115-1300)*, Salamanca.

VII. Otros documentos

- CICERÓN, *De inventione* (= G. Achard, ed., *Cicéron. De l'invention*, París, 1994).
- ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías* (= W.M. Lindsay, ed., *Isidori Hispalensis Episcopi. Etymologiarum sive originum libri XX*, Oxford, 1911, 2 vols.).
- Rhetorica ad Herennium* (= G. Achard, ed., *Rhetorique à Herennius*, París, 1989).

BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

- AA. VV. (1983), *Temps, mémoire, tradition au Moyen Âge. Actes du XIII^e Congrès de la Société des Historiens Médiévistes de l'Enseignement Supérieur Public (Aix-en-Provence, 4-5 juin 1982)*, Aix-en-Provence.
- AA. VV. (1997), *Desarrollo legal, práctica judicial y acción política en la Europa medieval*, Sección Monográfica, *Hispania*, LVII, 197, pp. 879-1077.
- ALFONSO-ANTÓN, I. (1997), "Presentación", en AA. VV., *Desarrollo legal, práctica judicial y acción política en la Europa medieval*, Sección Monográfica, *Hispania*, LVII, 197, pp. 879-883.
- ALFONSO-ANTÓN, I. & JULAR-ALFARO, C. (2000), "Oñas contra Frias o el pleito de los cien testigos: Una pesquisa en la Castilla del siglo XIII", *Edad Media. Revista de Historia*, 3, pp. 61-88.
- ALVARADO CHACÓN, J.R. (2003). "La usucapión como modo de adquirir de la propiedad en el derecho romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana", *Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, 26, 59-117.
- ALVARADO PLANAS, J. (1995), "Los fueros de concesión real", en J. Alvarado Planas (ed.), *Espacios y fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV)*, Madrid, pp. 91-139.
- ALVARADO PLANAS, J. (1997), *El problema del germanismo en el derecho español (siglos V- XI)*, Madrid.
- ASCHERI, M. (2000), "Tra legge e consuetudine: qualche problema dell'Alto Medioevo (e dell'età contemporanea)", en G. Rossetti y G. Vitolo (eds.), *Medioevo, Mezzogiorno, Mediterraneo. Studi in onore di Mario Del Treppo*, Nápoles, pp. 313-327.
- ASCHERI, M. (2006), *La città-statto. Le radici del repubblicanesimo e del municipalismo italiani*, Bolonia.
- ASSIER-ANDRIEU, L. (2001), "La formation historique du concept de coutume et les origines de l'anthropologie sociale, XVIII^e-XIX^e", en M. Mousnier y J. Poumarède (eds.), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Tolosa, pp. 229-245.

- ASSMAN, J. (1995), "Collective Memory and Cultural Identity", *New German Critique*, 65, pp. 125-133.
- ASSMAN, J. (2000), *Religion und kulturelles Gedächtnis: Zehn Studien*, Munich.
- ASTARITA, C. (1993), "Estructura social del concejo primitivo de la Extremadura caste-llano-leonesa. Problemas y controversias", *Anales de Historia Antigua y Medieval*, 26, pp. 47-118.
- ASTARITA, C. (2000), "¿Tuvo conciencia de clase el campesinado medieval?", *Edad Media. Revista de Historia*, pp. 89-114.
- AUSTIN, J.L. (1962), *How to Do Things with Words*, Oxford.
- BALDWIN, J. (1961), "The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 against Ordeals", *Speculum*, 36, pp. 613-636.
- BARRERO GARCÍA, A.M. (1993), "Los derechos de Frontera", en *Las sociedades de frontera en la España medieval. II Seminario de Historia Medieval*, Zaragoza, pp. 69-80.
- BARRERO GARCÍA, A.M. (1995), "El proceso de formación de los fueros municipales", en J. Alvarado Planas (ed.), *Espacios y fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV)*, Madrid, pp. 59-88.
- BARRIOS GARCÍA, C. (1983-84), *Estructuras agrarias y de poder en Castilla. El ejemplo de Ávila (1085-1320)*, Salamanca, 2 vols.
- BARTHÉLEMY, D. (1993), *La société dans le comté de Vendôme. De l'an mil au XIV^e siècle*, París.
- BARTHÉLEMY, D. (2003), "Un cambio de milenio sin transformaciones radicales", en L. Little y B. Rosenwein (eds.), *La Edad Media a Debate*, Madrid, pp. 219-238.
- BARTHÉLEMY, D. (2006 [1999]), *El año mil y la paz de Dios*, Granada.
- BARTLETT, R. (1986), *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford.
- BASTARDAS, J. (1960), "El latín de la Península Ibérica. 4. El latín medieval", en *Enciclopedia. Lingüística Hispánica*, Madrid, I, pp. 251-290.
- BAUDRILLARD, J. (1972), *Pour une critique de l'économie politique du signe*, París.
- BENEYTO, J. (1961), "Para la clasificación de las fuentes del derecho medieval español", *AHDE*, 31, pp. 259-268.
- BERMAN, H. (1996), *La formación de la tradición jurídica en Occidente*, México.
- BETTINI, M. (2000), *Le orecchie di Hermes. Studi di antropologia e letteratura classiche*, Turín.

- BIONDI, B. (1972), *Instituzioni di diritto romano*, Milán.
- BISSON, T. (1998), *Tormented Voices. Power, Crisis and Humanity in Rural Catalonia, 1140-1200*, Cambridge.
- BLACK, A. (1984), *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, Londres.
- BLACK, A. (1996), *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Cambridge.
- BOBBIO, N. (1965), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán.
- BOIS, G. (1991), *La revolución del año mil*, Barcelona.
- BONAUDO, M. (1970), “El monasterio de San Salvador de Oña. Economía agraria. So-ciedad rural”, *Cuadernos de Historia de España*, 51-52, pp. 42-122.
- BONNASSIE, P. (1988), *Cataluña 1000 años atrás*, Barcelona.
- BORGOLTE, M. (2002), “*Memoria. Bilan intermédiaire d'un projet de recherche sur le Moyen Age*”, en J.-C. Schmitt y O.G. Oexle (eds.), *Les tendances actuelles de l'histoire du Moyen Âge en France et en Allemagne*, París, pp. 66-67.
- BOURDIEU, P. (1986), “Le force du droit”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64, pp. 3-19.
- BOUREAU, A. (1992), “Droit et théologie au XIII siècle”, *Annales ESC*, 47.6, 1113-1125.
- BOUREAU, A. (2002), “Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval”, *Annales HSS*, 57.6, pp. 1463-1488.
- BOURGON, J. (1999), “La coutume et le droit en Chine à la fin de l'empire”, *Annales HSS*, 54.5, pp. 1073-1107.
- BOURIN, M. (1987) *Villages médiévaux en Bas-Languedoc. Genèse d'une sociabilité (X^e-XIV^e siècle). I: Du château au village*, París.
- BOURIN, M. & DURAND, R. (1994), “Église paroissiale, cimetière et castrum en Bas Languedoc (X^e-XII^e siècle)”, en M. Fixot y E. Zadora-Rio (eds.), *L'environnement des égli-ses et la topographie religieuse des campagnes médiévales*, París, pp. 98-106.
- BOWMAN, J. A. (2004), *Shifting Landmarks*, Nueva York.
- BOVE, L. (1985), *La consuetudine in Diritto Romano*, Nápoles, tomo I.
- BREI, S. (1899), *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. 1. Geschichtliche Grundlegung*, Breslau.
- BRETONE, M. (1999), *Derecho y tiempo en la tradición europea*, México.

- BROWN, P. (1975), "Society and the Supernatural. A Medieval Change", *Daedalus*, 104, pp. 133-151 (= *Society and the Holy in Late Antiquity*, Londres, 1982, pp. 302-332).
- BRUNNER, H. (1936 [1887]), *Historia del derecho germánico* (ed. C. von Schwerin), Barce-lona.
- CALASSO, F. (1954), *Medioevo del diritto. Le fonti*, Milán.
- CANNING, J.P. (1980), "The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries", *History of Political Thought*, 1, 9-32.
- CANNING, J.P. (1987), *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge.
- CANNING, J.P. (1988), "Law, Sovereignty and Corporation theory, 1300-1450", en J.H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought, 350-1450*, Cambridge, pp. 454-476.
- CAPOGROSSI, L. (1977), "Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 19, pp. 99-127.
- CARBASSE, J.-M. (1986), "Contribution à l'étude du processus coutumier: la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution", *Droits*, 3, pp. 25-37.
- CASSIN, B. (1995), *L'effet sophistique*, París.
- CAYLA, O. (1994), "La qualification, ou la vérité du droit", *Droits*, 18, pp. 3-18.
- CESARINI SFORZA, W. (1930), "Ex facto ius oritur", en *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, tomo I, pp. 87-97.
- CHANOCK, M. (1985), *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge.
- CLANCHY, M. (1979), *From Memory to Written Record, England 1066-1307*, Londres.
- CLANCHY, M. (1983), "Law and Love in the Middle Ages", en J. Bossy (ed.), *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, Cambridge, pp. 47-67.
- CLANCHY, M. (1999), *La cultura escrita, la ley y el poder del Estado*, Valencia.
- CLAVERO, B. (1992), *Institución histórica del derecho*, Madrid.
- COLISH, M.L. (1990), *The Stoic Tradition from Antiquity to the Early Middle Ages. 1. Stoicism in Classical Latin Literature*, Leiden.
- COMBACAU, J. (1986), "Ouverture: de la régularité à l'ègle", *Droits*, 3, pp. 3-10.

- CONGOST, R. (2007), *Tierras, Leyes, Historia. Estudios sobre "la gran obra de la propiedad"*, Barcelona.
- CONTE, E. (1996), *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Roma.
- CONTE, E. (2002), "Droit médiéval. Un débat historiographique italien", *Annales HSS*, 57.6, pp. 1593-1613.
- CONTE, E. (2010), "Poseer el uso. Perfiles objetivos y subjetivos de la costumbre en el derecho común", en E. Conte y M. Madero (eds.), *Entre hecho y derecho. Tener, poseer, usar, en perspectiva histórica*, Buenos Aires, pp. 53-74.
- CONTE, E., MANNINO, V. & VECCHI, P.M. (1999), *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Turin.
- CONTRERAS, F. (2001), "La idea de *Espíritu del pueblo* en F.C.v. Savigny", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35, pp. 161-187.
- CORREAS, O. (1994), "La teoría general del derecho frente al derecho indígena", *Crítica Jurídica* 14, pp. 15-31.
- CORTESE, E. (1962), *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Varese, tomo II.
- CORTESE, E. (1995), *Il diritto nella storia medievale*, Roma, tomo I.
- CORTESE, E. (2000), *Le grandi linee de la storia giuridica medioevale*, Roma.
- COSTA, J. (1981), *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Zaragoza, 2 vols.
- COSTA, P. (2007), "La soberanía en la cultura político-jurídica medieval: imágenes y teorías", *Res publica*, 17, pp. 33-58.
- CRADDOCK, J. (1974), "La nota cronológica inserta en el prólogo de las *Siete Partidas*. Edición y comentario", *Al Andalus*, 39, pp. 363-390.
- CRADDOCK, J. (1981), "La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio", *AHDE*, 51, pp. 365-418.
- DAHN, F. (1871), *Die Könige der Germanen*, Leipzig.
- DAMIATTA, M. (1983), *Plenitudo potestatis e universitas civium in Marsilio da Padova*, Florencia.
- DAVIES, W. & FOURACRE, P. (eds. 1986), *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge.
- DE CERTEAU, M. (1993). *La escritura de la historia*, México.
- DE DIOS, S., INFANTE, J., ROBLEDOS, R. & TORIJANO, E. (eds. 2006), *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Salamanca.

- DE UREÑA Y SMENJAUD, R. (1905), *La legislación gótico-hispánica. Leges Antiquiores. Liber Iudiciorum. Estudio Crítico*, Madrid.
- DELL'ELICINE, E., MICELI, P. & MORIN, A. (2009), "Actualizar la herencia: la historia del derecho medieval y sus nuevos tratamientos", en E. Dell'Elicine, P. Miceli y A. Morin (eds.), *De Jure. Nuevas lecturas sobre derecho medieval*, Buenos Aires, pp. 15-32.
- DELEUZE, G. (1980), "Deleuze-Spinoza. Cours Vincennes (09/12/1980): la puissance, le droit naturel classique", en *Les cours de Gilles Deleuze* (www.webdeleuze.com) [<http://www.webdeleuze.com/php/texte.php?cle=9&groupe=Spinoza&langue=1>].
- DERRIDA, J. (1998), *De la Gramatología*, México.
- D'ORS, A. (1943), *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca.
- DUBY, G. (1953), *La société aux XI^e et XII^e siècles dans la région mâconnaise*, París.
- DUBY, G. (1973), *Hommes et structures du Moyen Âge*, París.
- DUGUIT, L. (1901), *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París.
- DUGUIT, L. (1907), *Manuel de droit constitutionnel*, París, tomo I.
- DUPARC, P. (1967), "Le cimetière, séjour des vivants (XI^e-XII^e siècles)", *Bulletin Philologique et Historique*, pp. 482-504.
- FANTINI, M.G. (1998), *La cultura del giurista medievale. Natura, Causa, Ratio*, Milán.
- FASSÒ, G. (2001), *Storia della filosofia del diritto. 2. Antichità e Medioevo* [ed. C. Faralli], Roma.
- FEDELE, P. (1937), *Il Problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, Milán.
- FENTRESS, J. & WICKHAM, C. (1992), *Social Memory. New Perspectives on the Past*, Cambridge.
- FERNÁNDEZ CLEMENTE, E. (2000), "Joaquín Costa, pionero de las ciencias sociales en España", en J.A. González Alcantud y A. Robles Egea (eds.), *Intelectuales y ciencias sociales en la crisis de fin de siglo*, Barcelona, pp. 190-203.
- FICKER, J. (1928), *Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego is-lándico*, Barcelona.
- FITZPATRICK, P. (1980), *Law and State in Papua New Guinea*, Nueva York.
- FITZPATRICK, P. (1990), "Custom as Imperialism", en J. Abun-Nasr, U. Spellennberg y U. Wanitzek (eds.), *Law, Society, and National Identity in Africa*, Hamburgo, pp. 15-30.

- FITZPATRICK, P. (1992), *The Mythology of Modern Law*, Londres.
- FOSSIER R. (1984), *La infancia de Europa (Siglos X-XII). Aspectos económicos y sociales*, Barcelona, 2 vols.
- FOUCAULT, M. (1970), *La Arqueología del saber*, México.
- FOUCAULT, M. (1990), *Historia de la locura en la época clásica*, México, 2 vols.
- FOUCAULT, M. (1993), *Genealogía del racismo*, Buenos Aires.
- GACTO FERNÁNDEZ, E. (1979), *Temas de historia del derecho. Derecho medieval*, Sevilla.
- GALLEGO, J. (2003), *La democracia en tiempos de tragedia. Asamblea ateniense y subjetividad política*, Buenos Aires.
- GALLEGO, J. & MICELI, P. (2008), “Lugares practicados, trayectorias de territorios. Habitar, producir, pensar”, en P. Miceli y J. Gallego (eds.), *Habitar, producir, pensar el espacio rural. De la Antigüedad hasta el Mundo Moderno*, Buenos Aires, pp. 13-35.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. (1952), *Historia de España. De los orígenes a la Baja Edad Media*, Madrid.
- GARCÍA GALLO, A. (1941), “Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda”, *AHDE*, pp. 168-264.
- GARCÍA GALLO, A. (1951-52), “El «Libro de las Leyes» de Alfonso el Sabio. Del *Espéculo* a las *Partidas*”, *AHDE*, 21-22, pp. 352-528.
- GARCÍA GALLO, A. (1956), “Aportación al estudio de los fueros”, *AHDE*, 26, pp. 387-446.
- GARCÍA GALLO, A. (1961), “San Isidoro, jurista”, en *Isidoriana, Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV Centenario de su nacimiento*, León, pp. 133-41.
- GARCÍA GALLO, A. (1969), “El fuero de León”, *AHDE*, 39, pp. 5-171.
- GARCÍA GALLO, A. (1976), “Nuevas observaciones sobre la obra jurídica de Alfonso X”, *AHDE*, 46, pp. 609-670.
- GARCÍA GALLO, A. (1984), “La problemática de la obra legislativa de Alfonso X”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 5, pp. 8-19.
- GARCÍA TURZA, C. & GARCÍA TURZA, J. (1997), “Nuevas fuentes de la lengua y cultura hispánicas: los glosarios altomedievales”, en J.I. de la Iglesia Duarte (ed.), *VII Semana de Estudios Medievales (Nájera, 29 de julio-2 de agosto, 1996)*, Logroño, pp. 167-196.
- GARRÉ, R. (1992), “La teoria della continuità del diritto romano nell’Alto Medioevo nell’opera di F. von Savigny”, *Cenobio*, 41, pp. 359-374.

- GARRÉ, R. (2005), *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Metho-denlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, Fráncfort.
- GAUDEMET, J. (1938), “Coutume et raison en droit roman”, *Revue Historique de Droit Française et Étranger*, 17, pp. 141-171.
- GAUDEMET, J. (1956), “La coutume au Bas-Empire. Rôle pratique et notion théorique”, *Labeo*, 2, pp. 147-159.
- GAUDEMET, J. (1980). *La formation du droit canonique médiéval*, Londres.
- GEARY, P. (1986), “Vivre en conflit dans une France sans État: typologie des mécanis-mes de règlement des conflits (1050-1200)”, *Annales ESC*, 41.5, 1107-1133.
- GEARY, P. (2003), “Memoria”, en J. Le Goff y J.-C. Schmitt (eds.), *Diccionario razonado del Occidente Medieval*, Madrid, pp. 527-536.
- GEARY, P. (2006), *La mémoire et l'oubli à la fin du premier millénaire*, París.
- GIBERT, R. (1961), “El derecho municipal de León y Castilla”, *AHDE*, 31, pp. 695-753.
- GIESEN, B. (1993), *Die Intellektuellen und die Nation. Eine deutsche Achsenzeit*, Fráncfort.
- GILLMANN, F. (1912), “*Romanus pontifex iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habe-re*”, *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, 92, pp. 3-17.
- GIULLIANI, A. (1971), *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milán.
- GOFFART, W. (2003), “Los bárbaros en la Antigüedad tardía y su instalación en Occidente”, en L. Little y B. Rosenwein (eds.), *La Edad Media a Debate*, Madrid, pp. 50-79.
- GONZÁLEZ, J. (1945), “Aportación de fueros castellano-leoneses”, *AHDE*, 16, pp. 605-654.
- GONZÁLEZ GALVÁN, J. (1995), *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, México.
- GONZÁLEZ VICEN, F. (1978-79), “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19, pp. 1-48.
- GOODY, J. (1985 [1977]), *La domesticación del pensamiento salvaje*, Madrid.
- GOODY, J. (2007), *Pouvoirs et savoir de l'écrit*, París.
- GÓRECKI, P. (1998), “Communities of Legal Memory in Medieval Poland, 1200-1240”, *Journal of Medieval History*, 24.2, pp 127-154.

- GOODING, R.E. & KLINGEMANN, H.-D. (2001), *Nuevo manual de Ciencia Política*, Madrid.
- GOURON, A. (1984a), “Aux origines de l’«émergence» du droit: glossateurs et coutume méridionales (XII-milieu XIII siècle)”, en *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*, Londres.
- GOURON, A. (1984b), “L’auteur et la patrie de la *Summa Trecensis*”, *Ius commune*, 12, pp. 1-38.
- GOURON, A. (1985), “L’elaboration de la *Summa Trecensis*”, en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, Nápoles, tomo III, pp. 3681-3696.
- GOURON, A. (1986), “Las relaciones jurídicas entre Cataluña y Provenza en el siglo XII”, en A. Pérez Martín (ed.), *España y Europa un pasado jurídico común. Actas del I Simposio Internacional de Derecho Común*, Murcia, pp. 131-143.
- GOURON, A. (1988a), “Aurore de la coutume”, *Recueils de Mémoires et Travaux*, 14, pp. 181-187.
- GOURON, A. (1988b), “Sur les origines de l’expression «droit coutumier»”, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1, pp. 179-188.
- GOURON, A. (1988c), “Coutume contre loi chez les premiers glossateurs”, en A. Gouron y A. Rigaudière (eds.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l’État*, Montpellier, pp. 117-130.
- GOURON, A. (1993), “La coutume en France au Moyen Age” en *Droit et coutume en France aux XII^e et XIII^e siècles*, Hampshire, pp. 193-217.
- GOURON, A. (1997), “Sur les plus anciennes rédactions coutumières du Midi: les «chartes» consulaires d’Arles et d’Avignon”, *Annales du Midi*, 109, pp. 189-200.
- GOURON, A. & RIGAUDIÈRE, A. (eds. 1988), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l’État*, Montpellier.
- GRIGNON, C. & PASSERON, J.C. (1992), *Lo culto y lo popular. Miserabilismo y populismo en sociología y literatura*, Madrid.
- GRINBERG, M. (1997), “La rédactions des coutumes et les droits seigneuriaux: nommer, classer, exclure”, *Annales HSS*, 52.5, pp. 1017-1038.
- GRINBERG, M. (2006), *Écrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France XVI^e-XVII^e*, Paris.
- GROSLEY, P.-J. (1757), *De l’influence des lois sur les mœurs*, Paris.
- GROSSI, P. (1958), “Unanimitas. Alle origine del concetto di persona giuridica nel diritto canonico”, *Annali di Storia del Diritto*, 2, pp. 1-103.
- GROSSI, P. (1992), *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne del Diritti Reali*, Milán.

- GROSSI, P. (1996), *El orden jurídico medieval*, Madrid.
- GUERREAU, A. (1984), *El feudalismo, un horizonte teórico*, Barcelona.
- GUERREAU-JALABERT, A. (1990), “El sistema de parentesco medieval: sus formas (real/ espiritual) y su dependencia con respecto a la organización del espacio”, en R. Pas-tor (ed.), *Relaciones de poder, de producción y de parentesco en la Edad Media y Moderna*, Madrid, pp. 85-106.
- GUERREAU-JALABERT, A. (1997), “Parole/parabole. La parole dans les langues roma-nes: analyse d’un champ lexical et sémantique”, en R.M. Dessì y M. Lauwers (eds.), *La parole du prédicateur (V^e-XV^e siècle)*, Niza, pp. 311-339.
- GUERREAU-JALABERT, A. (2000), “Caritas y don en la sociedad medieval occidental”, *Hispania*, LX, 204, pp. 27-62.
- GUILLOT, O. (1983), “Consuetudines, consuetudo: quelques remarques sur l’apparition de ces termes dans les sources françaises de premiers temps capétiens (á la exception du midi)”, *Mémoire de la Société de Histoire du Droit et des Institutions*, 40, pp. 21-48.
- GURIÉVICH, A. (1990), *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid.
- HATTENHAUER, H. (2004), “Bellum inter leges et consuetudines”, *Méditerranées. La Coutume, la Tradition, la Pratique et le Droit Écrit*, 34, pp. 99-118.
- HERNÁNDEZ CASTILLO, R.A. (2004), “El derecho positivo y la costumbre jurídica. Las mujeres indígenas en Chiapas y sus luchas por el acceso a la justicia”, en M. Torres Falcón (ed.), *Violencia contra mujeres en contextos urbanos y rurales*, México, pp. 59-63.
- HINOJOSA, E. de (1887), *Historia general del derecho español*, Madrid, tomo I.
- HINOJOSA, E. de (1919), *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla*, Madrid.
- HALBWACHS, M. (1980 [1950]), *The Collective Memory*, Nueva York.
- HYAMS, P. (1981), “Trial by Ordeal: the Key to Proof in the Early Common Law”, en M.S. Arnold et alii (ed.), *On the Laws and Customs of England. Essays in Honor of Samuel Thorne*, Chapel Hill, pp. 90-126.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1977), “La creación del derecho en Cataluña”, *AHDE*, 47, pp. 99-423.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1978), *La creación del Derecho en el reino visigodo*, Granada.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1980), “Alfonso X el Sabio y su obra legislativa. Algunas reflexiones”, *AHDE*, 50, pp. 531-561.

- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1981), “El proceso del Conde Bera y el problema de las orda-lías”, *AHDE*, 51, pp. 1-222.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1985), “Cuestiones alfonsinas”, *AHDE*, 55, pp. 95-149.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1986), “La labor legislativa de Alfonso X el Sabio”, en A. Pérez Martín (ed.), *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, pp. 275-599.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1996a), Intervención en “Taula rodona” (AA. VV.), en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del V Simposi Internacional*, Barcelona, pp. 185-191.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (1996b), *La creación del Derecho*, Madrid, tomo I.
- IGLESIA FERREIRÓS, A. (ed. 1996), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del V Simposi Internacional*, Barcelona.
- LOGNA-PRAT, D. (1998), *Ordoner et exclure. Cluny et la société chrétienne face à l'hérésie, au judaïsme et à l'Islam (1000-1150)*, París.
- LOGNA-PRAT, D. (2006), *La Maison Dieu. Une histoire monumentale de l'Église au Moyen Âge*, París.
- IRVINE, M. (1994), *The Making of Textual Culture: Grammatical and Literary Theory, 350-1100*, Cambridge.
- IZQUIERDO MARTÍN, J. (2001), *El rostro de la comunidad. La identidad del campesino en la Castilla del Antiguo Régimen*, Madrid.
- IZQUIERDO MARTÍN, J. (2002), “Campesino”, en J. Fernández Sebastián y J.F. Fuentes (eds.), *Diccionario político y social del siglo XX español*, Madrid, 163-167.
- IZQUIERDO MARTÍN, J. (2008), “Significación e identidad en el campo español. Una desnaturalización del sujeto de la modernidad”, en P. Miceli y J. Gallego (eds.), *Ha-bitar, producir, pensar el espacio rural. De la Antigüedad al Mundo Moderno*, Buenos Aires, pp. 355-379.
- JARA FUENTE, J. A. (2002-2003), “«Que memoria de onbre non es en contrario». Usurpación de tierras y manipulación del pasado en la Castilla urbana del siglo XV”, *Studia Historica. Historia Medieval*, 20-21, pp. 73-104.
- JACOB, R. (2001), “Les coutumiers du XIII^e siècle ont-ils cornu la coutume?”, en M. Mousnier y J. Poumarède (eds.), *Coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Tolosa, pp. 103-119.
- KAGAY, D.J. (1994), *The Usatges of Barcelona. The Fundamental Law of Catalonia*, Pensilvania.

- KANT, I. (1993), *La metafísica de las costumbres*, Barcelona.
- KANTOROWICZ, E. (1985), *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología medieval*, Madrid.
- KANTOROWICZ, H. (1970a), “Was ist uns Savigny?” [1911], en *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, pp. 397-417.
- KANTOROWICZ, H. (1970b), “Volksgeist und historische Rechtsschule” [1912], en *Rechts-historische Schriften*, Karlsruhe, pp. 435-456.
- KASER, M. (1939), “«Mores maiorum» und Gewohnheitsrecht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 59, pp. 52-101.
- KELLEY, D. (1990), *The Human Measure. Social Thought in the Western Tradition*, Londres.
- KELSEN, H. (1995 [1945]), *Teoría general del Derecho y del Estado*, México.
- KELSEN, H. (1998 [1960]), *Teoría pura del Derecho*, México.
- KIRK, A. (2005), “Social and Cultural Memory”, en A. Kirk y T. Thatcher (eds.), *Memory, Tradition and Text. Uses of the Past in Early Christianity*, Atlanta, pp. 1-24.
- KRYNEN, J. (2007), “Entre sciences juridiques et dirigisme: le glas médiéval de la coutume”, *Cahiers des Recherches Médiévales*, 7 [<http://crm.revues.org//index892.html>].
- KRÖSCHELL, K. (1994), Reseña de G. Dilcher y R. Schulze (eds.), *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter* (Berlín 1992), *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 23, pp. 428-434.
- KUCHENBUCH, L. (2002), “Écriture et oralité. Quelques compléments et approfondissements”, en J.-C. Schmitt y O.G. Oexle (eds.), *Les tendances actuelles de l'histoire du Moyen Âge en France et en Allemagne*, Paris, pp. 143-166.
- KUNKEL, W. (1966), *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, Oxford.
- LALIENA CORBERA, C. (2002), “Las transformaciones en la estructura de poblamiento y el cambio social en los siglos XI y XII”, en *Señores, siervos, vasallos en la Alta Edad Media. XXVIII Semana de Estudios Medievales*, Pamplona, pp. 219-167.
- LAMBERT, E. (1903), *Études de droit commun législatif et de droit civil comparé*, Paris.

- LAURANSON-ROSAZ, C. (2001), “Des «mauvaises coutume» aux «bonnes coutumes». Essai de synthèse pour le Midi (V^e-XII^e siècles)”, en M. Mousnier y J. Poumarède (eds.), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Tolosa, pp. 10-51
- LAUWERS, M. (1999), “Le cimetière dans le Moyen Âge latin. Lieu sacré, saint et religieux”, *Annales HSS*, 54.5, pp. 1047-1072.
- LAUWERS, M. (2002), “*Memoria*. A propos d'un objet d'histoire en Allemagne”, en J.-C. Schmitt y O.G. Oexle (eds.), *Les tendances actuelles de l'histoire du Moyen Âge en France et en Allemagne*, Paris, pp. 106-126.
- LAUWERS, M. (2004), *L'Église, la terre et les morts. Lieux sacrés, espace funéraire et propriété ecclésiale dans l'Occident du Moyen Âge (IX^e-XIII^e siècles)*, Paris.
- LAUWERS, M. (2005), *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident Médiéval*, Paris.
- LEGENDRE, P. (1988), *Le désir politique de Dieu. Études sur les montages de l'État du Droit*, Paris.
- LE GOFF, J. & SCHMITT, J.-C. (eds. 2003), *Diccionario razonado del Occidente Medieval*, Madrid.
- LEMARIGNIER, J.-F. (1951), “La dislocation du «pagus» et le problème des «consuetudines» (X^e-XI^e siècles)”, en *Mélanges d'Histoire du Moyen Âge dédiés à la mémoire de Louis Halphen*, Paris, pp. 401-410.
- LÉVI-STRAUSS, C. (1988), *Tristes Tropiques*, Buenos Aires.
- LÉVY-BRUHL, L. (1922), *La mentalité primitive*, Paris.
- LIBARDO A. & BONILLA D. (2007). “El pluralismo jurídico; contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” en J. Griffiths & S. Engle Merry & B. Tamanaha, *El debate sobre el Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Universidad de Los Andes, pp. 19-85.
- LITTLE, L.K. (1979), “La morphologie des malédictions monastiques”, *Annales ESC*, 34.1, pp. 43-59.
- LITTLE, L.K. & ROSENWEIN, B.H. (eds. 2003), *La Edad Media a Debate*, Madrid.
- LOMBARDI, G. (1952). “Sul titolo «quae sit longa conuetudo» (8. 52 [53]) nel Codice gius-tineaneo”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 18, pp. 21-87.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P. (2007), *Imperio legítimo. El pensamiento político en tiempos de Cicerón*, Madrid.

- LÓPEZ BENITO, C. (1983), “Usurpación de bienes concejiles en Salamanca durante el reinado de los Reyes Católicos”, *Studia Historica. Historia Moderna*, 1, pp. 169-183.
- LUCHÍA, C. (2004), “Aportes teóricos sobre el rol de la propiedad comunal en la transición al capitalismo”, *Mundo Agrario. Revista de Estudios Rurales*, Vol. 5, N° 9 [<http://mundoagrarioold.fahce.unlp.edu.ar/nro9/Luchia.htm>].
- MACDONALD, R.A. (1984), “Problemas políticos en el derecho alfonsino”, *AHDE*, 54, pp. 12-53.
- MADERO, M. (2004), *Las verdades de los hechos. Proceso, juez y testimonio en la Castilla del siglo XIII*, Salamanca.
- MADERO, M. (2008), “Causa, creencia y testimonios. La prueba judicial en Castilla durante el siglo XIII”, *Bulletin du Centre d'Études Médiévales d'Auxerre*, Hors Série N° 2 [<http://cem.revues.org/index9672.html>].
- MAGNANI, E. (2008), “Du don aux églises au don pour le salut de l'âme en Occident (IV^e-XI^e siècle): le paradigme eucharistique”, *Bulletin du Centre d'Études Médiévales d'Auxerre*, Hors Série N° 2 [<http://cem.revues.org/index9932.html>].
- MAGNOU-NORTIER, E., (1984), “Les mauvaises coutumes en Auvergne, Bourgogne méridionale, Languedoc et Provence en IX^e siècle: au moyen d'analyse social”, en *Structures féodales et féodalisme de l'Occident Méditerranéen (X-XIII siècles)*, Roma, pp. 135-163.
- MAIOLO, F. (2007), *Medieval Sovereignty. Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Amsterdam.
- MALINOWSKI, B. (1985), *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona.
- MANCHÓN GÓMEZ, R. (2001), “Tradición cristiana latina y diplomas medievales: las fórmulas conminatorias en los documentos del reino de León (s. VIII-1230)”, en A. Alberte y C. Macías (eds.), *Actas del Congreso Internacional: “Cristianismo y Tradición Latina”*, Málaga 2001, pp. 365-375.
- MANENTI, C. (1905), *Ius ex scripto e ius ex non scripto. Osservazioni critiche sulla teoria delle fonti secondo il diritto romano*, Turín.
- MARTÍN MARTÍN, J.L. (1990), “Evolución de los bienes comunales en el siglo XV”, *Studia Historica. Historia Medieval*, 8, pp. 7-46.
- MARTÍNEZ, D. (1976), “*Libertas Populi Romani*. (Libertad política, historia y derecho natural en Cicerón)”, *Revista de Estudios Políticos*, 208-209, pp. 163-194.

- MARTÍNEZ DIEZ, G. (1988), “Los fueros leoneses (1017-1336)”, en AA. VV., *El reino de León en la Alta Edad Media*, León, tomo I, pp. 285-352.
- MARTÍNEZ DIEZ, G. (1992), “La tradición manuscrita del fuero de León y del concilio de Coyanza”, en AA. VV., *El reino de León en la Alta Edad Media*, León, tomo II, pp. 117-138.
- MARTÍNEZ LLORENTE, F. (1990), *Régimen jurídico de la Extremadura castellana medieval*, Valladolid.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2006), “El tránsito de la oralidad hacia la escritura en la experiencia jurídica del siglo XIII: ejemplo sajón e hipótesis castellana”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 13, pp. 155-220.
- MARX, K. / HOBBSAWN E. (1987), *Formaciones económicas precapitalistas*, México.
- MAYALI, L. (1988), “*Lex animata*. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique”, en A. Gouron y A. Rigaudière (eds.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Montpellier, pp. 155-164.
- MAYALI, L. (1990), “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, pp. 11-31.
- MENÉNDEZ PIDAL, R. (1928), “Fecha del fuero de León”, *AHDE*, 5, pp. 547-549.
- MICELI, P. (2000), *La consuetudo en los fueros de Castilla y León. La costumbre como construcción del discurso jurídico (siglos X-XIII)*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, (inédito).
- MICELI, P. (2002), “El derecho consuetudinario en Castilla. Una crítica a la matriz antropológica de las interpretaciones sobre la costumbre”, *Hispania*, LXIII, 213, pp. 9-27.
- MICELI, P. (2008), “Representar, instituir, redimir. Oralidad y escritura en los textos forales”, *Bulletin du Centre d'Études Médiévales d'Auxerre*, Hors Série N° 2 [<http://cem.revues.org/index9642.html>].
- MICELI, P. & GALLEGU, J. (eds. 2008), *Habitar, producir, pensar el espacio rural. De la Antigüedad hasta el Mundo Moderno*, Buenos Aires.
- MICHAUD-QUANTIN, P. (1970), *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, París.
- MINGUIJÓN, S. (1933), *Historia del derecho español*, Barcelona.
- MOLINA MOLINA, A.L. & ASIS VEAS ARTESEROS, F. (1991), “Las tierras comunales del concejo de Murcia en el siglo XV”, en *Estudios de historia medieval en Homenaje a Luis Suárez Fernández*, Valladolid, pp. 349-360.

- MONSALVO ANTÓN, J.M. (1986), “Poder político y aparatos de Estado en la Castilla bajomedieval. Consideraciones sobre su problemática”, *Studia Historica. Historia Medieval*, 2, pp. 100-167.
- MONSALVO ANTÓN, J.M. (1992), “Paisaje agrario, régimen de aprovechamientos y cambio de propiedad en una aldea de la tierra de Ávila durante el siglo XV. La creación del término redondo de Zapardiel de Serrezuela”, *Cuadernos Abulenses*, 17, pp. 11-110.
- MONSALVO ANTÓN, J.M. (2006), “Costumbres y comunales en la tierra medieval de Ávila. Observaciones sobre los ámbitos de pastoreo y los argumentos en los conflictos de términos”, en S. de Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano (eds.), *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Salamanca, pp. 15-70.
- MORIN, A. (2004), “El campo semántico de la lepra en *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio”, *Temas Medievales*, 12, pp. 165-175.
- MORIN, A. (2010), *Pecado y delito en la Edad Media. Estudio de una relación a partir de la obra jurídica de Alfonso el Sabio*, Buenos Aires.
- MORIN, A. & CUCCHI, S. (1997), “El tratamiento de la costumbre en la *Primera Partida* de Alfonso El Sabio”, *Anales de Historia Antigua y Medieval*, 30, pp. 107-121.
- MORSEL, J. (2003), “Introduction”, en AA. VV., *La formation des communautés d'habitants au Moyen Âge. Perspectives historiographiques (Xanten, 19-22 juin 2003)* [<http://expedito.univ-paris1.fr/lamop/LAMOP/Xanten/Xanten.htm#I>].
- MORSEL, J. (2005), *L'aristocratie médiévale. La domination sociale en Occident (V^e-XV^e)*, París.
- MORSEL, J. (2006), “Ce qu'écrire veut dire au Moyen Âge. Observations préliminaires à une étude de la scripturalité médiévale”, en N. Coquery, F. Menant y F. Weber (eds.), *Écrire, compter, mesurer / 2. Vers une histoire des rationalités pratiques*, París, pp. 4-32 [<http://www.presses.ens.fr/PDF/ECMonline.pdf>].
- MORSEL, J. (2007a), “A la recherche des préambules des chartes de franchises dans l'Empire”, en M. Bourin y P. Martínez Sopena (eds.), *Pour une anthropologie du prélèvement seigneurial dans les campagnes médiévales (XI^e-XIV^e siècles). Les mots, les temps, les lieux*, París, pp. 274-290.
- MORSEL, J. (2007b), *L'Histoire (du Moyen Âge) est un sport de combat... Réflexions sur les finalités de l'histoire du Moyen Âge* (con C. DUCOUR-

- TIEUX), París [<http://expedito.univ-paris1.fr/lamop/LAMOP/Joseph-Morsel/Sportdecombat.pdf>].
- MORSEL, J. (2008a), “Du texte aux archives: le problème de la source”, *Bulletin du Centre d'Études Médiévales d'Auxerre*, Hors Série N° 2 [<http://cem.revues.org/index4132.html>].
- MORSEL, J. (2008b), *La aristocracia medieval. El dominio social en Occidente (siglos V-XV)*, Valencia.
- MORSEL, J. (2008c), “Les logiques communautaires entre logiques spatiales et logiques catégorielles (XII^e-XV^e siècles)”, *Bulletin du Centre d'Études Médiévales d'Auxerre*, Hors Série N° 2 [<http://cem.revues.org/index10082.html>].
- MORSEL, J. (2008d), “Señores y villanos”, en P. Miceli y J. Gallego (eds.), *Habitar, producir, pensar el espacio rural. De la Antigüedad hasta el Mundo Moderno*, Buenos Aires, pp. 185-256.
- MARTÍNEZ SOPENA, P. (2003), “*Sicut iam fuerat iudicatum inter antecessores meos et suos*. Reyes, señores y dominios (1098-1228)”, en E.F. Ganzo y J.L. Martín (eds.), *De las cortes históricas a los parlamentos democráticos: Castilla y León, siglos XII-XXI*, Madrid, pp. 79-111.
- MOUSNIER, M. & POUMARÈDE, J. (eds. 2001), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Tolosa.
- MUSSET, L. (1963), “Le cimetière dans la vie paroissiale en Basse-Normandie (XI^e-XIII^e siècles)”, *Cahiers Léopold Delisle*, 12, pp. 7-27.
- NÖRR, D. (1994), *Savignys philosophische Lehrjahre*, Fráncfort.
- OBARRIO MORENO, J.A. (2005), “El valor de la costumbre en el Reino de Valencia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, pp. 637-662.
- OEXLE, O.G. (1983), “Die Gegenwart der Toten”, en H. Braet y W. Verbeke (eds.), *Death in the Middle Ages*, Lovaina, pp. 18-77.
- OEXLE, O.G. (1995), “Memoria als Kultur”, en O.G. Oexle (ed.), *Memoria als Kultur*, Gotinga, pp. 9-78.
- ONG, W. (1967), *The Presence of the World*, Londres.
- ORTÍ, A. & GÓMEZ BENITO, C. (2006), “Costumbre contra ley en la vida del derecho: razón histórica. Soberanía popular y libertad civil en la filosofía social de Joaquín Costa”, en S. de Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano (eds.) *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Salamanca, pp. 411-496.
- PACHECO, F. (1995), “Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica penin-

- sular bajo-medieval y moderna”, en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional. Homenatge al Professor Josep M. Gay Escoda*, Barcelona, pp. 75-146.
- PARAVICINI BAGLIANI, A. (ed. 2005), *La mémoire du temps au Moyen Âge*, Florencia.
- PATRUNO, L. (2006), “La «natura delle cose»”, en *Frammenti di un Dizionario per il Giurista*, Turín [<http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Patruno-Natura.pdf>].
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. (1999), “Sobre el formulismo en la diplomática medieval”, *Iaco-bus*, 7-8, pp. 117-139.
- PÉREZ-PRENDES, J.M. (1988), “La potestad legislativa en el reino de León. (Notas sobre el Fuero de León, el Concilio de Coyaza y las Cortes de León de 1188)”, en AA. VV., *El reino de León en la Alta Edad Media*, León, tomo I, pp. 495-545.
- PÉREZ-PRENDES, J.M. (1989), *Curso de historia del derecho español*, Madrid.
- PÉREZ-PRENDES, J.M. & AZCÁRRAGA SERVET, J. (1997), *Lecciones de historia del derecho español*, Madrid.
- PERREAU-SAUSSINE, A. & MURPHY, J. (2007), *The Nature of the Customary Law*, Cambridge.
- PETIT, C. (1990), “*Consuetudo y mos en la Lex Visigotorum*”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, pp. 89-120.
- PETIT, C. (2001), “*Lex mundialis*. Expresión visigoda de la ley romana”, en E. Conte *et alli* (eds.), *Studi in Onore di Ennio Cortese*, Roma, tomo III, pp. 89-97.
- PETRUCCI, A. (2002), *La concepción cristiana del libro entre los siglos VI y VII*, Valencia.
- POLY, J.-P. & BOURNAZEL, E. (1980), *La mutation féodale, X-XI siècle*, París.
- POUMARÈDE, J. (1990), “La coutume en pays de droit écrit”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, pp. 233-250.
- POUDRET, J.-F. (1998), *Coutume et coutumiers. 1. Les sources et les artisans du droit*, Berna.
- PRAGER, J. (1998), *Presenting the Past. Psychoanalysis and the Sociology of Misremembering*, Cambridge.
- PRIETO BANCES, R. (1976), *Obra Escrita*, Oviedo, tomo II.
- PRIETO MOREIRA, A. (1992), “El proceso en el reino de León a la luz de los diplomas”, en AA. VV., *El reino de León en la Alta Edad Media*, León, tomo II, pp. 381-518.

- PRODI, P. (2008), *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, Buenos Aires.
- PROSDOCIMI, L. (2001 [1953]), *Observantia. Recherche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina dei giuristi dei secoli XII-XV*, Milán.
- PUCHTA, G.F. (1828-37), *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 2 vols.
- QUILLET, J. (1971), “*Universitas populi* et représentation au XIV^e siècle”, *Miscellanea Mediaevalia*, 8, pp. 186-201.
- RADCLIFFE-BROWN, A.R. (1996), *Estructura y función en la sociedad primitiva*, Barcelona
- RADDING, C. (1979), “Superstition to Science: Nature, Fortune and the Passing of the Medieval Ordeal”, *American Historical Review*, 84.4, pp. 945-969.
- REYNOLDS, S. (1984), *Kingdoms and Communities in Western Europe, 900-1300*, Oxford.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M. (1978-79), “Derecho y pueblo en Savigny”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19, pp. 219-241.
- ROTONDI, M. (1980), “Considerazioni in «fatto» e in «diritto»”, en F.E. Rodríguez Gar-cía (ed.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, pp. 795-810.
- ROUMY, F. (2001), “*Lex consuetudinaria, Jus consuetudinarium*. Recherche sur la naissance du concept de droit coutumier aux XI^e et XII^e siècles”, *Revue Historique des Droit Française et Étranger*, 79, pp. 257-291.
- RUIZ GARCÍA, E. (2002), “La escritura: una *vox Dei* (siglos X-XIII)”, en A. Riesco Terrero (ed.), *I Jornadas Científicas sobre Documentación jurídico-administrativa, económico-financiera y judicial del reino castellano-leonés, siglos X-XIII*, Madrid, pp. 71-91.
- SÁNCHEZ, G. (1929), “Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial cas-tellano”, *AHDE*, 6, pp. 260-328.
- SÁNCHEZ, G. (1946), *Curso de Historia del Derecho*, Madrid.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. (1922), “Un texto desconocido del fuero de León”, *Revista de Filología Española*, 9, pp. 317-323.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. (1970), *Sobre la fecha del fuero de León. Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispánicas*, Santiago de Chile.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. (1976), “Pervivencia y crisis de la tradición jurídica

- romana en la España goda”, en *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*, Madrid, tomo II, pp. 1009-1065.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. (1992), “El derecho especial de los fueros del reino de León”, en AA. VV., *El reino de León en la Alta Edad Media*, León, tomo II, pp. 189-380.
- SÁNCHEZ DE LA VEGA, G. (1990), “Costumbre a partir de las *Partidas*”, *Revue de la Société Jean Bodin*, 52, pp. 151-169.
- SARDINA PÁRAMO, J.A. (1979), *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Santiago de Compostela.
- SAVIGNY, F.C.v. (1839), *Sistema del derecho romano actual*, Madrid.
- SAVIGNY, F.C.v. (1854), *Storia del diritto romano nel medio evo*, Turín, tomo I.
- SAVIGNY, F.C.v. (1970), *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid.
- SCHMIDLIN, B. & CANNATA, C. (1984), *Droit privé romain. 1. Sources, Famille, Biens*, Lau-sana.
- SCHMITT, J.-C. (1994), *Les revenants. Les vivants et les morts dans la société médiévale*, París.
- SCHULZ, F. (1946), *History of Roman Legal Science*, Oxford.
- SCOTT, J.W. (1991), “The Evidence of Experience”, *Critical Inquiry*, 17, pp. 773-797.
- SCOTT, J.C. (1985), *Weapons of the Weak. Everyday Forms of Peasant Resistance*, New Haven.
- STAVENHAGEN R., ITURRALDE, D. (1990) (comps.), *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena*, México.
- SERNA VALLEJO, M. (2006), “Costumbre y prescripción: un diálogo entre historiadores, juristas y sociólogos”, en S. de Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano (eds.) *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Salamanca, pp. 863-899.
- SETTIA, A.A. (1984), *Castelli e villagi nell'Italia padana. Popolamento, potere e sicurezza fra IX e XIII secolo*, Nápoles.
- SETTIA, A.A. (1999), *Proteggere e dominare. Fortificazioni e popolamento nell'Italia medievale*, Roma.
- SHAPIRO, B. (1994), “The Concept «Fact»: Legal Origins and Cultural Diffusion”, *Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies*, 26.2, pp. 227-252.
- SIERRA, M.T. & CHENAUT, V. (2002), “Los debates recientes y actuales en

- la Antropología jurídica: las corrientes anglosajonas”, en E. Krotz (ed.) *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, México, pp. 113-170.
- SKINNER, Q. (1978), *The Foundations of Modern Political Thought. 1. The Renaissance*, Cambridge.
- STAVENHAGEN, R. & ITURRALDE, D. (eds. 1990), *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena*, México.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2005), *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, México.
- TEUBNER, G. (2002), “El Derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, pp. 533-571.
- THÉVENIN, P. (2009), “Un uso jurídico de la categoría de hecho: las especificaciones de la posesión en el derecho común medieval (siglos XII-XIV)”, en E. Conte y M. Madero (eds.), *Procesos, inquisiciones, pruebas*, Buenos Aires, pp. 169-184.
- THOMAS, Y. (1999), *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Buenos Aires.
- THOMAS, Y. (2002), “La valeur des choses. Le droit romain hors la religion”, *Annales HSS*, 57.6, pp. 1431-1462.
- THOMPSON, E.P. (1984), *Tradición, revuelta y conciencia de clase*, Barcelona.
- THOMPSON, E.P. (1995), *Costumbres en común*, Barcelona.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1978), “La historiografía jurídica en la Europa Continental (1900-1975)”, *Historia, Instituciones, Documentos*, 5, pp. 431-467.
- TORRES LÓPEZ, M., (1936), *Lecciones de Historia del derecho español*, Salamanca, tomo II.
- TOUBERT, P. (1973), *Les structures du Latium médiéval. Le Latium méridional et la Sabine du IX^e siècle à la fin du XII^e siècle*, Roma.
- TOUBERT, P. (1990), *Castillos, señores y campesinos*, Barcelona.
- TROPER, M. (1981), “Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique”, *Revue Internationale de Philosophie*, pp. 518-529.
- TROPER, M. (1986), “Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement”, *Droits*, 3, pp. 11-24.
- ULLMANN, W. (1966), *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Cambridge.

- ULLMANN, W. (1997), *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona.
- VALENTE, M. (1956), *L'éthique stoïcienne chez Cicéron*, Paris.
- VALLEJO, J. (1992), *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid.
- VAN CAENEGEM, R.C. (1965), "La preuve dans le droit du Moyen Âge occidental", *Récueils de la Société Jean Bodin*, 17, pp. 691-753.
- VAN CAENEGEM, R.C. (1991), "Methods of proof in Western Medieval Law", en *Legal History. A European Perspective*, Londres, pp. 71-113.
- VILAR, P. (1983), *Economía, derecho e Historia*, Barcelona.
- VILLEY, M. (1965), "La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit", en *Droit et nature des choses. Travaux du Colloque de Philosophie du Droit Comparé (Toulouse, 16-21 septembre 1964)*, Paris, pp. 69-84.
- VIÑAS, A. (2002), *Teoría del derecho y experiencia jurídica romana*, Madrid.
- WAELEKENS, L. (1984), *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny. Edition et analyse de sa répétition sur la loi De Quibus*, Leiden.
- WALDSTEIN, W. (2002), *Saggi sul diritto non scritto*, Padua.
- WHITE, S. (1978), "Pactum... legem vincit et amor iudicium: the Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century Western France", *American Journal of Legal History*, 22, pp. 281-308.
- WIEACKER, F. (1957), *Historia del Derecho Romano en la Edad Moderna*, Madrid.
- WICKHAM, C. (1985), *Il problema dell'incastellamento nell'Italia centrale: l'esempio di San Vincenzo al Volturno*, Florencia.
- WICKHAM, C. (1987), "Castelli e incastellamento nell'Italia centrale: la problematica storica", en R. Francovich (ed.), *Archeologia e storia del medioevo italiano*, Roma, pp. 83-96.
- WICKHAM, C. (1988), "L'incastellamento ed suoi destini undici anni dopo il Latium di P. Toubert", en G. Noyé (ed.), *Structures de l'habitat et occupation du sol dans les pays méditerranéens. Les méthodes et l'apport de l'archéologie extensive*, Madrid, 411-20.
- WIEACKER, F. (1995 [1967]), *A History of Private Law in Europe, with Particular Reference to Germany*, Oxford.
- WOLF, E. (1963), *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tubinga.

- ZADORA-RIO, E. (1995), "Le village des historiens et le village des archéologues", en E. Mornet (ed.), *Campagnes médiévales. L'homme et son espace. Offertes à Robert Fossier*, Paris, pp. 145-153.
- ZEUMER, K. (1944), *Historia de la legislación visigoda*, Barcelona.
- ZIMMERMANN, M. (1974), "Protocoles et préambules dans les documents catalans du X^e au XII^e: évolution diplomatique et signification spirituelle", *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 10, pp. 41-76.
- ZIMMERMANN, M. (2003), *Écrire et lire en Catalogne (IX^e-XII^e siècles)*, Madrid, 2 vols.
- ZUMTHOR, P. (1989), *La letra y la voz de la «literatura» medieval*, Madrid.

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>