



# La consuetudo en los fueros de Castilla y León.

## La costumbre como construcción del discurso jurídico [siglos X-XIII]

Autor:

Miceli, Paola

Tutor:

Madero, Marta

1999

Tesis presentada con el fin de cumplimentar con los requisitos finales para la obtención del título Licenciatura de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires en Historia

Grado



TESIS DE LICENCIATURA EN HISTORIA

**LA CONSUETUDO EN LOS FUEROS DE CASTILLA Y LEÓN.  
LA COSTUMBRE COMO CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO  
(SIGLOS X-XIII)**

Tesista: Prof. Paola Miceli

Director: Dra. Marta Madero

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS  
Dirección de Bibliotecas**

Instituto de Historia Antigua y Medieval  
Facultad de Filosofía y Letras  
Universidad de Buenos Aires

Buenos Aires, diciembre de 1999

## INTRODUCCIÓN

Abordar el problema de la costumbre nos pone frente a una disyuntiva no sólo histórica sino también teórica. Nos enfrenta de lleno con dos problemas: por un lado, la cuestión de la *existencia*, por otro, el problema de la *representación*. Cuestiones que desde el punto de vista teórico aparecen entrañablemente unidas, pero que intentaremos distinguir a la luz de lograr un desarrollo más ordenado.

Centrémonos en primer lugar en la cuestión de la *existencia*. ¿Dónde existe la *costumbre*? Dos respuestas posibles a esta pregunta que se corresponden con dos posiciones en el interior de la teoría de derecho. Primera posibilidad, la costumbre existe fuera del discurso jurídico que no hace otra cosa más que expresarla. Segunda posibilidad, la costumbre sólo existe en tanto una institución transforma a una simple regularidad en costumbre.

Una de las razones por las cuales se plantea esta encrucijada tiene que ver con la ambigüedad que el término existencia encierra: cuando se dice que una norma existe podemos querer decir que ella se encuentra en el mundo extrajurídico o que ella aparece aplicada por ciertos órganos del orden jurídico<sup>1</sup>. Dos grandes escuelas interpretan la cuestión teórica subyacente en este problema; es decir analizan la transmutación del hecho en derecho o, dicho de otra manera, el paso de la regularidad a la regla.

De un lado encontramos a aquellos que sostienen que la costumbre no

---

<sup>1</sup> M. Troper, "Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement", en AA. VV., *La coutume*, número especial de *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, N° 3, París, 1986, pp. 11-24.

hace otra cosa más que expresar un derecho preexistente. Representante de esta corriente es la escuela histórica alemana para quien "le droit ne peut naitre que de la conviction juridique du peuple. Ce droit populaire se manifeste de façon immédiate à travers la coutume et de façon médiante à travers la loi"<sup>2</sup>. La costumbre es definida por esta tradición como ensamble de prácticas repetidas nacidas en la conciencia y el sentimiento de justicia del pueblo<sup>3</sup>. De esta forma, este sentimiento y esta conciencia popular serían el origen de la costumbre en tanto regla jurídica.

Esta corriente ha sido criticada por otra línea que considera que las prácticas sociales no pueden crear derecho por sí solas. Los hechos no pueden crear derecho si no hay una regla jurídica que ordene las prácticas según su conformidad. 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"<sup>4</sup>. 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"<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>3</sup> Encuentran justificación en la idea de *voluntas populi* del derecho romano canónico.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 21. 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 M. Troper, *ibid.*, p. 21, para Kelsen "le juge crée la norme coutumière comme il crée la norme législative". Véase asimismo M. Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, pp. 518-529.

<sup>5</sup> E. Lambert, *Études de droit commun législatif et de droit civil comparé*, París, 1903, p. 802 (citado por J. Combacau, "Ouverture: de la régularité à l'régle", *Droits*, 3, 1986, pp. 3-10, en p. 4).

El juez no opera aquí como individuo 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 jurídica existe; el paso del hecho al derecho se opera entonces por una regla interior al discurso jurídico.

Existen regularidades que no son del orden jurídico; pero, como el objeto de análisis aquí es un elemento del discurso jurídico, la cuestión de la regularidad conlleva adentrarse en el problema de cómo el discurso jurídico define qué es una regularidad y cómo tal regularidad es formalizada por el concepto de costumbre. La operación discursiva hace de una heterogeneidad una homogeneidad que se nomina bajo una misma voz: costumbre. ¿Cuál es entonces la relación entre hecho regular y derecho consuetudinario? Si pensamos tal relación como derivación, entonces los dos momentos guardan entre sí un vínculo especular<sup>6</sup>, en el que el discurso es reflejo y expresión del hecho. Sin embargo es posible considerar otra alternativa en la cual el vínculo pase por la construcción o institución del hecho jurídico por parte del derecho consuetudinario y no al revés.

Ahora bien, habíamos planteado un segundo problema a partir del tema de la costumbre: la representación. Cuando se piensa la relación en términos de derivación, en la mayoría de los casos, se considera que se produjo una suerte de traspaso de esencia entre representado y representante: es un lugar común entre los historiadores decir que el derecho consuetudinario representa a la voluntad del pueblo porque ese derecho tuvo su origen allí y por lo tanto comparte su secreto, su esencia. Se trata de una transformación cuantitativa, un paso que modifica poco al representado estableciendo una relación de identidad entre los dos términos. La representación es en esta concepción la capacidad de delegar en otra instancia una voluntad o una esencia que se

---

<sup>6</sup> No nos estamos refiriendo aquí a momentos históricos sino a momentos lógicos.

mantiene idéntica a sí misma a pesar de este trasvase.

Sin embargo, la representación puede pensarse de una forma distinta; ya no como traspaso de esencias sino como presentación de una ausencia. Para L. Marin la representación puede ser definida precisamente en estos términos: "Au lieu de la représentation donc, il est un absent, dans le temps ou l'espace ou plutôt un autre, et une substitution s'opère d'un autre, à sa place"<sup>7</sup>. Representar es presentar una ausencia, tomar su lugar. Hay algo de artificio en la representación: para representar es necesario que exista una ausencia; o invirtiendo la fórmula representar es crear una ausencia para instituir un nuevo lugar. En estos términos podríamos decir que el "derecho consuetudinario representa una voluntad popular" pero no porque el derecho derive de ella sino porque la voluntad popular se encuentra ausente en tanto el derecho consuetudinario ha devenido su representante.

Los problemas de la existencia y la representación atraviesan en forma constante los trabajos de los historiadores que analizaremos a lo largo de estas páginas. No se tratará aquí de indagar el discurso de los juristas contemporáneos acerca del problema de la costumbre sino de analizar el momento histórico en el que hace su aparición el *ius consuetudinarium*.

Como veremos en el primer apartado, la existencia de un derecho consuetudinario a lo largo de toda la Edad Media resulta indiscutible para los historiadores que tradicionalmente se han dedicado a la historia del derecho medieval. Sin embargo, y esto formará parte del desarrollo que corresponde a la segunda parte, como podremos apreciar en la región que corresponde a Castilla y León la ausencia de costumbre como práctica jurídica pone en entredicho estas afirmaciones.

---

<sup>7</sup> L. Marin, *Des pouvoirs de l'image. Gloses*, París, 1993, p. 11.

En función del desarrollo acotaremos nuestra investigación al análisis de los fueros de las regiones de León y Castilla entre los siglos X y XIII.

**PARTE I**

**LAS DISTINTAS MIRADAS SOBRE EL PROBLEMA**

### COSTUMBRE: ¿ALTERA NATURA O IN TEXTO IURIS?

Es moneda corriente entre los medievalistas considerar dos momentos claramente diferenciados en la historia del derecho medieval. Un primer período, en donde el derecho no era escrito, y no se encontraba formalizado más que por las prácticas regulares de la comunidad, derecho que comúnmente se denomina consuetudinario en tanto la costumbre era la forma de regulación típica de los comportamientos colectivos, derecho “que no precisaba aclaraciones o construcciones técnicas”<sup>8</sup> dado que se encontraba ligado al orden práctico; y un segundo momento, a partir de la recuperación de los textos del corpus justiniano, cuando comienza la elaboración de las teorías jurídicas por parte de especialistas. Es durante este segundo momento cuando se formaliza y se pone por escrito el conjunto de prácticas, usos y hábitos que hasta ese momento se transmitían oralmente de generación en generación. Es durante el siglo XII que comienza a forjarse la idea de la costumbre como fuente formal del derecho.

Ahora bien, este paso de la *consuetudo*, como hábito o práctica al *ius consuetudinarium*, la costumbre formalizada desde el derecho, es el que ha traído las mayores dificultades a la hora de su tratamiento. Buena parte de los trabajos que se centran en el derecho medieval hacen caso omiso al carácter construido del derecho consuetudinario, como si se tratara de un efecto “natural” del desarrollo humano y no una invención ligada a la capacidad creadora y formalizadora del derecho. Si bien en la historiografía medieval este problema no ha generado demasiados debates, en el ámbito del derecho la discusión

---

<sup>8</sup> E. Gacto Fernández, *Temas de historia del derecho. Derecho medieval*, Sevilla, 1979, p. 15.

acerca del carácter de la costumbre se encuentra muy vigente<sup>9</sup>.

Entre antropólogos, juristas e historiadores, el término costumbre nos conecta con una gran variedad de problemas: lo popular, la tradición, la oralidad, el germanismo, lo real, lo construido por el derecho, etc. Cada relación queda establecida según con qué corriente de pensamiento nos encontremos. La mayor dificultad que, a nuestro criterio, recorre el problema de la costumbre y su tratamiento historiográfico es la doble dimensión que el término costumbre encierra: hábito y norma. Por un lado, alude a una dimensión antropológica, refiere a una naturaleza arraigada de tal manera que determina ciertos gestos, hábitos, actitudes. Es parte de nuestro lenguaje cotidiano hacer referencia a este aspecto diciendo: "estoy acostumbrada"; "me acostumbré a hacerlo así"; "tengo la costumbre de actuar de esta manera". Esta concepción natural de la costumbre con raíces muy profundas en nuestro sentido común es trasladada a las investigaciones en las que se hace referencia a las prácticas de vida o reglas de convivencia social. Así, la costumbre puede designar un hábito comunitario o una práctica individual dentro de la comunidad. Los trabajos ubicados en esta línea consideran a la costumbre como aquello que todos realizan y respetan porque forma parte de los hábitos naturales de la comunidad o sociedad a la que pertenecen. De Cicerón a Montaigne la costumbre fue considerada la segunda naturaleza del hombre, es decir, hábito encarnado de forma tal que se ha perdido el registro de su aprendizaje<sup>10</sup>. 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

---

<sup>9</sup> Como ya hemos desarrollado en la introducción, a partir de un número especial de *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, 3, 1986, dedicado íntegramente al tema de la costumbre, podemos observar la preocupación de los juristas por establecer a qué nivel nos situamos cuando hablamos de costumbre, problema que inevitablemente tiene un trasfondo filosófico.

<sup>10</sup> D. Kelley, *The human measure. Social thought in the western tradition*, Cambridge, Mass.-Londres, 1990, p. X.

encuentra en una dimensión distinta, y hasta opuesta quizás, a la ley que participa no del orden de lo ya dado sino de lo creado.

Por otra parte, en el ámbito del derecho, costumbre designa una norma formalizada, es decir, *ius*. La costumbre a partir de la Edad Media y hasta nuestros días es una fuente formal del derecho al igual que la ley y que la jurisprudencia. Y como parte del derecho, como *ius consuetudinarium*, está construida desde el derecho: tiene una definición, una temporalidad, una aplicabilidad fijada por y desde el discurso jurídico. La dimensión práctica de la costumbre queda construida desde el universo de la doctrina: existe costumbre cuando se cumplen determinados requisitos impuestos desde la doctrina. Fue precisamente el arduo trabajo que realizaron los juristas medievales sobre los textos romanos el que incorporó la costumbre al mundo del *ius*.

El mismo concepto encierra pues dos problemas diferentes: por un lado, la cuestión de los hábitos reiterados que hacen de una heterogeneidad una homogeneidad, las señas particulares de un conjunto de individuos, una comunidad, una sociedad; por otro, el problema de la transformación de esa regularidad práctica en derecho, la juridización de las prácticas. Este segundo aspecto tiene una historia. ¿Qué significa esto? Que la posibilidad de transformar el hecho en derecho es histórica, no existe desde siempre como algo dado, sino que tiene que ver con el marco normativo de referencia que una sociedad adopte para organizarse jurídicamente.

Esta doble mirada que el término costumbre habilita, en tanto hábito y en tanto derecho, recorre como una tensión los trabajos dedicados al problema del derecho en las sociedades precapitalistas. En algunos casos recostándose más sobre uno de estos aspectos que en el otro. Muchos trabajos desde la antropología y la historia se han centrado en analizar la forma en que la costumbre, en tanto comportamiento humano repetido opera como articulador social en aquellas sociedades en donde la escritura no es predominante. Otras inves-

tigaciones, por el contrario, han hecho hincapié en el proceso por el cual los hábitos comunes se vuelven parte de un corpus jurídico normativo dogmático. Así los historiadores del derecho indagaron los mecanismos formales de elaboración del derecho consuetudinario. La operación que transforma al hecho en derecho.

Sin embargo, a pesar de estas diferencias iniciales que hacen de estos trabajos dos grupos bien diferenciados, a la hora de pensar la articulación entre los hechos y el derecho es cuando ambas temáticas dejan de corresponder a problemáticas distintas. Una misma matriz teórica, como veremos, unifica lo que en primera instancia parecía corresponder a dos órdenes opuestos.

Lo que nos interesa recalcar aquí es que, a pesar de las diferencias temáticas, una gran parte de los trabajos acerca del problema de la costumbre, ya sea que se planteen desde el punto de vista antropológico o desde el punto de vista jurídico, comparte una misma visión ligada al naturalismo y al populismo romántico a la hora de pensar el derecho consuetudinario. Naturalista, por una parte, en la medida en que el derecho consuetudinario es visto como emergiendo de la naturaleza humana, perspectiva desde la cual la costumbre es vista como derecho natural. Por otra parte, comparten una visión ligada al populismo romántico ya que sostienen que la costumbre tiene un origen popular, es decir, "confunden con fervor pueblo y pueblo, *plebs* y *populus*"<sup>11</sup>, realizando una profunda identificación entre la definición de pueblo y la definición de lo popular. Consideran, además, al igual que los románticos nacionalistas del siglo XIX, que "en último término [la cultura popular] es la

---

<sup>11</sup> Respecto del problema de la ideología populista en las investigaciones sobre la cultura popular es muy interesante la perspectiva propuesta por C. Grignon y J.-C. Passeron, *Lo culto y lo popular. Miserabilismo y populismo en sociología y literatura*, Madrid, 1992. Los autores realizan en este trabajo, a partir de una serie de discusiones cruzadas, un conjunto de críticas a las formas tradicionales de abordaje del problema de la cultura popular tanto en la sociología como en la literatura. Uno de los elementos que señalan como claves para poder distanciarse de los abordajes tradicionales es el uso de la noción de cultura popular no como cultura del pueblo sino como cultura de las clases dominadas.

única cultura naturalmente cultural”<sup>12</sup>. ¿Estarán planteando que una sociedad organizada bajo el derecho consuetudinario se encuentra más cercana a la naturaleza humana que cualquier otra? Veremos en este sentido, cómo un autor de la dimensión de Thompson, a la hora de exponer sus propios deseos, termina planteando algo muy parecido a lo que acabamos de señalar.

Existe, pues, en algunos trabajos antropológicos y jurídicos, una misma matriz filosófica que los lleva a concebir el derecho como inmanente a los hechos y a los comportamientos humanos. Esta matriz compartida nos habilita a ubicar, por un lado, bajo un mismo rótulo (Miradas naturalistas) investigaciones que tienen su origen en disciplinas diferentes. Todas estas miradas tienen como punto en común el considerar que el *ius consuetudinarium* es resultado o bien expresión del conjunto de hábitos o prácticas de una comunidad; consideran que el discurso jurídico es expresión de lo que acontece en el mundo de las prácticas sociales. Esta sería en definitiva la consideración que las aúna: el discurso expresa el mundo social; por lo tanto la costumbre como *ius* es resultado del movimiento mismo de las cosas y de los hombres. Bajo este título incluiremos, por lo tanto, los trabajos de cariz antropológico de Thompson y Gurievich, algunos análisis correspondientes a la escuela jurídica italiana y, por último, las reflexiones de la escuela institucionalista española. Por otro lado, en una perspectiva opuesta ubicaremos a un grupo de historiadores que parten de concebir al *ius consuetudinarium* como construcción jurídica y no como naturaleza devenida derecho.

A continuación entonces analizaremos algunos trabajos que han abordado el problema de la costumbre y el derecho en las sociedades precapitalistas.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 37.

## I. Miradas naturalistas

### a. *Costumbre y cultura: la interpretación de los no-juristas*

Teniendo en cuenta que el horizonte de los estudios de historia y antropología sobre el problema de la costumbre es realmente muy vasto –muchos de los estudios antropológicos se han centrado especialmente sobre este tema–, hemos tomado como referencia dos trabajos ya clásicos en el estudio de la cultura en las sociedades precapitalistas: *Costumbres en común* de E.P. Thompson y *Las categorías de la cultura medieval* de A. Gourevich<sup>13</sup>. Ambos autores se han transformado en importantes referentes para los estudios posteriores tanto para la historia moderna, en el caso de Thompson, como para la historia medieval, en el caso de Gourevich.

Desde el título de la introducción de su libro podemos ver cuál es la noción de costumbre con la que opera Thompson. La costumbre es el reservorio de la tradición, al 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 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

---

<sup>13</sup> E.P. Thompson, *Costumbres en común*, Barcelona, 1995; A. Gourevich, *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, 1990.

dimensión "romántica" de la costumbre, se puede ver en algunos pasajes cómo se presenta en su discurso la 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*<sup>14</sup>. 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"<sup>15</sup>. 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"<sup>16</sup>. Moraleja: si redescubrimos la conciencia consuetudinaria nues-

---

<sup>14</sup> E.P. Thompson, *op. cit.*, p. 16.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 28.

tra naturaleza humana renacería de una forma nueva. Para él la costumbre es “segunda naturaleza”<sup>17</sup>, *lex* en estado original, invisible y silenciosa.

La costumbre, entonces, 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, vamos a encontrar, 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”<sup>18</sup>. 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. Es esta tensión la que habilita la posibilidad de considerar la indeterminación de la costumbre.

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 116.

El trabajo de Gourevich tiene varios puntos de encuentro con la perspectiva thompsoniana. El más significativo es el análisis antropológico que realiza de la costumbre. Como parte del derecho la costumbre 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 Gourevich el derecho consuetudinario es el elemento creativo de la sociedad del medioevo, es "*ratio vivens y no ratio scripta*"<sup>19</sup>.

A diferencia de Thompson que nos propone una interpretación acerca del origen del derecho consuetudinario, Gourevich no se preocupa por indagar sobre el origen de la costumbre sino por mostrar su predominancia y operatividad en el mundo feudal. Gourevich 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 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

---

<sup>19</sup> A. Gourevich, *op. cit.*, p. 211.

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, regulando todos los ámbitos de la vida y como algo específico de cada región, la costumbre no parece distinguirse, según Gourevich, de la tradición, con la que aparece equiparada. La costumbre puede definirse según el autor como una forma de hacer tradicional o ancestral.

Es precisamente ésta la forma en que es tomada la costumbre en los trabajos antropológicos: la costumbre es tradición o cultura popular. Si como ya señalamos, el término costumbre contiene en sí mismo la ambigüedad de referirse tanto al hábito como a la norma, este tipo de trabajos se orientan hacia el primer aspecto. De allí que costumbre remita al conjunto de prácticas regulares que realiza una comunidad o sociedad que no se encuentra codificado en el ámbito del derecho. Costumbre se opone así en estas interpretaciones a ley codificada desde el interior del discurso jurídico.

#### **b. Costumbre y experiencia: la interpretación de los juristas**

La perspectiva del grupo de juristas e historiadores del derecho que trataremos a continuación, si bien con profundas diferencias entre sí, tiene un punto de contacto con la interpretación de Thompson sobre la costumbre. De allí que hayamos enmarcado ambas bajo el rótulo más general de miradas naturalistas. Si la costumbre se sitúa en una tensión que la lleva desde el plano de la praxis, ligado a la naturaleza, al de la normatividad, la siguiente ana-

lítica sigue recostándose en la primera alternativa, aun cuando su fin último sea realizar una historia del derecho.

Si bien la mirada antropológica de Thompson pone el acento en los comportamientos y la mirada de los juristas recae en el derecho, ambos comparten una perspectiva, si se quiere, "romántica": el derecho fluye, emana en un caso del comportamiento natural de los hombres, en el otro, como veremos, surge de la naturaleza de las cosas. Es a partir de la forma en que conciben la creación del derecho que es posible alinear los trabajos de historia del derecho junto a los de corte antropológico.

Comencemos por los historiadores italianos del derecho, a través de un referente como Paolo Grossi: "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"<sup>20</sup>. Esta es su opinión acerca del derecho en la edad media, un derecho que fluye y emana de las cosas, que está inscrito en las cosas. 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"<sup>21</sup>. Hecho, derecho y experiencia se encuentran 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 derecho.

A partir de esta concepción del derecho medieval, ¿qué nos puede decir el autor acerca de la costumbre? El problema de la costumbre se encuentra

---

<sup>20</sup> P. Grossi, *El orden jurídico medieval*, Madrid, 1996, p. 54.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 75.

analizado en un apartado que lleva como título: Figuras de la experiencia. Para el investigador italiano decir que la costumbre es parte de la experiencia significa que se encuentra arraigada e imbricada en lo real; es "por su propia naturaleza la normativa de la cosa, es decir, se deriva de la cosa: hecho natural entre los hechos naturales, es en lo real donde se alimenta, desde lo real puede proyectarse hacia lo alto y convertirse en norma de una comunidad humana, pero su origen permanece factual, particular; alcanza a las estructuras, nace desde abajo"<sup>22</sup>. La costumbre es el hecho primordial del que nace el derecho. Aun más: en tanto parte constitutiva del derecho tiene un origen factual, nace de la cosa, se origina en el hecho. Grossi se encarga de advertirnos que cuando habla de hecho no se refiere a la noción que manejan los teóricos del derecho en donde el hecho ya es un hecho jurídico, sino que se refiere a hecho como a una "entidad de la naturaleza física y social que sin abandonar la propia cualidad de fenómeno tosco y primordial, es ya intrínsecamente derecho"<sup>23</sup>.

De todos los rincones del mundo altomedieval y de todas las acciones de los hombres brotan, para Grossi, costumbres y derechos; la costumbre es la voz de lo real. Existe en ese mundo productor de hechos jurídicos un arriba y un abajo jerarquizado: abajo el mundo de las cosas y los comportamientos humanos, arriba los ordenamientos trascendentes de esos comportamientos. La costumbre y el derecho medievales se encontrarían a medio camino entre uno y otro, puesto que, siendo un ordenamiento del mundo, nunca pierden su dimensión factual. "No es arriesgado afirmar que la costumbre pertenece al estrato más profundo, más «radical» del Derecho; es inherente a las estructuras más íntimas del orden sociopolítico asegurando su cimentación sólida y estable a la fragilidad e incertidumbre de una cotidianeidad extraordinariamente

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 77.

turbulenta"<sup>24</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se da el paso de esta costumbre como voz de lo real a la *consuetudo* como *ius*? La respuesta más inmediata a partir del razonamiento de Grossi es que no hay salto sino desarrollo, el *ius 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 van a hacerle un lugar dentro del *ius* al "rico tejido consuetudinario que se había expresado en la época altomedieval", y esta dimensión consuetudinaria será para Grossi, incluso en el medioevo sapiencial, uno de los armazones sustentadores del orden jurídico. El trabajo de los glosadores y comentaristas medievales consistirá en darle "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"<sup>25</sup>. Formalizar y robustecer las costumbres, esta será la labor de los juristas medievales. Tarea compleja en tanto la singularidad del "universo subterráneo"<sup>26</sup> de la costumbre tendrá que acoplarse a una ley que se pretende general. Para Grossi el derecho no es más que iluminación desde lo alto de lo que se arrastra por la tierra<sup>27</sup>.

Es interesante detenerse un momento en esta imagen: el derecho de ninguna manera crea, sólo da forma y pule lo que emana de los comportamientos de los hombres. El derecho consuetudinario es comportamiento humano que iluminado por el saber deviene derecho. Como vemos, Grossi no descuida la capacidad normativa de la costumbre ni abandona el paso al *ius consuetudinarium*, pero lo considera como una transformación sin demasiados sobresaltos

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 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".

puesto que esta construcción "sapiencial" apelada derecho consuetudinario refleja lo que sucede en el plano de lo real, de las "cosas". En el imaginario de Grossi, por lo tanto, no existe tensión entre estas dos dimensiones de la costumbre. Existe una relación de expresión entre una y otra. La costumbre queda definida como experiencia humana que deviene derecho en tanto es en sí misma hecho jurídico.

Una estructura parecida encontramos en otro importante historiador italiano del derecho: Francesco Calasso. El uso de imágenes tales como "getto della sorgente", "fonte", o la utilización de verbos que muestran un movimiento espontáneo del derecho -como emanar o fluir- nos permiten ver la misma concepción del derecho. Para Calasso el proceso interno y creativo del derecho, del cual el acto humano es el último paso, es invisible a los ojos del historiador. Lo que el investigador puede vislumbrar es el instante en el que ese proceso interno e invisible emana a través de la norma<sup>28</sup>. Para Calasso la norma emana del mundo al igual que para Grossi el derecho fluye de las cosas. La naturaleza es la fuente de todo derecho (en bruto), y es el jurista el que tiene que interpretar eso que fluye: "natura matrice di tutte le cose, dove la sorgente di un getto liquido o gasoso è il punto di un interno travaglio della terra, che è l problema del naturalista (lo storico): escerà problema del costruttore (il giurista) quella d'utilizzare (interpretare, applicare) il getto della sorgente"<sup>29</sup>. Se establece así una relación especular entre el trabajo del jurista y lo que fluye; la interpretación descifra ese manantial confuso que emerge de la naturaleza del hombre y de las cosas.

---

<sup>28</sup> F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Milán, 1954, p. 5.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 5.

### c. *Los historiadores institucionalistas*

Otra línea de análisis a tomar en cuenta es la escuela institucionalista española, que por su definición parece inclinarse hacia el aspecto más que nada normativo de la costumbre. Sin embargo, hay muchos elementos en el interior de los trabajos de estos estudiosos que muestran que en muchos casos su concepción de la costumbre tiene un alto valor antropológico, y, por lo tanto, ligado a la naturaleza de los comportamientos. Los autores que vamos a considerar son los más paradigmáticos historiadores del derecho español: Alfonso García Gallo, Enrique Gacto Fernández, García de Valdeavellano, Galo Sánchez. Si bien el pensamiento de este grupo de historiadores no es homogéneo, ya que en muchos casos se trata de autores con una línea de interpretación propia, es posible encontrar una serie de elementos en común. En primer lugar, este grupo de investigadores consideran que existen realidades y situaciones que están por encima del derecho, y que éste sólo se limita a regularlas y a moldearlas. En segundo lugar, consideran que existe un adentro y un afuera del derecho: ese afuera es la realidad que el derecho aprehende para modelar. En este aspecto no existen demasiadas diferencias entre la escuela de juristas españoles con la italiana retratada anteriormente a través de Grossi y Calasso.

La norma jurídica se encuentra latente en el mundo; los doctos 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 abstracta<sup>30</sup>. La práctica jurídica funciona como reflejo de las prácticas sociales; el derecho representa una norma que ya está vigente en el uso y la conciencia de los hombres. Si existe dimensión creadora del derecho sólo es vista en situaciones históricas en las que no existen *corpora* legales formalizados. También Gacto Fernández, por ejemplo, al pensar la experiencia de la región castellana, no tiene problemas en sostener la capacidad creadora de derecho de los jueces a través de las fazañas<sup>31</sup>. Galo Sanchez, al igual que Gacto Fernández, al estudiar la formación del derecho en Castilla hace hincapié en la creación de los juristas: "Los jueces castellanos han sido los creadores del derecho de Castilla. Al no existir redacciones extensas, ni oficiales ni privadas, del derecho local, y faltando en absoluto las del derecho territorial, el juez halló fácil el camino para convertirse en creador de la norma jurídica"<sup>32</sup>. Ahora bien, esta capacidad creadora de derecho del juez castellano no debe llevarnos a pensar que estos historiadores plantean una visión constructivista del derecho. No se trata según esta postura de considerar al discurso jurídico instituyendo a las regularidades consuetudinarias, sino de ver en la figura mítica de los jueces de Castilla al sujeto que, no existiendo textos jurídicos previos, toma decisiones basadas en los usos y las prácticas de cada una de las regiones. Como vemos aquí, el discurso jurídico sigue atado a una concepción representativa. Ligada al derecho germánico la costumbre es, en esta línea, una regulación de la realidad más sencilla y popular que las formulaciones de la tradición romana. 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 co-

---

<sup>30</sup> G. Sánchez, "Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano", *AHDE*, 6, 1929, pp. 260-328.

<sup>31</sup> Cf. E. Gacto Fernández, *op. cit.*, pp. 49-51, apartado dedicado a la creación de derecho por albedrío.

<sup>32</sup> G. Sánchez, *op. cit.*, p. 262.

municipios rurales"<sup>33</sup>, ya que implicaba muy poca elaboración.

Tópicos claves en esta historia del derecho español son la relación entre costumbre y derecho germánico y la confrontación de ambos con un derecho romano recuperado de forma tardía. Existe un antiguo debate historiográfico acerca del carácter germánico del derecho español posterior a la invasión musulmana. Historiadores de mucha monta como Hinojosa, Sánchez Albornoz, Valdeavellano<sup>34</sup> han planteado que el derecho medieval español deriva de un derecho germánico con el que comparte 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 Ficker e Hinojosa<sup>35</sup> resaltando el íntimo parentesco que encierran con los derechos germánicos del Norte de Europa. Este derecho germánico era básicamente consuetudinario. Esto quiere decir que después de la invasión musulmana del siglo VIII, con la caída en desuso de la ley visigoda, se erigió un derecho germánico que ya se encontraba latente bajo el dominio de la *Lex Visigothorum* y que siempre se había resistido a ella. En la impasse entre la ley visigoda y el derecho romano emerge la costumbre que es deudora de un derecho antiguo de raíz popular, el derecho germánico.

Como es sabido, García Gallo salió al cruce de estas afirmaciones para plantear que si bien era posible encontrar cierta raigambre en el derecho germánico, no ha quedado probada la posibilidad de que sea un precedente de este derecho español. Tampoco se ha probado, según el historiador, que exista una diferencia entre el derecho visigodo y el consuetudinario de los siglos VI a

---

<sup>33</sup> E. Gacto Fernández, *op. cit.*, p. 35.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 34-35.

<sup>35</sup> *Ibid.*

VIII. 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”<sup>36</sup>. Según Gallo, los pueblos del norte de España deficientemente romanizados conservaron sus costumbres prerromanas y las llevaron consigo en el momento que repoblaron la meseta.

Sin embargo, esta clausura momentánea del debate es puesta actualmente en duda por Carlos Petit, que analiza la recurrencia de los términos *mos* y *consuetudo* en la leyes visigodas<sup>37</sup>. La conclusión a la que llega, y que de alguna manera se enfrenta a las tesis más tradicionales que confrontaban derecho romano a derecho germánico, es que dichas palabras, lejos de hacer referencias a un “derecho germánico” latente, la mayor parte de las veces remiten a una práctica romana. 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 una 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 costumbres. Otra de las afirmaciones más relevantes del trabajo es que las apariciones de *consuetudo*, *mos*, *ritus*, *usus*, no se refieren a normas de derecho consuetudinario; en la mayor parte de los casos *consuetudo* remite a una práctica, a un comportamiento habitual.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>37</sup> C. Petit, “*Consuetudo y mos en la Lex Visigotorum*”, en AA. VV., *La coutume*, número especial de *Recueil de la Société Jean Bodin*, N° 52, Bruselas, 1990, pp. 89-120.

Estas ideas, por lo tanto, cuestionan varias de las tesis sostenidas tenazmente por la escuela institucionalista española. Por un lado, no sólo echa por tierra la idea de pervivencia de un derecho germánico expresado en costumbres y *mores* sino que también considera que el transfondo de esas costumbres es el derecho romano; por otro lado, demuestra que si bien hay menciones de *mos* y *consuetudo* en las leyes visigodas, en la mayor parte de los casos estos vocablos no remiten a un derecho consuetudinario sino que implican la idea de una práctica habitual. No está presente la idea de la costumbre como fuente del derecho.

Si bien es posible cuestionar la filiación establecida por los historiadores españoles del derecho entre costumbre y derecho germánico, por un lado, y entre costumbre y derecho prerromano, por otro, lo que ahora nos interesa es analizar de qué forma esta escuela aborda el problema del derecho y la costumbre en la Edad Media.

¿A qué llaman costumbre estos historiadores? Difícil es encontrar una respuesta unívoca, porque es en esta escuela donde se puede hallar de forma más evidente la tensión entre las dos dimensiones ya señaladas de la costumbre, sin que exista un registro de estos constantes corrimientos. La costumbre se mueve en un ámbito de ambigüedad entre la idea de comportamiento regular comunal y la idea de fuente del derecho. Pero lo más interesante es que los autores parecen estar ciegos a este movimiento, o al menos consideran este movimiento como "natural".

Para la escuela institucionalista lo que es una certeza es que la costumbre reinó en la península durante el período que se extendió desde la caída de la ley visigoda hasta la recuperación del derecho romano a través del Código de Justiniano. La costumbre era en este período la única fuente del derecho pues al no haber un derecho formulado explícitamente la costumbre funcionaba como el deber ser de una comunidad. No existía otra forma de regla-

mentación comunal que la costumbre. Ahora bien, este derecho consuetudinario era radicalmente diferente de lo que sería con posterioridad el *ius consuetudinarium*, puesto que el derecho consuetudinario no era una regulación formalizada desde un corpus. Cuando estos historiadores hablan de derecho consuetudinario en los siglos X-XI se refieren a una forma de regulación de la sociedad no escrita, tradicional, que se transmite de padres a hijos; para nada están pensando en lo que luego serán las formulaciones de un derecho culto acerca de la norma consuetudinaria. Es decir que al hablar de derecho consuetudinario se están recostando en un aspecto si se quiere antropológico del derecho: los comportamientos reiterados en una sociedad en que no existe derecho escrito se consideran como derecho consuetudinario. Se refieren a un derecho en estado práctico, a un derecho que emana desde el comportamiento humano. Una vez retomado el derecho romano a partir del trabajo de los juristas medievales, también existirá un derecho consuetudinario pero ahora estipulado por la doctrina. Sin embargo, esta aclaración no es hecha por los propios historiadores del derecho español ya citados, y, por lo tanto, el uso de los mismos términos para referirse a situaciones diferentes genera incertidumbres y muestra, a nuestro criterio, la falta de rigor en la utilización de los conceptos.

Ahora bien, ¿cómo se da según esta escuela el paso de un momento en el cual la costumbre es derecho transmitido de generación en generación a otro en el cual ha sido reglamentada por la doctrina? Para abordar este problema es necesario sumergirse en otro tópico de la historiografía jurídica española: la recepción del derecho romano. La tesis clásica avalada por la mayoría de estos historiadores sostiene que la redacción de las costumbres a partir de los siglos XII y XIII fue una forma de resistir el avance de un derecho extranjero como el romano. Esto se puede constatar en numerosos trabajos. Para García Gallo, por ejemplo, "en todas partes, el pueblo se resistió a la recepción del derecho co-

mún y al empeño de los juristas de aplicarlo en toda ocasión"<sup>38</sup>. Parece tratarse del enfrentamiento entre un derecho popular, consuetudinario, y un derecho sabio y ajeno, el derecho romano. En este sentido, las costumbres se transformaron en una *vox populi*<sup>39</sup> frente a la voz culta.

Pero estas tesis han sido puestas en entredicho por los nuevos análisis de André Gouron y su escuela que no muestran un enfrentamiento entre derecho consuetudinario y derecho romano, sino todo lo contrario. Por otro lado, para esta misma escuela cada vez se hace más insostenible la idea de que la costumbre es la voz de lo popular, cuestionamiento que abordaremos más adelante al hacer referencia a la escuela francesa de historiadores del derecho. Lo que nos interesa en este punto es mostrar la forma de abordaje del problema que caracterizó y caracteriza a este grupo de historiadores españoles, y señalar también algunas críticas a la luz de trabajos recientes.

Sinteticemos lo que hemos dicho hasta aquí acerca de los historiadores españoles del derecho. En primer lugar, conciben el derecho como un discurso que representa la realidad: el derecho dice en un lenguaje "culto" lo que ya está vigente, aunque toscamente en el mundo real. En segundo lugar, la costumbre es una forma de ordenamiento sencillo, rústico y popular de la vida que tiene su origen en un derecho o bien germano o bien prerromano. Pero no se trata de un derecho formulado sino de una regulación en estado práctico de los comportamientos comunales. La condición de existencia de este derecho consuetudinario no romano es la oralidad. En tanto oral, sencilla, rústica y popular esta costumbre se transforma en la voz del pueblo que se enfrenta radicalmente a la recuperación e implantación de las normas de un derecho que se caracteriza como escrito, elaborado, sabio y ajeno, es decir, el derecho romano.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>39</sup> A. Gouron, "Sur les plus anciennes rédactions coutumières du Midi: les «chartes» consulaires d'Arles et d'Avignon", *Annales du Midi*, 109, 1997, pp. 189-200, en p. 200.

Sin embargo, muchos de los trabajos que analizaremos a continuación, incluido el de Petit al que ya hicimos referencia, señalan el carácter romano de la *consuetudo*, sosteniendo que sólo a partir de la tradición del derecho romano es posible ver en un conjunto de prácticas regularidades jurídicas.

Señalemos, para terminar, tres supuestos compartidos por el gran conjunto heterogéneo de investigaciones que hemos abordado en este apartado:

1. Existe una relación derivativa entre los hechos sociales y el derecho. Para algunos, como es el caso de los institucionalistas españoles o los historiadores italianos del derecho, esa derivación es absoluta, expresiva. El derecho consuetudinario se transforma por sus propias características en el caso más representativo de este mecanismo: la costumbre se encuentra en los actos repetidos de los hombres y es la labor de los juristas la que la pule transformándola en derecho.

2. Existe una concepción naturalista del derecho consuetudinario. La costumbre es naturaleza humana, razón viviente, ley en estado original.

3. El derecho consuetudinario, en tanto construido por los juristas medievales como derecho del *populus*, se transforma en estas interpretaciones en derecho popular o de las clases populares. Este desplazamiento permite entonces considerar a la costumbre como "*vox populi*", "conocimiento sistemático de las clases populares" u "ordenamiento popular de la vida de los hombres". Sin embargo, en la elaboración conceptual que hace el derecho, la idea de *populus* no tiene nada que ver con lo que hoy día denominaríamos popular sino con lo que la tradición del derecho romano llamaba pueblo: la *universitas*<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Este punto será desarrollado en el apartado sobre la construcción del *ius consuetudinarium*.

## II. Miradas juristicas

Las líneas historiográficas que reseñamos hasta aquí tienden, según nuestro criterio, a hacer hincapié en el aspecto romántico o antropológico de la costumbre. Las tres posturas abordadas consideran que existen dos momentos: el primero que corresponde a la Alta Edad Media en donde la costumbre funciona en estado práctico; un segundo momento en el cual encontramos una costumbre juridizada doctrinalmente. Además conciben que el paso de la costumbre como práctica a la costumbre como *ius* es automático: el derecho deviene de la repetición de los comportamientos o se encuentra como parte constitutiva de la cosa. Los hechos en sí son generadores de derecho; la función de las construcciones doctrinales es descubrir y confirmar esa regla.

A continuación vamos a considerar otra línea, la de los historiadores que se han centrado en la construcción de la costumbre como fuente del derecho a partir del trabajo de los juristas medievales. Esta corriente historiográfica retoma otra dimensión de la costumbre: su valor como *ius*. El énfasis está puesto en la construcción de la costumbre como fuente del derecho. En efecto, para esta línea de investigadores, el *ius consuetudinarium* fue una creación netamente medieval, resultado de los intentos de los juristas de compatibilizar el *corpus recuperado*, los textos justinianos, y las prácticas concretas medievales.

Estos trabajos plantean dos ideas fundamentales que delimitan dos momentos históricos: por un lado, que en el primer momento de la recepción del derecho romano (fin del siglo XI) no existió enfrentamiento entre este *corpus recuperado* y las costumbres locales; por otro lado, que el enfrentamiento que se dio entre *lex* y *consuetudo* en los siglos siguientes fue consecuencia de la transformación de la costumbre en fuente del derecho: los juristas medievales habían creado el *ius consuetudinarium*.

Empecemos, entonces, con la primera tesis, que comporta un problema clásico de la historia del derecho: la recuperación del derecho romano y la redacción de los textos consuetudinarios locales. Como ya vimos, la historiografía tradicional había planteado esto como un enfrentamiento. 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 "consuetudinarios" eran el resultado de dicha confrontación. Esta hipótesis clásica ha sido puesta en entredicho por las investigaciones de la escuela 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. Dicho fenómeno consistió en la reificación de la regla jurídica como instrumento privilegiado de mediación en las relaciones sociales<sup>41</sup>. Por lo tanto, las redacciones meridionales de costumbres no fueron ajenas al derecho romano; por el contrario, haciendo un análisis de ellas se puede ver la influencia ejercida por el derecho canónico y la codificación justiniana.

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 Provenzal<sup>42</sup>. En efecto, hasta entonces se pensaba que la recepción del Código de Justiniano 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

---

<sup>41</sup> J. Poumarède, "La coutume en pays de droit écrit", *Recueil de la Société Jean Bodin*, 52, 1990, pp. 233-250, en p. 237.

<sup>42</sup> Ver A. Gouron, "Sur les origines de l'expression «Droit Coutumier»", *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1, 1988, pp. 179-188, y "Aurore de la coutume", *Recueil de Mémoires et Travaux. Société d'Histoire de Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit*, 14, 1988, pp. 181-187, ambos en *Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles*, Norfolk, 1993.

norte de España y a Cataluña en forma temprana<sup>43</sup>. Es posible, por lo tanto, considerar que en las recopilaciones de costumbres tuvieron un importantísimo lugar tanto la codificación canónica como la justiniana.

Según esta línea, en un primer momento hubo sobre todo adecuación; la confrontación entre *lex* y *consuetudo* existió pero se desarrolló posteriormente cuando los juristas medievales debieron traducir a términos jurídicos las prácticas tradicionales. El pasaje del mundo tradicional al sistema jurídico definido y organizado significará un cambio de mentalidad que marcará profundamente el pensamiento occidental<sup>44</sup>. La transformación de este universo ligado al orden tradicional y subjetivo no se dará por la introducción del corpus romano sino a posteriori a partir del trabajo de los juristas para compatibilizar el texto de la ley con el mundo de las prácticas.

Los trabajos de la escuela de André Gouron, encuadrados en el proyecto más general "génesis del estado" encarado por Jean-Philippe Genet, consideran este momento, el de la "invención" del *ius consuetudinarium* por parte de los doctores del derecho medieval, clave para el renacimiento del poder legislativo y la génesis del estado moderno<sup>45</sup>. Cuando las prácticas consuetudinarias se transformaron en derecho consuetudinario la *consuetudo* dejó de estar ligada a la tradición para pasar a ser fuente del derecho, de la misma forma que ya lo era la ley. Pero, una vez incluida la *consuetudo* en el ámbito del *ius*, el segundo paso fue disminuir su importancia respecto de la *lex* emanada del príncipe<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> L. Mayali, "La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Age", *Recueil de la Société Jean Bodin*, 52, 1990, pp. 11-31, en pp. 12-13.

<sup>45</sup> Ver A. Gouron y A. Rigaudière, eds., *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Montpellier, 1988.

<sup>46</sup> Ver A. Gouron, "Coutume contre loi chez les premiers glossateurs", y L. Mayali, "*Lex animata*. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XIIe-XIVe siècles)", ambos

No se trata entonces para esta línea de enfrentamiento entre dos tipos de derecho, que la historiografía tradicional había clasificado como derecho romano y derecho germánico, puesto que antes del trabajo de los juristas medievales no existía la *consuetudo* como productora de derecho.

¿Qué es la costumbre para estos historiadores? Es evidente que en sus textos se encuentra la constante tensión entre esos dos aspectos de la costumbre que señalamos al inicio. Para este grupo existe una gran diferencia entre la costumbre como práctica y la costumbre como derecho; estos dos momentos están separados y definidos por el trabajo de los juristas. La costumbre como práctica es el conjunto de "usages et des pratiques transmis de génération en génération au sein de groupes sociaux nettement différenciés. Le caractère obligatoire de 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 quisiment incantatoire et magique suffisait à enraciner certaines pratiques dans l'imaginaire collectif de un peuple ou une communauté"<sup>47</sup>. Por el contrario, la costumbre como *ius* nace de la elaboración teórica del derecho culto y, por lo tanto, está construida desde el universo del derecho que intenta borrar su dimensión tradicional y subjetiva.

¿Cómo se da para estos investigadores el paso de ese conjunto de prácticas costumbristas al *ius consuetudinarium*? Empecemos con una descripción de lo que sucede con el derecho romano a partir de la caída del Imperio de Occidente. Es un dato comprobado que después de las invasiones "bárbaras" se produjo una imbricación en el marco de los reinos romano-germánicos entre ciertas prácticas de tipo germánico y prácticas romanas. Los mismos códigos germanos, como por ejemplo la *Lex Visigothorum*, estuvieron muy emparentados con el derecho romano. Un trabajo muy interesante en esta línea es el de

---

en A. Gouron y A. Rigaudière, eds., *op. cit.*, pp. 117-130 y 155-164, respectivamente.

<sup>47</sup> L. Mayali, "La coutume dans la doctrine romaniste", *op. cit.*, p. 12.

Petit que ya analizamos anteriormente.

En un principio este corpus apareció en Occidente de forma fragmentaria. Pero a partir del siglo XI comenzó el trabajo de los comentadores y glosadores. Uno de los problemas claves que tuvieron que resolver los juristas medievales fue el de la compatibilización de las numerosas costumbres particulares y locales con el corpus universalista del derecho romano. ¿Cómo hacer para articular el derecho romano con las normas locales cuando en dicho corpus no se hablaba directamente de *ius consuetudinarium*, de la costumbre como fuente del derecho? La *consuetudo* aparecía en el corpus justiniano pero de ninguna manera se trataba de *ius* sino de una serie de hábitos. 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 fuente del 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 *ius consuetudinarium*. Como señala Gouron, "l'expression *ius consuetudinarium* en figure nulle part au Corpus juris civilis; elle a été imaginée par les glossateurs au moment ou ils élaboraient une théorie de la coutume"<sup>48</sup>. Según esta línea de interpretación es precisamente en el momento de la elaboración del *ius consuetudinarium* cuando recién se puede 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 príncipe.

Según Mayali, en los primeros glosadores el elemento distintivo entre

---

<sup>48</sup> A. Gouron, "Sur les origines de l'expression «Droit Coutumier»", *op. cit.*, p. 179.

*lex* y *consuetudo* fue el carácter escrito u oral de la norma. Pero a 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". La dimensión oral vinculaba a la costumbre a un "modo de vida consuetudinario" ajeno a la lógica de una cultura atada a la escritura ligándola así a la tradición.

Esta definición 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 *scripta* o *non scripta*<sup>49</sup>. 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. Como plantea Gouron, 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* en la que no aparecía el criterio de la oralidad; la separación de la costumbre del orden factual; la determinación de una temporalidad definida<sup>50</sup>.

Pero incluso luego de formalizada las dificultades para una definición unívoca de la costumbre siguieron existiendo. Una muestra significativa de que la *consuetudo* excedía el problema jurídico.

En síntesis, el derecho consuetudinario, para este grupo de investigadores no nace como reflejo de una realidad consuetudinaria de herencia germánica, sino que es el resultado de un arduo trabajo de los doctores del derecho

---

<sup>49</sup> El profesor Yan Thomas ("La construcción institucional del tiempo", conferencia brindada en Buenos Aires en noviembre de 1997), ha sostenido que podría abrirse una perspectiva interesante si se interpretara que en los textos de los juristas medievales *non scripta* no hacía referencia a la dimensión oral de la norma sino que señalaba que dicha norma no estaba escrita en el corpus heredado.

<sup>50</sup> Estos tres procedimientos serán analizados en el apartado *La recuperación del derecho romano y la invención del ius consuetudinarium*.

de la edad media. A partir de la recuperación del derecho romano los juristas nominaron con la palabra *consuetudo* al conjunto de hábitos reiterados aprobados por la mayor parte del pueblo. Pero la idea de *consuetudo* heredada de la tradición romana contenía un alto grado de indeterminación. Por lo tanto, como reconoce Mayali: los juristas medievales lograron controlar la fuerza jurídica de un fenómeno consuetudinario mucho más vigoroso en el origen que la jurisprudencia romana. Este control tuvo como efecto la primacía de la *lex* sobre la *consuetudo*.

Ahora bien, dos problemas quedan planteados a partir de una análisis en profundidad de esta postura. En primer lugar, si bien hacen hincapié en el carácter construido de la costumbre, a la hora de definirla recurren a los conceptos esgrimidos desde la antropología. De esta forma vuelven a considerar, cómo lo hacen las miradas naturalistas, dos momentos de existencia de la costumbre: uno prejurídico y otro jurídico<sup>51</sup>.

En segundo lugar, permanentemente señalan la existencia de "algo" por fuera del discurso jurídico cuya fuerza es difícil de controlar. La mayor parte de las veces se refieren a ese exceso como "cultura consuetudinaria", "costumbre tradicional", etc. Caen así nuevamente en la idea de que la costumbre preexiste al discurso jurídico cuando habían planteado de forma inicial el carácter construido del derecho consuetudinario. Ese "algo" que molesta a la estabilización de esa formalización, eso que ha sido controlado bajo la formalización jurídica pero que vuelve a presentarse cuestionándola, no es abordado por esta escuela, ya que sólo se centra en los dispositivos de control, y no en lo que debe ser controlado.

---

<sup>51</sup> Los trabajos de A. Gouron son la excepción a esta recaída. A lo largo de sus investigaciones deja muy clara la imposibilidad para hablar de costumbre sin existencia de un corpus dogmático que transforme regularidades en reglas jurídicas.

## BALANCE Y PUNTO DE PARTIDA

Ha quedado claro, hasta aquí, que para estos investigadores lo central es la creación del *ius consuetudinarium* por parte de los juristas medievales, y que, debido a esto, el énfasis está puesto en las formas en que los textos doctrinarios se fueron modificando y reelaborando hasta llegar a la formulación más acabada. El eje pasa por la costumbre como *ius* y no por el aspecto antropológico de la costumbre. No existe aquí transformación automática del hecho en derecho, sino que el paso hacia el *ius consuetudinarium* está mediado por el trabajo de un grupo de individuos con un objetivo muy claro: subordinar cualquier forma alternativa de creación de derecho a la *lex* que emana del príncipe.

Este derecho consuetudinario instituido por los juristas medievales no posee nada de natural y popular: no emana de los comportamientos humanos situándose el derecho en posición de confirmarlo, sino que por el contrario es el derecho el que instituye a ese fenómeno como caso particular de una ley general; no tiene sus raíces en lo popular sino que se origina en el *populus* entendido en términos romanos y no en términos actuales: pueblo no es sinónimo de popular sino de la parte seleccionada por el derecho con capacidad para ser generador de normas.

La imagen romántica de una sociedad en la que la costumbre como derecho fluye espontáneamente se diluye cuando vemos este carácter "artificial" del derecho consuetudinario.

Para el conjunto de los historiadores que consideran al derecho consuetudinario como derecho popular ligado a la naturaleza humana, la costumbre existe desde siempre. Instalados en un plano antropológico, es decir, conci-

biendo a la costumbre como repetición social o comunal, esta existencia es una evidencia. Sin embargo, desde otra perspectiva que privilegia la operación discursiva sobre el orden de los hechos esta evidencia se desdibuja. Sólo es posible hablar de costumbre una vez que se ha producido una labor intelectual que permita interpretar formalmente el orden de los hechos. Y esto sucede históricamente a lo largo del siglo XII. Esto quiere decir que la dimensión antropológica de la *consuetudo* quedó instituida a partir de la recuperación del derecho romano y del trabajo de los romanistas. Es a partir de ese momento cuando la *consuetudo* comienza a tener valor de comportamiento reiterado avalado por la mayor parte de los hombres buenos de la comunidad. ¿Esto significa que no existe un "saber-hacer tradicional" antes del siglo XII? Las prácticas tradicionales existen, pero en los documentos que vamos a estudiar previos a la labor de los juristas sobre el *corpus justinianum*, ese conjunto de saberes no es nominado con el concepto de *consuetudo*, y si la palabra aparece, remite a otro orden de cosas -al conjunto de las imposiciones banales-.

La pregunta clave, entonces, será: ¿existe entre los siglos X y XII, es decir, antes de la formalización, la *consuetudo*? La documentación estudiada para la zona de Castilla y León nos permitirá demostrar que la voz *consuetudo* como conjunto de prácticas de una comunidad con valor jurídico no existe hasta mediados del siglo XII, momento en el cual comienzan las primeras elaboraciones del derecho culto. Existe sí una serie de prácticas recurrentes de la comunidad; pero esas prácticas no son denominadas en la documentación con el término costumbre y las que llevan esa denominación no tienen nada que ver con lo que con posterioridad se denominará costumbre. Será necesaria la labor de los doctores del derecho sobre los textos recuperados de la compilación justiniana para que este saber-hacer tradicional sea interpretado como *ius consuetudinarium*.

**PARTE II**

**LA CONSUETUDO COMO CONSTRUCCIÓN DEL  
DISCURSO JURÍDICO**

Un problema clave de la investigación ha quedado planteado en la primera parte: la existencia de la *consuetudo* como conjunto de prácticas jurídicas de una comunidad antes y después del siglo XII momento en el que empiezan a estar vigentes las elaboraciones dogmáticas acerca del *ius consuetudinarium*. Nos centraremos en el análisis de una documentación específica del mundo medieval español: los fueros. Textos que se distinguen claramente de las elaboraciones dogmáticas de los juristas medievales. Aun cuando en los fueros no encontramos definiciones explícitas acerca de la *consuetudo* o del *ius consuetudinarium* creemos que es posible encontrar en estado práctico una elaboración acerca de estos conceptos. Nuestra hipótesis de trabajo es que en los documentos estudiados, la *consuetudo* en tanto conjunto de prácticas jurídicas recién aparece a partir de la elaboración docta del *ius consuetudinarium*. Las menciones anteriores al siglo XII que remiten a prácticas recurrentes realizadas por la comunidad se expresan en una gran variabilidad de términos de los cuales *consuetudo* no es sinónimo en la medida en que se refiere a otro universo de significación. Es a partir de la elaboración de la *consuetudo* como *ius* que la palabra amplía su campo semántico hasta incluir la idea de una práctica obligatoria recurrente. Pero esto no sucederá hasta mediados el siglo XII como resultado de un trabajo minucioso por parte de los doctores del derecho tanto italianos como franceses.

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. La invasión musulmana que trajo como consecuencia el hundimiento del aparato estatal visigodo provocó también la desaparición de la unidad jurídica forjada en torno a la vigencia del *Liber Iudi-*

*ciorum*. 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"<sup>52</sup>. 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 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 un lenguaje que habilite la juridización de las prácticas reiteradas como *usus, mos, consuetudo* y que consagre su carácter normativo. Por el contrario en aquellas zonas donde la aplicación del Libro 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 romano<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> A. García Gallo, "Aportación al estudio de los fueros", *AHDE*, 26, 1956, pp. 387-446, en p. 391.

<sup>53</sup> Cf. A. Gouron, "Aurore de la coutume", *op. cit.*, p. 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".

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 mediados del siglo XII momento en el cual se pone a operar una definición dogmática de la *consuetudo*.

En tanto es clave en nuestra demostración la secuencia temporal, organizaremos la exposición teniendo como eje este cambio fundamental que se produce alrededor del siglo XII.

## CONSUETUDO EN CASTILLA Y LEÓN HASTA EL SIGLO XII

### I. Los Fueros de 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 pacibles de ser sometidas a derecho permitió el desarrollo de un derecho local "suceptible de resolver por sí mismo las dificultades que planteaba la convivencia en comunidades de economía agropecuaria"<sup>54</sup>. 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.

Para abordar el problema en esta región trabajaremos sobre los fueros y privilegios otorgados por Fernán González a distintas localidades castellanas como, los privilegios concedidos al Monasterio de Santa María de Remondo, el fuero de Castrojeriz; donaciones hechas por otros condes castellanos, al Monasterio de San Salvador de Oña, el fuero de Nave de Albura<sup>55</sup>, el fuero de Alcalá de Henares, el fuero de Medinacelli, el fuero latino de Sepúlveda, etc. Dividiremos la exposición según un criterio cronológico, de forma tal que la ce-

<sup>54</sup> E. Gacto Fernández, *op. cit.*, p. 31.

<sup>55</sup> T. Muñoz y Romero, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, tomo I, Madrid, 1847.

sura temporal que planteamos con anterioridad quede claramente señalada.

A partir de la lectura de los privilegios y fueros breves otorgados por los condes de Castilla a lo largo de los siglos X y XI<sup>56</sup> podemos señalar que no existe ninguna mención de *consuetudo*. Tampoco hallamos la existencia de algún concepto que resuma la idea de derecho no escrito obligatorio practicado por la mayor parte de la comunidad. En los fueros siguientes que se otorgan a lo largo de los siglos XI y XII se repite esta característica: la *consuetudo* no aparece, ni tampoco otras formas de conceptualizar el "saber-hacer" de la comunidad. ¿Podríamos sostener entonces que en el nivel de las prácticas concretas de la comunidad no existía la repetición? Tal suposición queda desmontada cuando vemos, en primer lugar, la descripción presente en los fueros que muestran prácticas que se repiten. En segundo lugar, cuando nos enfrentamos con documentos que muestran explícitamente un reconocimiento de la continuidad. El caso más significativo es el del fuero latino de Sepúlveda otorgado por Alfonso VI en el año 1076. Allí podemos leer:

*"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 /*

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 36-42. Otorgados por García Fernández: Privilegios del Monasterio de Santa María de Remondo, en marzo de 969; Fuero de Castrojeriz, en marzo de 974 (recogido en una confirmación posterior de Fernando III); Escritura de Fundación del Monasterio de San Cosme y San Damián de Covarrubias, en diciembre de 978. Otorgados por Don Sancho: Donación al Monasterio de San Salvador de Oña, en 1011; Fuero de Nave de Albura, en 1012.

ante in tempore auoli mei *quos hic nominamus*"<sup>57</sup>.

En este fragmento queda claro que el rey reconoce que desde el tiempo de su abuelo Sepúlveda posee un fuero que debe ser respetado en nombre de su antigüedad. Se percibe entonces la necesidad de respetar una continuidad, y en esta decisión vemos consecuentemente la existencia de repetición. Lo que queda claro también en este documento es que lo que debe mantenerse como desde antiguo es el "derecho" de la villa; el término fuero debe ser entendido aquí, como lo indica García Gallo<sup>58</sup>, como derechos del lugar no necesariamente consuetudinarios. Sin embargo, la existencia de un derecho o de un hacer que se repite no nos debe llevar a considerar ese derecho o esa práctica como consuetudinaria. La dimensión temporal es una de las facetas de la costumbre en tanto norma jurídica, pero no la única. Lo que vemos en Sepúlveda es la necesidad de la villa de que el rey le confirme la serie de privilegios que poseía desde la época de los condes por ser pueblo de frontera en la avanzada de la reconquista; pero no un derecho de raíz popular que se enfrenta a un derecho de otra naturaleza.

El punto central aquí es no confundir existencia con constatación o identificación. La costumbre es una existencia en el plano del discurso jurídico y no de los hechos sociales. Existe primero una definición que permite designar a determinados actos o hechos como costumbre, y luego como consecuencia de este procedimiento surge la costumbre en tanto práctica. Pero en el fuero latino de Sepúlveda en tanto texto jurídico no encontramos ninguna nominación o conceptualización que permita hablar de un derecho consuetudinario en dicha región. ¿Marca de qué es esta ausencia? La inexistencia de *consuetudo* nos dice más acerca del universo del derecho que del mundo de las prácticas

<sup>57</sup> C. Saez Sánchez, *Colección Diplomática de Sepúlveda II (1076-1485)*, Segovia, 1991, p. 3.

<sup>58</sup> A. García Gallo, "Aportación al estudio de los fueros", *op. cit.*, pp. 393-395.

concretas de la comunidad: la inexistencia del término señala que el derecho no ha homogeneizado bajo un concepto la heterogeneidad práctica. Para comprender esta afirmación es necesario explicitar qué entendemos en este trabajo por formalización. Formalizar significa, desde nuestra perspectiva, sistematizar, abstraer, más específicamente, transformar una singularidad en caso particular de una ley general (o definición general). Formalizar es hacer caso. Para que la operación de reducción a caso tenga lugar es necesaria la existencia de un discurso universal que transforme a un término singular en un significante universal capaz de ser aplicable a cualquier situación.

Por lo tanto, si bien no cabe duda de que existen regularidades y continuidades para el derecho, tampoco hay duda de que la costumbre no existe puesto que no hay ningún discurso que a partir de una definición construya a la costumbre como sinónimo de regularidad. Actualmente identificamos ambas cosas porque la construcción del concepto ocurrió hace siglos. Pero los textos sobre los que trabajamos fueron confeccionados en un momento en el cual dicha elaboración no había tenido lugar.

La inexistencia radical del concepto costumbre nos dice mucho acerca del problema que estamos indagando. En primer lugar, que en este momento y en esta instancia del derecho no se ha visto la necesidad de formalizar las prácticas que se reiteran. Si bien en el norte peninsular la recuperación del derecho romano fue muy temprana, en la zona castellana por el contrario, recién va a ser significativa a partir del siglo XIII.

En segundo lugar, nos vincula con un problema histórico filosófico mucho más complejo: los historiadores han visto una presencia allí donde claramente había una ausencia.

Como indicamos en la parte anterior, la historiografía ligada al derecho medieval señalaba dos momentos históricos de la costumbre: un primer mo-

mento, previo a la recuperación del derecho romano, cuando la costumbre en estado práctico era la única forma de regulación de la comunidad, frente a la no existencia de derecho escrito reinaba el derecho consuetudinario; un segundo momento, posterior a la recuperación del corpus justiniano en que la costumbre se incorpora al *ius* y, predomina, 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"<sup>59</sup>. Respecto del predominio del derecho consuetudinario los autores no tienen ninguna duda: "Castilla, Navarra y Aragón siguieron desconociendo el *Liber*. 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"<sup>60</sup>. "La mayor parte del contenido de los fueros recogen un Derecho consuetudinario que se presenta como propio del lugar, la comarca o la región"<sup>61</sup>. Podríamos señalar otros muchos ejemplos en donde se desarrolla esta idea muy afianzada en la tradición de los historiadores del derecho<sup>62</sup>. Lo que queda claro, de todos modos, es que encuentran derecho consuetudinario en los fueros anteriores al siglo XII.

Sin embargo, analizando los documentos vemos que esta presencia inquestionable del derecho consuetudinario es una radical inexistencia: hasta el siglo XII o XIII, según la colección de fueros de Castilla que analizamos, no se hace mención alguna a costumbre ni a otro término factible de ser traducido

<sup>59</sup> E. Gacto Fernández, *op. cit.*, p. 56.

<sup>60</sup> A. García Gallo, "Aportación al estudio de los fueros", *op. cit.*, p. 392, n. 25.

<sup>61</sup> E. Gacto Fernández, *op. cit.*, p. 69.

<sup>62</sup> J. Beneyto, "Para la clasificación de las fuentes del derecho medieval español", *AHDE*, 31, 1961, pp. 259-268; R. Gibert, "El derecho municipal de León y Castilla", *AHDE*, 31, 1961, pp. 695-753; G. Sánchez, *op. cit.*, *passim*.

como tal. La presencia de *consuetudo, usus, mos* se evidencia en los documentos con posterioridad a la adopción del derecho romano y al trabajo docto sobre el *corpus* recuperado. En oposición a lo planteado por los autores citados, entonces, sólo encontramos *consuetudo* a partir del trabajo de los doctores del derecho sobre el derecho romano recuperado y no antes de él.

¿Por qué según el pensamiento de estos autores aún estando ausente la costumbre determina la situación? En la mayoría de los casos, los historiadores han abordado el problema de la costumbre, en clave antropológica, situándose por encima de las prácticas, es decir, en posición trascendente. Al concebir a la costumbre de manera antropológica, como forma natural y reiterada de comportamiento humano universal, resulta imposible pensar alguna situación histórica en la que ella no se encuentre presente. Estas interpretaciones no pueden concebir sociedades sin derecho. Es a partir de esta concepción que al percibir una construcción, la del derecho consuetudinario, le otorgan una genealogía.

Pero esta interpretación de matriz metafísica<sup>63</sup> 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 código recuperado.

---

<sup>63</sup> La matriz metafísica de esta interpretación consiste en partir de una concepción general, ahistórica, de la noción de costumbre capaz de operar la representación de un conjunto de prácticas tradicionales, regulares, etc. El segundo paso es establecer como existente aquello que la noción de costumbre representa, es decir, lo representado significado por la definición ahistórica de la noción en cuestión.

## II. Los Fueros del Reino de León

El ejemplo castellano nos ha mostrado claramente la inexistencia de términos que dieran cuenta de la repetición antes de la recuperación del derecho romano y del trabajo de los juristas. A diferencia del caso anterior, en León encontramos muy tempranamente menciones a *consuetudines*, *usus* y *mos*. Como ya dijimos, en León a partir del siglo X, debido a la llegada de mozárabes fugitivos procedentes del sur, se dio una revitalización del derecho gótico aún cuando el ordenamiento establecido por éste no fuera el único que tuviera vigencia. Esta aplicación temprana de la *Lex Visigothorum*, en tanto el Libro contenía algunas características del derecho romano, permitió la aparición de este vocabulario que nominaba las prácticas recurrentes. Sin embargo, como veremos a lo largo del análisis esta idea precoz de *consuetudines* va a tener durante varios siglos un sentido circunscripto a las imposiciones del poder de ban<sup>64</sup>.

Si bien el Libro 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*<sup>65</sup>. Estos cuerpos sistemáticos a los cuales nos referimos podían ser exenciones, normas penales y administrativas, cartas y fueros breves. Estos últimos son los que nos interesan específicamente<sup>66</sup>. La ciudad de León recibió fuero de Alfonso V en el año 1017. El fuero regula la libertad humana, el go-

---

<sup>64</sup> 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 aún después de la elaboración del *ius consuetudinarium* los conceptos arcaizantes de *consuetudines* como poder de ban. Ver A. Iglesia Ferreirós, "La creación del derecho en Cataluña", *AHDE*, 47, 1977, pp. 99-423; A. Gouron, "Aurore de la coutume", *op. cit.*, p. 183.

<sup>65</sup> E. Gacto Fernández, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>66</sup> Utilizamos la edición de J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, 2 tomos, Madrid, 1981.

bierno 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 penales<sup>67</sup>. 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 Villaviciencia, 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 leonés<sup>68</sup>. 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 madre<sup>69</sup>.

Se hiciera o no referencia explícita al fuero de León de 1017, lo cierto es que este texto tuvo mucha influencia en la región, aún en territorios situados en los extremos del reino. 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, como veremos 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.

Después de esta breve introducción acerca del corpus documental con el

---

<sup>67</sup> R. Gibert, *op. cit.*, p. 697.

<sup>68</sup> 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 populannndum per omnia per forum civitatis Legionis*". Lo mismo es explicitado por Fernando II en el Fuero de Benavente (1164): "*iuxta foros de León*". Cf. R. Gibert, *op. cit.*, pp. 697-698.

<sup>69</sup> A. García Gallo, "El fuero de León", *AHDE*, 39, 1969, pp. 5-171.

que nos enfrentamos, vamos a introducirnos de lleno en el problema que planteamos: por un lado, el análisis de los términos que hacen referencia a un quehacer comunal; por otro, el estudio del campo semántico de la voz *consuetudo* en los fueros leoneses entre el siglo XI y el XII.

Una heterogeneidad de vocablos hace referencia a distintas prácticas comunales pero sin utilizar la idea de costumbre. Ya que la cesura cardinal se encuentra, para nosotros, en el siglo XII, analizaremos en primer lugar el conjunto de los fueros del reino de León que corresponde a los siglos X y XI, rastreando allí una gama de términos que usualmente son asociados con la idea más corriente de costumbre.

#### a. *More terre*

La palabra *mos* constituye un término muy importante en el mundo romano. En Roma los *mores* remitían a los hábitos de los ciudadanos: el término refería concretamente a la inmanencia de las prácticas. Durante el bajo Imperio, a partir de los textos de Ulpianus, se puede encontrar la idea de que *mos* es la norma: se definen los *mores* como lo que tácitamente ha acordado el pueblo y está arraigado por el uso ancestral.

¿Cuál es el uso que los textos forales hacen de este término? Empecemos por una 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"*<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, II, p. 19.

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; hace referencia a un hábito determinado de esa comunidad, es decir, no se ha separado de la idea de práctica colectiva. Tiene a su vez un valor normativo, puesto que es de esa forma como debe realizarse el servicio de fonzado para el rey. Como dijimos antes, se puede rastrear la utilización del vocablo *mos / more* con un significado similar en la tradición romana. Veamos la cláusula 4 del mismo fuero:

*“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”<sup>71</sup>.*

Aún cuando tenga un valor normativo, *more* tiene también una dimensión altamente subjetiva: no se menciona cuál es el hábito que específicamente designa; cada miembro de la comunidad sabe cómo realizar dicha actividad. Ahora bien ese saber no se encuentra asignado al individuo sino a la tierra. Es ella, más allá de los individuos que la habitan, la que posee dichos hábitos: los hombres que la habitan son meros instrumentos de la tierra que se comporta como estructura, como reservorio de un conjunto de reglas que los hombres deben respetar. El texto del fuero entonces instituye a la tierra como la portadora de un ordenamiento jurídico particular. Instituida como reservorio de las normas todo ocurre como si la tierra fuera la institución que instrumentaliza

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, II, p. 17.

a los hombres en tanto apéndices orgánicos de la naturaleza inorgánica<sup>72</sup>.

¿Por qué entonces el fuero no legisla sobre la forma en que debe llevarse adelante esta práctica? Precisamente porque para el derecho hay una cualidad atribuida a la tierra que no necesita ser legislada porque la tierra posee su propio ordenamiento. Ordenamiento del cual los hombres son apéndices o instrumentos.

El concepto *more* entonces en los fueros que analizamos está ligado a la idea de una práctica comunitaria que no se está imponiendo sino que es llevada a cabo desde antiguo por la comunidad instalada sobre una tierra que contiene un determinado ordenamiento jurídico.

Ciertamente es en los textos más antiguos donde esta palabra se utiliza; textos evidentemente marcados por la tradición romana; *mos* hace referencia entonces a un hábito comunal que no necesita ser explicitado para ser comprendido, que remite a un saber-hacer de ese territorio. La cláusula establece: “según el hábito de la tierra”; de ninguna manera se determina el cómo.

## b. *Usus*

Otra forma de referirse a prácticas comunales, que podía remitir tanto a las relaciones entre los miembros de la comunidad como a las relaciones de éstos con sus señores, era la idea de *usus*. En el año 1085, Alfonso VI otorga fuero a los pobladores de Sahagún en favor del abad de la iglesia de Domnos Santos. En la cláusula 30 se lee:

---

<sup>72</sup> Una marca fuerte de esta instrumentalidad es la utilización de los términos en ablativo (*more terre*).

*"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"*<sup>73</sup>.

Encontramos en este caso junto a la idea de *usus* la de *leges antiquas*. En muchos casos la utilización conjunta reafirmaba la dimensión tradicional y obligatoria que una práctica tenía o debía tener. Es posible establecer una relación entre esta cláusula y las del fuero de León de 1017 en las que se prescribe sobre los mismos temas (específicamente la cuatro primeras cláusulas que establecen el tipo de relación entre la comunidad y los eclesiásticos). En cuanto al fuero de León, los especialistas ven en estas disposiciones un resumen de varias leyes del *Liber*<sup>74</sup>, hecho muy probable, ya que a partir del siglo X en la zona leonesa se encontraba vigente el *Liber Iudiciorum*. Siguiendo esta línea, es factible que las leyes antiguas a las que hace referencia esta disposición sean las leyes de los reyes visigodos, especialmente aquéllas donde se afirmaba la potestad episcopal sobre las personas consagradas, iglesias, monasterios y propiedad de tal condición. Para nosotros lo importante no es tanto que se trate efectivamente de una ley sino que se remarque su antigüedad. El criterio de antigüedad es el que da valor a esa ley, y este aspecto es clave para entender el funcionamiento del derecho en las sociedades precapitalistas. Lo que da valor de verdad a una norma es que su uso se realice desde antiguo. La antigüedad otorga solidez a una norma; antigüedad es sinónimo de bondad y justicia. Como sostiene Gourevich, en la orientación hacia lo antiguo el hombre medieval veía una virtud particular, encontraba allí un valor moral a seguir. Frente a

<sup>73</sup> J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, II, p. 39.

<sup>74</sup> Las disposiciones acerca de la redacción y eficacia de los testamentos concentradas en la ley de Recesvindo parecen estar resumidas en varias cláusulas del fuero de León. Para un análisis en profundidad de este problema J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, I, pp. 73-101.

La antigüedad implica  
valor positivo implícito  
acercamiento al derecho

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"<sup>75</sup>. Una forma de preservación de ese derecho antiguo en sociedades sin escritura era la memoria. Tanto la memoria como la temporalidad, a la que estaba estrechamente vinculada, tenían un valor altamente subjetivo: no había ningún parámetro fuera de la memoria comunal que midiera la antigüedad de tal o cual uso. Un uso, un hábito, podía ser viejo, antiguo o inmemorial; y estas medidas eran interiores a la memoria, lo cual tornaba imposible cuantificarlas. La cuantificación sólo será una operación posible cuando un discurso se coloque en posición trascendente respecto de la memoria subjetiva y pueda establecer para cada tradición, uso o costumbre una medida ajena a las mismas.

En definitiva, no existe una práctica estatal que fije el sentido apropiado para cada práctica. Esto no significa que no haya un sentido asignado para cada acto, rito o representación, sino que la práctica que en una sociedad de estas características fija sentidos es bastante más flexible que los aparatos de control estatales. La práctica que atribuye sentidos en estas sociedades es la tradición: la comunidad encuentra las respuestas a las preguntas del presente por la transmisión de generación en generación, en forma oral, de sus pautas de convivencia. Tradición y cultura oral van unidas de forma entrañable.

Durante mucho tiempo la memoria fue la operación básica de reactualización de la tradición. La oralidad, forma activa de la memoria, recordaba y reactualizaba en cada acto la tradición arquetípica. La tradición al estar precisamente atada a la memoria no es siempre igual a sí misma; por el contrario,

---

<sup>75</sup> Cf. A. Gourevich, *op. cit.*, p. 193.

es "la serie abierta, indefinidamente extensa en el espacio y en el tiempo de un arquetipo... Transportadas oralmente, las tradiciones poseen, precisamente por eso, una energía particular -origen de sus variaciones"<sup>76</sup>. Existen variaciones, entonces, pero se trata de variaciones sobre una invariante; la posibilidad de una innovación radical es una limitación de estas culturas donde la memoria y la tradición estructuran la sociedad. Lo nuevo se conjuga con lo viejo de forma tal que pierde ese carácter de novedad; no existe por lo tanto una distancia histórica entre el hoy y el ayer que posibilite pensar las diferencias. Porque el hoy y el ayer son pensados como lo mismo; lo viejo y lo nuevo se funden de una forma indiferenciada precisamente por eso. Esto no significa que nada nuevo pueda surgir en estas sociedades sino que una vez presentada en el orden de los hechos la novedad es pensada e interpretada como un elemento más de la tradición; queda incluida rápidamente como elemento del arquetipo dominante.

La memoria en una sociedad sin escritura no es una memoria "palabra por palabra"<sup>77</sup>, no sólo porque existen "dificultades objetivas para la memorización integral"<sup>78</sup>, sino también porque para estas sociedades es "menos útil, menos apreciable de cuanto no sea el éxito de una evocación inexacta"<sup>79</sup>. Lo importante, entonces, no era que el recuerdo fuera correcto en sí mismo sino que fuera efectivo en el momento en que debía ser utilizado.

Volvamos al término que nos interesa. La palabra *usus* a diferencia del término *lex* tiene una carga práctica fundamental; no hace referencia a una norma sino a un hacer, o a una norma contenida en un hacer. Se considera uso a un hábito recurrente que con el tiempo se institucionaliza. No necesariamen-

---

<sup>76</sup> P. Zumthor, *La letra y la voz de la literatura medieval*, Madrid, 1989, p. 172.

<sup>77</sup> J. Goody, "Mémoire et apprentissage dans les sociétés avec et sans écriture: la transmission du Bagre", *L'Homme*, 17, 1977, 29-52 (citado por J. Le Goff, *El orden de la memoria*, Barcelona, 1991, p. 137).

<sup>78</sup> J. Le Goff, *ibid.*

<sup>79</sup> J. Goody, *op. cit.*, p. 38 (citado por J. Le Goff, *ibid.*).

te tiene que ser practicado por toda la comunidad; pueden ser usos que distingan a un grupo de otro. El término uso tampoco contiene una dimensión moral, como sí será el caso de la *consuetudo* una vez que sea definida por los juristas, ya que a través del término *usus* sólo se trata de mencionar un conjunto de hábitos.

Si bien el uso es una práctica que se repite, la repetición no es necesariamente idéntica a sí misma. Si la memoria no recuerda palabra por palabra, podríamos decir entonces que el *usus* no recuerda acto por acto. La repetición encierra en sí misma la posibilidad de la diferencia. Esta diferencia se profundiza aún más en las sociedades en que, como dijimos antes, no existe una fuerza externa que fije un sentido desde un momento y para siempre.

Es cierto que nos encontramos ya frente a una instancia de formalización que es el fuero: práctica que formaliza y ordena a otras prácticas relegadas así a otra dimensión. Pero a diferencia de la doctrina culta que se formulará a partir del siglo XII, en la que se construye una definición acabada de cada término y una determinación de cuál debería ser el "hacer" correcto, los textos forales siguen dejando abierta la posibilidad de la movilidad de los usos y hábitos ancestrales. En los fueros estudiados no existe todavía una definición de cómo debe hacerse. Se hace según los hábitos de la tierra o de los hombres del lugar, pero no está dicha cuál sea esa forma. El texto escrito no realiza una reglamentación exhaustiva de todos los aspectos de la vida de los hombres. Por el contrario, deja un margen para que las prácticas y usos ancestrales sigan siendo establecidas por la tradición y la memoria comunal. Esto significa que, en muchos casos, aún existiendo un texto escrito la operación fundamental para poder llevar a cabo ciertas tareas sea la memoria.

Si bien es verdad que analizando el enunciado de los fueros podemos señalar este nivel de indeterminación, desde el lugar de enunciación del fue-

ro<sup>80</sup>, hecho que se ve claramente en los preámbulos, es evidente la intención de asegurar un buen recuerdo de los pactos e imposiciones mediante la escritura, es decir, fijar un sentido a la reglamentación establecida. En la introducción del fuero dado a la comarca de Valdesaz de los Oteros en el año 1064 por la reina Sancha encontramos justamente la siguiente relación entre escritura y memoria:

*"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"*<sup>81</sup>.

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

*"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"*<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Se trata de tomar como punto de partida el lugar desde el cual se dicen los enunciados.

<sup>81</sup> J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, II, p. 33.

<sup>82</sup> *Ibid.*, II, p. 167.

Podríamos citar muchos otros preámbulos en los que la justificación para la puesta por escrito de una serie de prácticas y obligaciones comunales es el binomio memoria / olvido. La memoria es escurridiza; los hechos que no se fijan por escrito caen en el olvido; las grandes obras de los monarcas y gentes importantes deben ser guardadas del olvido a través de la escritura, son todas fórmulas que pretenden priorizar en el mundo medieval la página impresa sobre la "vocalidad nómada"<sup>83</sup>.

Sin embargo, de ninguna manera podríamos decir que se trata del predominio de la escritura sobre la tradición oral; o de la palabra escrita frente a la memoria. Es interesante ver cómo los textos escritos estaban aún pensados para que circularan en un mundo donde la oralidad seguía siendo la forma de comunicación más importante. De allí la presencia de expresiones tales como: escribimos esto para que sea oído.

### c. *Consuetudines*

A lo largo del siglo XI es cada vez más frecuente la utilización del vocablo *consuetudines*. La presencia de esta palabra no debe llevarnos al error de considerar que hace referencia a la costumbre en el sentido romano o actual<sup>84</sup>. Aún cuando en la mayoría de los casos se haga constar su remotísima o inmemorial observancia "son concedidas por reyes o señores a un lugar de nueva población, a manera de privilegio, o bien que se crean por un pacto para dirimir un pleito"<sup>85</sup>. El término pues, tiene un sentido bien preciso: designa un

---

<sup>83</sup> P. Zumthor, *op. cit.*, pp. 108-109.

<sup>84</sup> El derecho actual tanto como las elaboraciones de los romanistas sobre el Corpus Justiniano consideran a la costumbre como una fuente del derecho aunque subordinada a la ley.

<sup>85</sup> A. García Gallo, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1977, tomo I, p. 186.

derecho de origen público pero ejercido a título privado por los señores; se refiere entonces a los deberes que los señores exigen a sus campesinos. Que se las denomine *consuetudines* indica que esas normas ya se aplican, o deberán usarse y aplicarse, y no que hayan nacido de la repetición continuada de unos mismos actos, que es lo que veíamos en los términos *more terre* y *usus*.

Veamos que señala el fuero dado por Alfonso VI a los pobladores de la villa de Sahagún:

*“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 Donnum Benardum Abbatem in ordine Sancti Benedicti que est bona et 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 accesit 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 suprataxati”<sup>86</sup>.*

En la cláusula 30 se lee:

*“Istas consuetudines et foros per voluntatem Abbatis et collegio fratrum dedi ego Adefonsus Imperatur hominibus Sancti Facundi per quos ser-*

---

<sup>86</sup> J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, II, pp. 35 y 37.

*viant ei sicut Dominus submissione et humilitate plena*"<sup>87</sup>.

Como vemos aquí la acepción de *consuetudines* dista mucho de la idea de hábitos institucionalizadas por las prácticas de la comunidad. Las *consuetudines*, a diferencia de *mos* o *usus*, en este caso son otorgadas por el rey a fin de que los pobladores de Sahagún sirvan a la iglesia y al monasterio. *Consuetudines* designa 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. 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 campesinas 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"<sup>88</sup>.

Veamos que aspectos regulan estas *consuetudines*. En el caso del fuero citado unas líneas más arriba, se trata de un conjunto de obediencias que ligan a los pobladores de la villa de Sahagún con la iglesia y el monasterio. A través de disposiciones que prohíben el uso de hornos y cocinas campesinas y establecen el pago al abad por utilizar "*nullus habeat ibi furno vel patella, sed ubi fuerit invento frangitur, et det Abbati quinque solidos*" podemos ver el avance del poder señorial sobre las libertades de la comunidad.

Según Poumarède también en la zona del Midi francés aparece a partir

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, II, p. 39.

<sup>88</sup> B. Clavero, *Institución histórica del derecho*, Madrid, 1992, p. 33.

del siglo XI el término *consuetudines* o *usatica* para denominar los cánones señoriales. Estas imposiciones son evidentemente la huella en los documentos del avance señorial sobre las comunidades y de la imposición del poder de ban. Poumarède se pregunta si la utilización de estos vocablos para referirse a imposiciones señoriales o reales no es una prueba de que la dominación no se funda exclusivamente en la fuerza y la arbitrariedad sino sobre el hábito y el testimonio de la memoria colectiva. Según el autor hay que interpretar los actos que muestran el surgimiento de malas o buenas costumbres o que proclaman el abandono de las mismas, como el testimonio de una lenta transformación de las relaciones de fuerza en relaciones de derecho<sup>89</sup>. Acordamos con el autor en que una de las formas de la dominación es la apropiación por parte del poder señorial de un hábito colectivo. La imposición por la fuerza de un nuevo tributo es una de las estrategias posibles de dominación; pero la explotación es más duradera cuando se sustenta sobre bases menos endeblas. La creación de un ámbito compartido entre "explotadores y explotados", la posibilidad de tener la misma historia y memoria, hace que la dominación sea permanente. Evidentemente, recurrir a términos como *consuetudines* o *usatica* revestía a la imposición con un carácter de antigüedad que la legitimaba. Como ya desarrollamos anteriormente, la idea de una práctica que se cumplía desde antiguo tenía un valor muy fuerte, tenía valor de "ley". No cabe duda, por lo tanto, de que muchas de las disputas que se darán con posterioridad sobre prácticas que pueden ser o no costumbre, además del valor económico que les podemos asignar, serán también disputas por la memoria. En realidad no se trata de dos elementos independientes: la memoria colectiva era una de las formas de resistir el avance señorial.

No obstante, disentimos con Poumarède en un punto importante: la idea de que el surgimiento o abandono de buenas o malas costumbres testimonia

---

<sup>89</sup> J. Poumarède, *op. cit.*, p. 235.

una lenta transformación de las relaciones de fuerza en relaciones de derecho, puesto que desde nuestra perspectiva las relaciones de derecho son también relaciones de fuerza. La interpretación de Poumarède tiene como punto de partida el discurso que sostiene que la política comienza cuando cesa la guerra; por ende, la ley es pacificación: el derecho es un discurso neutro y no una fuerza. Nosotros concebimos la relación política-guerra de la forma inversa. Al igual que Foucault, consideramos que es necesario realizar una inversión del principio concebido por Clausewitz<sup>90</sup>, que sostiene que la política es la continuación de la guerra por otros medios. La inversión, consiste en concebir a la política como una guerra desarrollada de otra manera, lo cual refuerza la idea de que la política no es otra cosa que una situación de fuerzas en lucha. Las relaciones de derecho, por lo tanto, no aparecen cuando se agota la violencia sino que son una forma más de la violencia. No se trataría entonces del abandono de las relaciones de fuerza y la adopción en su reemplazo de las relaciones de derecho, porque el derecho es una fuerza tan violenta como el garrote. Detrás de la idea de que el derecho es la interrupción de la violencia se encuentra una concepción purista de la ley: la ley es una herramienta neutra que se aplica para resolver conflictos; la ley es pacificación. Sin embargo, "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 fecha y sus horroríficos 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"<sup>91</sup>.

El derecho es, por lo tanto, un campo en donde se enfrentan fuerzas en

---

<sup>90</sup> M. Foucault, *Genealogía del racismo*, Buenos Aires-Montevideo, 1993, pp. 37-39.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 40.

pugna: las prácticas y los discursos jurídicos son el producto del funcionamiento de un campo en dónde la lógica específica está doblemente determinada. Por un lado, por las relaciones de fuerzas específicas: la configuración de cada campo jurídico tiene que ver con un *estado de la relación de fuerzas*, aunque el texto aparece como totalmente independiente de dichas fuerzas. Por otro, por la lógica interna de las obras jurídicas que delimitan a cada momento el espacio de lo posible para ese discurso<sup>92</sup>.

No es nuestro interés aquí el análisis en profundidad de cuáles son en cada situación las fuerzas, las tensiones que marcan los fueros, porque esto nos alejaría demasiado del objetivo que nos hemos propuesto. Lo que sí nos interesa dejar en claro es que, aún siendo los fueros textos con un escaso nivel de reflexión dogmática, su finalidad es consolidar una situación, fijarla o más precisamente estatizarla<sup>93</sup>. Pero el texto foral es mucho más rico todavía. No se trata de un mero instrumento del poder para garantizar y consolidar la situación de privilegio de que goza el grupo social nobiliario. En tanto está marcado por relaciones de fuerza es posible en muchos casos identificar el grado de intervención de la comunidad en la diagramación del texto. En esta línea, la historiadora Isabel Alfonso Antón ha llamado la atención sobre un tipo de fueros en los que se evidencia “el carácter transaccional de las normas” y el interés campesino por el contenido de las mismas. El objetivo de Alfonso es criticar las interpretaciones que consideran al derecho como pura imposición de la clase dominante feudal y plantear la existencia, en el caso de fueros dirimidos en los tribunales de la zona de Castilla y León, de una apropiación campesina de este discurso, es decir, de un “uso social del derecho por parte de las comuni-

---

<sup>92</sup> P. Bourdieu, “Le force du droit”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64, 1986, pp. 3-19, esp. 3-4.

<sup>93</sup> Consideramos aquí que el estado no es un lugar o un aparato sino una función; por lo tanto, aún sin la existencia de lo que la modernidad ha conocido como Estado, es posible que existan prácticas que asuman la función de estatizar. ¿Qué significa esto? Hacer estado es instituir una situación, clausurarla.

dades campesinas"<sup>94</sup>.

La exención de fueros malos o malas *consuetudines* y la concesión de buenas deben ser leídas, por ende, a la luz de las distintas negociaciones que se tramaban entre las diversas fuerzas en conflicto (nobles, rey, comunidad campesina)<sup>95</sup>.

### III. Una Comunidad de Frontera: los Fueros Municipales de Zamora

La compleja fragmentación del territorio ibérico hizo posible la existencia en un mismo reino de tradiciones jurídicas diferentes. Así es como podemos explicar la excepción que plantea Zamora a la constatación documental que acabamos de exponer para el reino de León. Si como acabamos de señalar, los fueros del reino de León, a través de la *Lex Visigothorum*, mantienen determinadas estructuras y conceptos provenientes del derecho romano, la colección de fueros zamoranos muestra una clara diferencia respecto del problema que nos ocupa<sup>96</sup>: en los documentos de los siglos XI-XII no existe ninguna referencia a *mos, usus y consuetudo*. La conceptualización de regularidades a través del lenguaje jurídico se hace presente recién en el año 1220 en un fuero otorgado a la localidad de Puebla por Alfonso IX<sup>97</sup>.

En los fueros relevados anteriores al año 1220 no se encuentra, pues, la

---

<sup>94</sup> I. Alfonso Antón, "Campesinado y derecho: la vía legal de la lucha (Castilla y León, siglos X-XIII)", *Noticiario de Historia Agraria*, 13, 1997, pp. 15-31, en pp. 16-17.

<sup>95</sup> Véase, por ejemplo, el caso desarrollado por I. Alfonso Antón, *ibid.*, pp. 19-20, sobre las distintas variaciones del texto del fuero de Sahagún.

<sup>96</sup> Utilizamos la edición de J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, Junta de Castilla y León, 1990.

<sup>97</sup> Esta aparición será analizada en el apartado *Una presencia incuestionable. Consuetudo y usus a lo largo de los siglos XII y XIII*.

presencia de los términos mencionados provenientes del lenguaje jurídico romano. Esta particularidad inherente a Zamora tiene su explicación a partir de la ubicación marginal que esta comunidad tenía respecto del polo político-jurídico dominante de la época. Esta autonomía municipal y judicial le dio a los núcleos de población fronterizos, como es el caso de Zamora, la posibilidad de desarrollar un derecho con características bien distintas al que se desarrolló en las ciudades bajo la tutela del *Liber*. Por situarse en tierras de frontera, su origen estuvo ligado a la necesidad de construir ciudades fortificadas en la línea que separaba el territorio cristiano de las tierras ocupadas por los musulmanes. Ubicada en la extremadura leonesa la región de Zamora comparte, por tanto, una serie de características con aquellos fueros que se otorgaron en la zona de la extremadura castellana. En el apartado en que se analizan los documentos correspondientes a los siglos XII y XIII veremos cómo la cronología de los fueros zamoranos con respecto a la presencia de los términos *mos*, *usus* y *consuetudo* coincide con la cronología castellana.

#### IV. Los Fueros de León y Castilla: 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 nomina las regularidades (aún cuando en algunos casos implique imponerlas); 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, en León la temprana presencia de la voz *consuetudo* no señala el universo de prácticas que con posterioridad será categorizado bajo dicho concepto. En los fueros del reino de León existe una importante diferencia entre, por un lado, *usus* y *mos*, y, por otro, *consuetudo*. Los dos primeros términos remiten en la mayoría de los casos a hábitos aldeanos, unidos a la tierra o las personas. 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 encuentran desde antiguo en esa tierra, sino que se las está implantando en beneficio de quienes detentan el poder de ban.

La *consuetudo*, entonces, en los fueros concedidos durante los siglos X, XI y principios del XII es un conjunto de imposiciones ligadas al poder feudal y no un término que exprese el mundo de los hábitos o del "saber hacer" de la comunidad. En virtud de lo dicho hasta aquí, no existe intercambiabilidad entre *usus*, *mos* y *consuetudo* sino utilización que discierne entre lo que es hábito ancestral y lo que es una imposición feudal.

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 *ius 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 para hablar de los hábitos de la comunidad y de las imposiciones del poder feudal anteriores al siglo XII? Veremos a continuación cómo estas lecturas sólo resultan posibles desde las elaboraciones posteriores del derecho culto medieval.

## EL ANACRONISMO DE LOS INVESTIGADORES

Resulta verdaderamente muy interesante detenerse en las reflexiones de numerosos historiadores acerca del carácter del derecho español durante la alta y plena edad media. Al intentar dar una caracterización del derecho hispánico durante este período 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"<sup>98</sup>.

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 consuetudinario 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 gótico<sup>99</sup>. 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*"<sup>100</sup>.

Existe en estas apreciaciones un supuesto subyacente a partir del cual se decodifican los documentos: lo que no remite a una ley escrita es derecho con-

---

<sup>98</sup> J. Beneyto, *op. cit.*, p. 263.

<sup>99</sup> E. Gacto Fernández, *op. cit.*, p. 85.

<sup>100</sup> A.M. Barrero García, "El proceso de formación de los fueros municipales", en J. Alvarado Planas, ed., *Espacios y fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV)*, Madrid, 1995, pp. 59-88, en p. 74.

suetudinario. En el mismo sentido podemos señalar las consideraciones de Alfonso García Gallo, que en su artículo dedicado a la evolución de la palabra *fuego* establece un fuerte vínculo entre derecho no escrito y costumbre. Esto se evidencia en una nota ejemplificadora de la idea de que el término *fuego*, en tanto ordenamiento que rige en un lugar no formulado por escrito, es asimilado a la 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 el *Fuero de León* de 1017. En su cláusula número 2 dice:

*"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 solieron ir al fonsado con el rey, con los condes o con los merinos, vayan siempre según la costumbre"*<sup>101</sup>.

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. Otra cláusula del mismo *fuego* nos muestra la misma operación:

---

<sup>101</sup> J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, II, p. 19.

*"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"<sup>102</sup>.

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 decir que la palabra costumbre es la que hoy día resulta más cómoda para traducir estos términos, 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 un hábito o hacer comunal como a una imposición señorial<sup>103</sup>. 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, apa-

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, II, p. 16.

<sup>103</sup> 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 se traduce por: "Debéis 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 deben vobis dare ad comedendum sicut solent dari"* (J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, II, p. 203).

rezca 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? ¿Estamos hablando de sinónimos cuando decimos *mos*, *usus* o *consuetudo*? Para el traductor evidentemente se trata de sinónimos. Toda vez que se haga referencia a un hacer o un hábito el traductor dirá *costumbre*. Sin embargo, la construcción de la *consuetudo* como ligada a la praxis y al quehacer cotidiano de los hombres es una definición elaborada desde la doctrina. Los juristas medievales reconocieron el carácter innato de la *costumbre*, dotándola, de esta forma, de un aspecto antropológico que justificaron doctrinalmente a través de la antigua frase de Cicerón: "*consuetudo est altera natura*"<sup>104</sup>. Se producía de esta forma, como dice la historiadora Fantini, una ligadura de "*la legge dei fatti alla legge naturale con risultati di grande importanza*"<sup>105</sup>. Esta identidad aparejaba densos problemas de índole filosófico-políticas: la asimilación dejaba el camino libre para pensar a la *consuetudo* como fruto de la libre voluntad del hombre, como parte constitutiva de la naturaleza humana. Sin embargo, los juristas medievales hicieron un constante trabajo para distanciar a la *costumbre* de este voluntarismo inicial otorgándole carácter de *ius*<sup>106</sup>.

A pesar del esfuerzo de los juristas, la concepción de la *costumbre* como segunda naturaleza ha quedado instituida fuera del derecho como una ficción con carácter de verdad, impresa en los cuerpos y en los pensamientos. Y ésta es la principal dificultad a la que nos enfrentamos al abordar este tema: el concepto *costumbre* se ha transformado en un término del lenguaje materno, sin que se advierta en éste ningún tipo de construcción ajeno al orden natural. Existe un consenso más o menos generalizado sobre la idea de que un acto re-

<sup>104</sup> L. Mayali, "La coutume dans la doctrine romaniste", *op. cit.*, p. 14.

<sup>105</sup> M.G. Fantini, *La cultura del giurista medievale. Natura, causa, ratio*, Milán, 1998, p. 139.

<sup>106</sup> Las operaciones discursivas de los glosadores y comentaristas sobre el texto romano serán desarrolladas en el apartado *La recuperación del derecho romano y la invención del ius consuetudinarium*.

petido con asiduidad es en esencia una costumbre. Y este es el mecanismo utilizado por los traductores y editores de los fueros que aquí abordamos: las reiteraciones son consideradas costumbre. Sin embargo, como vimos a través del análisis de los documentos, las expresiones que remiten a una práctica habitual comunal son variadas y no corresponden al concepto de costumbre. Son las interpretaciones y traducciones contemporáneas las que les imprimen ese valor. Es precisamente el aspecto antropológico el que predomina en la concepción de los traductores. Su aspecto ligado al hábito es el que se hace presente, por ejemplo, cuando se equipara el verbo *soletis* a costumbre. La operación utilizada aquí es la de leer en el lenguaje del derecho culto situaciones anteriores a él. Pero como sostiene Henry Sumner Maine: "the distinctions of the later jurists are appropriate only to the later jurisprudence"<sup>107</sup>.

Si bien es cierto, como ya dijimos, que existe una fuerte tradición clásica que sostiene a la costumbre como una segunda naturaleza humana, este *topos* clásico, puede ser cuestionado a partir de Pascal: "la coutume est une seconde nature qui détruit la première"<sup>108</sup>. La primera naturaleza está perdida, por lo tanto cada cosa se vuelve su propia verdad. La costumbre es seguida por un individuo o por un grupo no por ser razonable o justa sino porque al estar perdida la verdadera naturaleza de las cosas la costumbre se entroniza como primera naturaleza. Según esta operación no hay nada de "natural y justo" en la costumbre, en tanto su lugar lo ha obtenido mediante la destrucción de la naturaleza. La costumbre no puede ser entendida entonces simplemente como "aquello en lo que todos estaban de acuerdo y respetaban voluntariamente"<sup>109</sup>, sino que debe ser entendida como una forma "arbitraria" que se ha instituido como natural.

---

<sup>107</sup> H.S. Maine, *Ancient law*, Londres, 1861, p. 230 (citado por S. Reynolds, *Kingdoms and communities in western Europe, 900-1300*, Oxford, 1984, p. 13).

<sup>108</sup> Pascal, *Pensées*, N° 454, 2 (citado por D. Kelley, *op. cit.*, p. X).

<sup>109</sup> A. Gourevich, *op. cit.*, p. 213.

El punto clave radica en que para los historiadores que consideran que el paso de la "costumbre" en tanto práctica al *ius consuetudinarium* es inmediato, automático, la idea de costumbre como uso jurídico de formación espontánea aceptado por toda una comunidad existe desde siempre en estado latente en la conciencia de los hombres y en los documentos anteriores a los textos justinianos y a la glosa. Y es el concepto de *ius consuetudinarium* construido por los juristas el que viene 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 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 y no a un hacer practicado por la mayoría; o como en el caso castellano, donde la idea de *ius consuetudinarium*, o tan siquiera de costumbre, no estaba presente en los documentos.

La dificultad principal de este planteamiento, el de los investigadores que con anterioridad habíamos agrupado bajo la categoría de miradas naturalistas, es que lee bajo la luz de la formulación dogmática del *ius consuetudinarium* 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 *ius* no existe en los documentos estudiados de la región de Castilla y León antes del siglo XII. 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

medievales<sup>110</sup>. 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 anacronismo<sup>111</sup>. Sin embargo, los investigadores lo hacen. Para los traductores que ven en el derecho consuetudinario no una construcción sino una deducción es lo mismo decir costumbre que “como suelen hacer”, o “como suelen dar”. Para nosotros no, pues como mostramos a través de los documentos, previamente a las reelaboraciones cultas en torno a la compilación de Justiniano las regularidades o continuidades no se denominan utilizando la palabra *consuetudines*.

En segundo lugar, porque en el conjunto de fueros analizados la inexistencia del uso de *consuetudo* con el sentido que fue a posteriori elaborado por los juristas nos permite repensar críticamente la idea de que el *ius consuetudinarius* 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 *ius* dando cuenta de este fenómeno, deberíamos considerar la hipótesis de que fue necesaria una reinención del concepto de *consuetudo*, que tenía sus raíces en el mundo romano, para poder reconocer y por lo tanto desconocer el universo de las prácticas<sup>112</sup>.

No existe desarrollo gradual, ni reflejo pasivo, como plantean las miradas naturalistas, sino construcción por parte de los doctores del derecho de una dimensión jurídica que resignifica el orden práctico.

---

<sup>110</sup> Compartimos la idea de Gouron de que para poder tomar conciencia de la existencia de prácticas reiteradas es necesaria la adopción en grados variables de la cultura jurídica asociada al derecho romano. Esto significa que toda vez que se utiliza la palabra *consuetudo* como conjunto de prácticas regulares de una comunidad o grupo existe ya en el que nomina a tales prácticas la cultura jurídica asociada al derecho romano necesaria para ver en ellas regularidades.

<sup>111</sup> A. Gouron considera que calificar de costumbres a las practicas anteriores, aún cuando ellas fueran corrientes, revela por parte de los investigadores un importante anacronismo. Ver A. Gouron, “Aurore de la coutume”, *op. cit.*, p. 202.

<sup>112</sup> La idea de reconocimiento / desconocimiento que tomamos de Luis Althusser será desarrollada más adelante.

### UNA PRESENCIA INCUESTIONABLE: CONSUETUDO Y USUS (SIGLOS XII- XIII)

La situación hasta aquí analizada cambia radicalmente cuando nos situamos frente a los documentos de avanzado el siglo XII o 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 cuando nos adentramos en el siglo XII o el XIII. Veremos luego, cómo la introducción en el mundo castellano de los elementos del derecho romano-canónico, ligado a los juristas que rodeaban a los monarcas, incorporó en el nivel de los fueros un nuevo vocabulario que permitió, allí donde no existía como pervivencia el derecho romano tardío, nominar las regularidades a través de un lenguaje jurídico. A partir de este momento constatamos, por un lado, en los fueros castellanos la presencia de términos tales como *usus* y *consuetudo* (*costumbre* en caso de tratarse de fueros romanceados), términos antes inexistentes. Por otro lado, en León, la aparición de *consuetudo* ya no sólo como imposición señorial sino como práctica jurídica de la comunidad.

En el año 1180 el rey Alfonso VIII otorga fuero a la villa de Medinaceli, provincia de Soria:

*"Hec est carta quam fecit concilium de Medina celim super suis foris et consuetudinibus, cum beneplacito domini Alfonsi regi"*<sup>113</sup>.

Como vemos aquí, a fines del siglo XII en Castilla nos encontramos aho-

---

<sup>113</sup> T. Muñoz y Romero, *op. cit.*, p. 435.

ra con la presencia del término *consuetudo*. Se trata de una carta de fuero a través de la cual el nuevo rey confirma los fueros y las costumbres de la localidad. La *consuetudo* es en este documento patrimonio de la comunidad a pesar de que el rey debe confirmarla. 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 fueros<sup>114</sup>. Un monarca fuerte aseguraba el mantenimiento de los privilegios frente al avance de otros sectores sociales<sup>115</sup>.

Otro ejemplo de esta presencia es el Privilegio otorgado por Alfonso II de Aragón en 1187 a la ciudad de Jaca:

*"Ego Ildefonsus Dei Gratia rex Aragonensium [...] concedo, atque confirmo consilio Richardi venerabilis Episcopi Oscensis [...] et aliorum multorum 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"*<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> J.A. Sardina Páramo, *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Santiago de Compostela, 1979, pp. 77-78.

<sup>115</sup> Es interesante considerar aquí la noción de fuero que maneja el autor (*ibid.*, p. 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.

<sup>116</sup> T. Muñoz y Romero, *op. cit.*, p. 243.

También en el Fuero otorgado a Burgos por Alfonso VI en 1103 encontramos una utilización similar del término *consuetudo*:

*“Do et concedo vobis supernominatis hominibus burgensis civitatis forum, ut in omnibus diebus vitae 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 burgenses homines utuntur, volo et regali iussioni confirmo, ut vos hominem qui vobis hominibus in illas villas aliquam”*<sup>117</sup>.

Es a partir de la mitad del siglo XII que empezamos a observar que la palabra *consuetudo*, y en algunos casos incluso *usatica*, comienza 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:

1. *“Dovos é otorgovos firmemente que ayades todos vuestros fueros, et vuestros 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 pa-*

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 257.

*garedes*"<sup>118</sup>.

16. "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"<sup>119</sup>.

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?

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 hominis defuncti possideant hereditatem proximi sui si filium aut filiam non habuerint"*<sup>120</sup>.

En este documento *consuetudo* hace referencia a la costumbre de la tierra,

<sup>118</sup> J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, p. 380.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 381.

<sup>120</sup> J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, II, p. 53.

y es éste el sentido 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 comunidad<sup>121</sup>. 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 España<sup>122</sup>; por lo tanto, la utilización de esta palabra no es inocente sino que tiene tras de sí todo un trasfondo doctrinario, aún cuando ese trasfondo sea confuso o contradictorio.

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. Es el caso del fuero dado por el Abad de Sahagún a Talavera y Galleguillos en el año 1127:

*“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”*<sup>123</sup>.

Se repite en la confirmación de la Reina Doña Berenguela al monasterio

---

<sup>121</sup> Igual proceso puede visualizarse en las zonas de la antigua Septimania y el Midi francés investigadas por J. Poumarède y A. 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. J. Poumarède, *op. cit.*, p. 235.

<sup>122</sup> Recordemos que gracias a las investigaciones de A. 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 Provençal.

<sup>123</sup> J. Rodríguez, *Los fueros del reino de León*, II, p. 55.

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”*<sup>124</sup>.

También en Castilla se hace presente este valor de *consuetudo* pero sobre todo para señalar la intervención del rey en su modificación. Así en muchos casos los fueros y privilegios hablan de *mala consuetudo* y *bona consuetudo*:

*“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”*<sup>125</sup>.

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 siem-*

<sup>124</sup> *Ibid.*, II, p. 157.

<sup>125</sup> Fuero de Vallunquera concedido por Alfonso VI en 1102, en J. González, “Aportación de fueros castellano-leoneses”, *AHDE*, 16, 1945, pp. 625-654, en pp. 629-631.

*pre jamás*"<sup>126</sup>.

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 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 sirvais 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<sup>127</sup>.

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 con-

---

<sup>126</sup> Fuero dado a puebla de Sanabria por Alfonso IX. Reformado y romanceado por Alfonso X, en J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, N° 42, pp. 329-332.

<sup>127</sup> Para la región del Midi J.-M. Carbasse ("Contribution à l'étude du processus coutumier: la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution", *Droits*, 3, 1986, pp. 25-37, en p. 27) ha detectado un proceso similar de transformación del significado del término *consuetudo* a lo largo del siglo XII

suetudinario 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 sinónimos. La costumbre se transforma en este período según Poumarède en un signo de libertad y en una marca de identidad <sup>128</sup>, 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 sennor en todas las cosas que es de derecho e de costumbre en la tierra do vivimos"*<sup>129</sup>.

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"*<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Ver J. Poumarède, *op. cit.*, p. 244.

<sup>129</sup> J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, p. 394.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 382.

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*<sup>131</sup>, la equipara a la ley -como fuente del derecho- y la introduce en el ámbito del *ius*. 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:

*"Omnes haventes boves vadant anneratim ad nostram sernam ralvare per duos dies cum suis boves; et quantum laboraverint in ipsis denobus diebes debent arare per duas vel tres vizes vel plus, secundum usum terre*

---

<sup>131</sup> La idea del Príncipe como ley animada fue una construcción de los Doctores de Bolonia a partir del siglo XII. Parece provenir de la resignificación de la idea romana de que el emperador era el reservorio de las virtudes. A lo largo del siglo XIII existen documentos en los que se hace referencia al emperador como *lex animata*. La idea que entrañaba esta imagen era que el Príncipe era la ley viviente, a partir de la cual derivaban las leyes civiles. Esta máxima se relacionaba con otra proveniente del derecho romano que sostenía que el emperador contenía todas las leyes *in scrinio pectoris*, en el escritorio de su pecho. Ver E. Kantorowicz, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología medieval*, Madrid, 1985. Para un análisis más reciente del problema, *vide* J. Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992.

*serminare, secare, ed trahere ad aream et triturare et ventilare. Non habentes boves vadant et vineam cum suis legonibus, vel ad aliud servitium quod ex parte nostra illis fuerum cōmmendatum*"<sup>132</sup>.

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 la tierra" en el sentido literal. En este caso consideramos que tierra no hace referencia 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 ligados al derecho romano que permiten dar cuenta de la percepción de prácticas reiteradas. Aun cuando en el ámbito de León pervive la noción de costumbre 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, concede 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 romanista.

---

<sup>132</sup> J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, p. 349.

LA RECUPERACIÓN DEL DERECHO ROMANO Y LA INVENCIÓN DEL IUS CONSUETUDINARIUM

El análisis documental nos ha mostrado no sólo una cesura fundamental que señala un antes y un después respecto de la recuperación de los textos justinianos en el occidente medieval, sino que también nos ha hecho tomar conciencia de la existencia de un pensamiento jurídico ligado al derecho romano para poder percibir desde el discurso jurídico la existencia de regularidades generadoras de derecho.

La posibilidad desde el discurso jurídico de darle un nombre a la recurrencia está entrañablemente ligada a los textos del derecho romano. Razón por la cual se mantuvo la utilización de los términos *usus, mos y consuetudo* en las zonas donde este derecho pervivió a través de distintas fuentes.

La presencia en el *Corpus Iuris* de la *consuetudo* es incuestionable; tanto Iulianus como Ulpianus, incluso otros jurisconsultos romanos, hacían referencia a la costumbre en tanto dimensión ligada a la temporalidad: "*inveterata consuetudo pro legge non inmerito custoditur*", "*diuturna consuetudo pro iure et legge*". Planteaban así dos condiciones necesarias para la formación de la costumbre: el uso repetido por largo tiempo de una regla y la tácita "*voluntas populi*"<sup>133</sup>. 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 los ju-

<sup>133</sup> C. Daremberg y M.E. Saglio, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, París, 1918, p. 2001.

ristas 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 *inveterata*, *vetusta*, etc. En segundo lugar, la causa de la costumbre remitía a la difusa categoría de la *voluntas populi*. En este punto había que definir no sólo la voluntad sino también a qué llamar pueblo. 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 *ius*.

Frente a estas incertidumbres los juristas construyeron la categoría de *ius 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. Fueron entonces los juristas medievales quienes enfrentados a estas dificultades elaboraron la teoría de la costumbre. La idea de *consuetudo* como conjunto de prácticas jurídicas de una región con valor de *ius* elaborada en el siglo XII por los doctores del derecho tuvo por objeto definir la "costumbre", trazando una distinción entre una dimensión que podría denominarse formal y otra que cabe designar como subjetiva. Esta discriminación asignará a la dimensión formal el papel rector en cuanto a la definición de la función jurídica de la costumbre y asociará la dimensión subjetiva con el conjunto de hábitos característicos de una sociedad de tipo tradicional.

Se puede ver desde ese momento, por un lado, un mayor interés por las regularidades que por las variaciones del arquetipo tradicional, y, por el otro una preocupación por lograr una definición dogmática de ese conjunto de prácticas comunales que serán nominadas con el concepto de *consuetudo*. Lo que los juristas construyen es una definición desde la doctrina del *ius consuetudinarium*, y en esa conceptualización, el hábito, el soler hacer, entra definitivamente como una de los elementos claves de la costumbre. Con la aparición

del *ius consuetudinarium* emerge un parámetro objetivo que da un nuevo sentido al universo de las prácticas ancestrales.

El mundo romano no se había preocupado por una definición dogmática de la costumbre. Como señalamos anteriormente, la mayor parte de las veces quedaba en el ámbito de lo indefinido remitiéndola a lo que los ciudadanos recordaban. La distinción que posteriormente se elaborará entre *usus*, *mos* y *consuetudo* no está presente en ninguno de los textos de la compilación justiniana.

A partir de la segunda mitad del XII, entonces, los civilistas elaboraron una caracterización de costumbre en función de cuatro criterios establecidos desde la doctrina: la naturaleza jurídica (*ius*), la factura antropológica (*mos*), la perspectiva temporal (*diuturnitas*) y la forma cultural (*non scriptum*). De esta forma tiene origen el *ius consuetudinarium*. Lejos de ser estables, estos cuatro criterios trajeron aparejadas numerosas discusiones entre los juristas que intentaban establecer un punto firme para definir el derecho consuetudinario. Uno de los mayores problemas que enfrentaban los doctores del derecho era la estrecha relación que en el mundo romano guardaba la *consuetudo* con la tradición; ligazón que la sumergía en ese mundo subjetivo en el que la recreación y renovación no tenía una pauta fija haciendo de su sentido algo fundamentalmente precario. Para transformar la *consuetudo* en fuente formal del derecho era imprescindible separar ambos términos. Si la tradición era del orden de lo subjetivo, la *consuetudo* en tanto derecho debía distinguirse de ella. Tres operaciones en el mismo corazón del derecho jurídico tendrán por finalidad esta distinción: la elaboración de una definición técnica de *consuetudo* en donde no aparezca el criterio de la oralidad; la separación de la costumbre del orden factual; la determinación de una temporalidad definida.

En cuanto a la primera de las operaciones, a partir de la influencia de los maestros de Orleans, especialmente Jacques de Revigny, la oralidad dejó de

constituir un indicador de distinción determinante. Si el primer criterio fue el de la oposición al derecho escrito, a partir del siglo XII la puesta por escrito de una serie de legislaciones consuetudinarias comprometió la validez de ese criterio. Jacques de Revigny planteó entonces, de forma rotunda, que la "*scriptura non est substantis legis*"<sup>134</sup>. Si la escritura no es sustancia de la ley, la oralidad no es la marca de la costumbre. Fue necesario elaborar un método más analítico para distinguir ley de *consuetudo*. Así, con el olvido de su oralidad, la costumbre perdía su apego simbólico a una cultura tradicional donde la escritura no tenía un rol predominante.

Respecto de la segunda, la fórmula *moribus institutum* distinguía a la costumbre de otras fuentes del derecho. Un gran problema para los comentaristas era poder diferenciar en los textos romanos entre *consuetudo*, *usus* y *mos*. Por lo tanto, la primera tarea de los glosadores fue desbrozar *mos* de costumbre, oponiendo individual a colectivo. *Mos* se definió como un hábito individual mientras que *consuetudo* mantuvo su dimensión de práctica colectiva. Una diferencia se planteó en este terreno entre dos grandes maestros: Acursio asemejaba ambas cosas mientras que Revigny objetaba esa asimilación al considerar que *ius* es *consuetudo* y *factum* es *usus, mos*. De esta manera, la costumbre vio reconocida su esencia jurídica, a diferencia de *usus* y *mos*, indispensables para su formación pero emplazados en un plano puramente factual.

La separación, pues, de la *consuetudo* de la "realidad social" y de la dimensión oral es producto de dos operaciones exitosas ya en el siglo XII que se perfeccionarán a lo largo de los siglos siguientes. La frase del jurista Jason de Maino resume acabadamente el éxito del trabajo sapiencial: *Quod non est in texto iuris non est in mundo*. En el siglo XII ya se había cumplido el objetivo de los doctores. La frase anterior lo refleja: el texto jurídico contiene al mundo; por lo tanto, es el discurso más apropiado para pensar las relaciones sociales. La

---

<sup>134</sup> L. Mayali, "La coutume dans la doctrine romaniste", *op. cit.*, p. 19.

acepción moderna del término costumbre comenzaba una nueva existencia en el seno de un sistema jurídico que tenía la pretensión de regir la actividad humana<sup>135</sup>.

A partir del siglo XIII este trabajo se profundizó al desarrollarse una explicación de la relación triangular entre *consuetudo, usus y mos*. Para la escuela francesa, el *usus* en tanto *causa consuetudinis* estaba ligado al hecho, versión revolucionaria respecto de la línea de Acursio, para quien costumbre y uso se confundían. Pierre de Belleperche, jurista de la escuela de Orleans, le dio una vuelta más al problema: "*usus non est causa consuetudinis, sed tacita voluntas populi*". El uso no era más que la expresión material de la voluntad popular que daba origen a la costumbre.

En el siglo siguiente Bartolo, elaborará una síntesis de todas las ideas previas combinando las definiciones opuestas de italianos y franceses: "*Usus et mores sunt causa consuetudinis, dico causa remota, nam causa proxima est tacitus consensus, qui colligitur ex usu et moribus*"<sup>136</sup>.

Sin embargo, la solución de un problema acarrea otro: ¿cómo definir *voluntas populi*? El jurisconsulto romano Julianus consideraba al *consensus populi* o al *iudicium populi* como elemento fundante de la costumbre, porque el pueblo comprendía idealmente a todos los ciudadanos (Institutas 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 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

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>136</sup> Bartolo, *Im primam Digesti veteris partem Commentaria*, Bâle, 1589, D. 1, 3, 32 n. 7 (citado por L. Mayali, *ibid.*, p. 21).

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, "le consentement de la *maior pars universitatis* être tenu comme équivalent à celui de tous les membres du groupe"<sup>137</sup>.

Otro problema a resolver era el de la temporalidad. Tercera operación necesaria para la construcción del *ius consuetudinarium*. Siempre se concibió que la costumbre debía ser consagrada por el tiempo. Los glosadores más antiguos nunca fijaron una duración determinada: la costumbre era simplemente inmemorial o vetusta. El derecho romano había hablado de *consuetudine inveterata* (D. I, 3, 32), *diuturna* (*ib.*, 33), *per annos plurimos observata* (*ib.*, 35), *longe* (C. 8, 52), pero no precisaba el tiempo exacto<sup>138</sup>. La tradición romana había dejado una importante laguna donde debía establecer el lapso de tiempo para considerar a una costumbre *longa, longeva, inveterata, diuturna*<sup>139</sup>. Con este criterio la temporalidad era abiertamente subjetiva; una práctica tenía valor consuetudinario cuando no era posible remontarse a su origen porque la memoria colectiva no alcanzaba a rastrearlo. Su régimen de temporalidad era estar "fuera del tiempo". Pero este criterio atentaba contra la formalización de la *consuetudo*. Los glosadores posteriores le fijaron una temporalidad. Bassianus, por ejemplo, estableció una tabla de equivalencias en la consideración de la antigüedad

<sup>137</sup> L. Mayali, *ibid.*, p. 21.

<sup>138</sup> F. Calasso, *op. cit.*, p. 205.

<sup>139</sup> E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, tomo II, Varese, 1962, p. 143.

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 origen<sup>140</sup>. Para otros, como por ejemplo para Placentino, la costumbre *longeva* es aquella de la cual no tiene memoria el hombre. A partir del siglo XII la tendencia de los juristas fue excluir el carácter inmemorial de la costumbre de forma tal de poder distanciarla de la dimensión subjetiva que acarrea su acercamiento a la tradición. El tiempo dejó de estar fijado por la memoria subjetiva, por las prácticas sociales, para quedar instituido por la ley. El tiempo será en términos legales perfectamente medible. Ya no será el tiempo, -en tanto dimensión subjetiva- el que funde la costumbre sino la medida legal: un uso de diez años considerado costumbre se deberá observar como ley. La costumbre quedaba así desmitificada, separándola de lo inmemorial, dándole una finitud espacial. Había quedado fijada en el tiempo y la memoria humana.

El éxito de estos tres procedimientos discursivos instituyó una serie de parámetros teóricos que permitieron la inclusión -excluyendo su aspecto ligado a la tradición- de la *consuetudo* en el universo del derecho medieval.

Pero una vez instituido el *ius consuetudinarium* la tarea se orientó hacia la precisión de los alcances que tendría la *consuetudo* respecto de la ley<sup>141</sup>; 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 aparentemente contradictorios. Se trataba, por un lado, de un pasaje del jurista clásico Julianus, en el Digesto, en el que los romanistas veían la posibilidad de admitir que la ley podía ser abrogada por *ta-*

<sup>140</sup> Bassianus, Vaticano, Vat. Lat. 1427, fo. 287 vb.: "*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*" (citado por E. Cortesse, *op. cit.*, p. 143).

<sup>141</sup> Al respecto, ver E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1996, pp. 67-69.

*tacito consensu omnium per desuetudinem*<sup>142</sup>, 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*.

Durante el período que va del siglo XII al XV buscaron salvar esta contradicción y formalizar la *consuetudo*. Valga de ejemplo de estos esfuerzos la interpretación de Bulgaro muy ansioso por conciliar ambos fragmentos. Según el jurista, el fragmento de Juliano sostenía la posibilidad de que una ley fuera abrogada por el desuso ya que consideraba la hipótesis de una costumbre introducida con el conocimiento de la existencia de una ley contraria; en tanto Constantino aludía a una costumbre ignorante de la coyuntura<sup>143</sup>. Esta interpretación fue rápidamente criticada por el resto de los glosadores. Con posterioridad se consideró que el pasaje del Digesto 1. 3. 32. no corresponde a Julianus sino que fue un adición posterior<sup>144</sup>.

Las discusiones que se desarrollaban entre los juristas de Bologna y Orleans, anclaron en el mundo hispánico también cerca de la corte de los reyes. Cuando comenzó a estudiarse en Bologna 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 desconocida 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 necesi-

---

<sup>142</sup> Digesto, 1, 3, 32, 1: "*inveterata consuetudo pro lege non inmeritio custoditur ... leges tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*" (citado por A. Gouron, "Coutume contre loi chez les premiers glossateurs", *op. cit.*, p. 118).

<sup>143</sup> E. Cortese, *op. cit.*, p. 110.

<sup>144</sup> J.A.C. Thomas, "Custom and Roman law", *Revue d'Histoire du Droit*, 31, 1963, pp. 39-53.

dad 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”<sup>145</sup>. Para 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.)<sup>146</sup>. 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 que va a llevar 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 Alfonso<sup>147</sup> consideran que la producción jurídica del rey Sabio tenía un triple objetivo: en primer lugar la reivindicación de la creación del derecho por parte del monarca; en segundo lugar, la unificación

---

<sup>145</sup> *Setenario*, Ley 10, p. 22 (citado por A. García Gallo, “La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis”, *AHDE*, 54, 1984, pp. 97-161, en p. 139).

<sup>146</sup> A. García Gallo, *ibid.*, p. 136.

<sup>147</sup> *Idem*, “El «Libro de las Leyes» de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas”, *AHDE*, 21-22, 1951-52, pp. 352-528; “Nuevas observaciones sobre la obra jurídica de Alfonso X”, *AHDE*, 46, 1976, pp. 609-670; “La problemática de la obra legislativa de Alfonso X”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 5, 1984, pp. 8-19; R.A. MacDonald, “Problemas políticos en el derecho alfonsino”, *AHDE*, 54, 1984, pp. 12-53; J. Craddock, “La nota cronológica inserta en el prólogo de las Siete Partidas. Edición y comentario”, *Al Andalus*, 39, 1974, pp. 363-390; “La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio”, *AHDE*, 51, 1981, pp. 365-418; A. Iglesia Ferreirós, “Alfonso X el Sabio y su obra legislativa. Algunas reflexiones”, *AHDE*, 50, 1980, pp. 531-561; “Cuestiones alfonsinas”, *AHDE*, 55, 1985, pp. 95-149; “La labor legislativa de Alfonso X el Sabio”, en *Actas del Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común: España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 275-599.

jurídica de sus reinos; por último, lograr una renovación jurídica del reino en todos los niveles<sup>148</sup>. 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.

A raíz de este aspecto 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. En estos intentos de definición es donde vemos que se retoman en la obra jurídica de Alfonso X los problemas planteados en las universidades de Italia o de París: 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. El texto de la *Primera Partida*, por lo menos en las versiones que han incluido un título sobre la costumbre<sup>149</sup>, nos ofrece un panorama sobre estos tres temas.

Con respecto al primer punto, las versiones analizadas coinciden en mostrar las dificultades para dar una definición acabada y autónoma de las distintas formas normativas que son el uso, la costumbre y el fuero; en algunos casos sus definiciones se parecen extremadamente:

---

<sup>148</sup> F. Martínez Llorente, *Régimen jurídico de la Extremadura castellana medieval*, Valladolid, 1990, p. 238.

<sup>149</sup> Existen actualmente varias versiones de la *Primera Partida* y no todas contienen un título dedicado a la costumbre. Seguimos en este punto al análisis realizado por A. Morin y S. Cucchi, "El tratamiento de la costumbre en la Primera Partida de Alfonso El Sabio", *Anales de Historia Antigua y Medieval*, 30, 1997, pp. 107-121. Dicho trabajo se centra en las siguientes ediciones: A. Díaz de Montalvo, *Siete Partidas*, ADMYTE, vol. 1, Archivo Digital de Manuscritos y Textos Españoles, Madrid, Biblioteca Nacional / Micronet, 1922 (transcripción y facsímil de la edición sevillana de 1491); G. López, *Las Siete Partidas*, Salamanca, A. de Por-tonaris (ed.), 1555 (reproducción anastática de la editorial Boletín Oficial del Estado, 1982); Real Academia de la Historia, *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio*, cotejadas con varios códices antiguos, 3 tomos, Madrid, Imprenta Real, 1807. La versión del Manuscrito Británico editada por Arias Bonet, por el contrario, no contiene ningún título que haga referencia a la costumbre.

*“Uso es cosa que nace de aquellas cosas que home dice ó face”* (Academia texto superior, Título II, Ley I).

*“Costumbre es fecho q(ue) non es ecripto, el q(u)a'l ha vsado el pueblo a (n)tiguame(n)te”* (ed. Montalvo).

En otros se trata de formas que se contienen unas a otras:

*“Nascen vnas de otras, e an derecho natural en si, segu(n) en aqueste libro se muestra: ca bien como de las letras nasce verbo, e de los verbos parte: e de la parte razo(n), assi nasce del tiempo vso: y del vso costu(u)mbre: e de la costumbre, fuero”* (ed. López).

La relación entre fuero y costumbre también se establece de forma confusa en Academia, Texto superior, en la Ley VI del Título II: ahí se dice que la costumbre, antes definida como derecho o fuero, puede devenir fuero dadas 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”*<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> A. Morin y S. Cucchi, *op. cit.*, p. 109.

Sumado a esto, una confusión más: algunas ediciones consideran a la costumbre derecho (ed. de López y Academia) mientras que en la edición de Montalvo es del orden del hecho:

*"Costu(n)bre es fecho q(ue) no es escripto, el q(u)al ha vsado el pueblo a(n)tigua me(n)te"* (ed. Montalvo).

*"Costumbre es derecho o fuero que non es escrito: el qual han vsado los omes luengo tiempo"* (Academia Texto superior. Ed. López, Título II, Ley IV).

*"Costumbre es derecho o fuero que non es escripto, el qual ha vsdo el pueblo antiguamientras"* (Academia texto inferior, Título II, Ley I).

En todos los casos lo notable es precisamente la dificultad para definir lo que se ha denominado bajo el término costumbre: deviene del uso, pero se confunde con él; es distinta del fuero, pero puede transformarse; es del orden factual y también es del orden del derecho.

En segundo lugar, en las *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 las *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 por que el vso gana tiempo son en cinco maneras (...), e este tiempo que gana es endos maneras: la primer e tiempo pequeño no(n) po-*

*diendo uso escusar; la segunda en tiempo grande segu(n)d la bondad del uso, e por estas razones puede ganar tiempo según d la manera del uso, et si ansi fuesse fecho, poderlo yan perder”<sup>151</sup>.*

Esta expresión confusa es interpretada por Morin y Cucchi como “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”<sup>152</sup>. 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” (ed. López, Título II, Ley V).*

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”<sup>153</sup>. En las *Partidas*, pues, aparece un cúmulo de condiciones que tienen como fuente tanto a los

<sup>151</sup> Academia, Texto superior, Título II, Ley III (citado por A. Morin y S. Cucchi, *ibid.*, p. 119).

<sup>152</sup> A. Morin y S. Cuchi, *ibid.*, p. 120.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 116.

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 código alfonsino: debe existir el consentimiento del señor de la tierra; por último, la persistencia por un lapso de tiempo de diez o veinte años<sup>154</sup>. Estas condiciones quedan claramente expuestas en el Título II, Ley 5 de la edición de Montalvo:

*“& tal pueblo com(m)o este o la mayor p(a)rtida del si vsara(n) .x. o xx.(.) años fazer algu(n)a cosa com(m)o en manera d(e) costu(n)bre sabie(n)dolo el señor dela tierra &no la co(n)tradizie(n)do puedela fazer & deue ser tenida & guardad por costu(n)bre: si eneste tie(n)po fuere(n) dados dos iuyzios por ella :esto mismo seria q(u)a’ndo co(n)tra tal costu(n)bre enel tie(n)po sobre dicho alguno porfiase su dema(n)da o su q(ue)rellas o dixiese que no era costu(n)bre el iudgador a(n)te q(u)i’ en acasçiese tal co(n)tie(n)da no reçibiese tales querellas co(m)o estas o iudgase q(ue) era costu(n)bre en todo refusa(n)do las razones de aq(ue)llos q(ue)llos q(ue) la q(ue)ria(n) co(n)tradezir”.*

La subsunción de la costumbre se ve reforzada en el caso de la edición de la Academia por la introducción de una ley que resalta las virtudes de la ley por sobre cualquier otra norma<sup>155</sup>.

<sup>154</sup> G. Sánchez de la Vega, “Costumbre a partir de las Partidas”, *Recueil de la Société Jean Bodin*, 52, 1990, pp. 151-169, en pp. 155-156.

<sup>155</sup> “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

Aunque en forma todavía contradictoria vemos cómo en la doctrina jurídica alfonsí aparecen recurrentemente los mismos problemas planteados por los doctores italianos y franceses. La operación mediante la cual el texto de Alfonso resuelve el problema de la costumbre no dista demasiado de la forma de resolución de la Universidades de Bologna y Orléans. En el texto de las *Partidas* 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 ubicarla en un plano secundario respecto de la ley.

A partir de la construcción del derecho consuetudinario, no sólo en Castilla sino a nivel más general, comienza a vislumbrarse a lo largo del siglo XII la necesidad de controlar y encauzar el carácter móvil de las prácticas ancestrales. Dicha nominación de las regularidades y la construcción del *ius consuetudinarium* se realizará en el marco del surgimiento de la figura del monarca como aquel que posee la facultad de fijar los sentidos posibles de cada acto, rito o representación. En este sentido, el discurso acerca de la costumbre, como todo discurso normalizador, tiene por objetivo la institución de un nuevo orden de cosas, configurar un nuevo estado de situación. El discurso jurídico, en tanto discurso normativo que interpela, exhibe, en el proceso de construcción del derecho consuetudinario, la operación de "reconocimiento / desconocimiento" que Althusser señalaba como propia de la ideología<sup>156</sup>. ¿Qué significa en términos de Louis Althusser el despliegue de este par reconocimiento / desconocimiento? La ideología, según Althusser, interpela al sujeto a través de

---

*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, así 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", Academia superior, Título II, Ley XI (citado por A. Morin y S. Cucchi, op. cit., p. 116).*

<sup>156</sup> L. Althusser, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, Buenos Aires, 1984, p. 66.

la operación de reconocimiento; la ideología presenta y conoce las evidencias “como evidencias que no se pueden dejar de reconocer, y ante las cuales tenemos la inevitable y natural reacción de exclamar (en voz alta o en el «silencio de la conciencia»): ¡Evidencia! ¡Es muy cierto!”<sup>157</sup>. Pero al mismo tiempo que nos permite reconocer esto como una evidencia, nos obliga a desconocer el procedimiento mediante el cual se instituyó una evidencia como tal. La evidencia se concibe como dada, como “natural”, cuando en realidad es instituida por la ideología. Este par nos permite pensar la operación que el discurso jurídico pone en movimiento en la construcción del *ius consuetudinarium*: por un lado, reconoce una serie de prácticas y hábitos regulares pues su definición misma contiene una dimensión “antropológica”. Según los juristas uno de los elementos en la definición del derecho consuetudinario es su dimensión ligada a lo factual; la costumbre es un hecho repetido y aceptado por la voluntad del pueblo. Esta dimensión factual puede ser comprobada como evidencia; de allí las encuestas organizadas para probar una costumbre. Sin embargo, este reconocimiento oculta otra operación mucho más exitosa: el desconocimiento. En el mismo momento en que nombra y reconoce como *consuetudo* a ese conjunto de prácticas transmitidas de generación en generación oculta el procedimiento por el cual fue posible ver en esas prácticas regularidades. Es decir, no nos da a conocer el mecanismo de este reconocimiento. En este sentido, la formalización no sólo ordena el mundo que preexiste a dicha formalización, sino que, al nominar un conjunto de prácticas, las instituye como tales. La nominación es un acto de creación. Por lo tanto, es el discurso jurídico el que crea gracias a la elaboración del *ius consuetudinarium* el objeto *consuetudo* y a posteriori lo considera una evidencia.

La aparición de este nuevo derecho creado en los círculos eruditos universitarios comienza a circular rápidamente de la mano de los juristas ligados

---

<sup>157</sup> *Ibid.*

a las cortes reales. Esta difusión social que los conceptos del derecho docto adquirieron permitió el uso, en la práctica jurídica concreta, de los términos que la Glosa romanista habilitaba. Es por esta razón que durante el siglo XIII encontramos que la utilización de costumbre como práctica jurídica de una región en los textos jurídicos forales se hace verdaderamente muy frecuente.

Como vimos a partir del análisis documental esta presencia de la costumbre como fuente de derecho aparece de forma incontestable una vez que los juristas construyeron en el ámbito del discurso jurídico la figura del *ius consuetudinarium*. Figura que se aplicará como un molde sobre las prácticas ligadas a la inmemorialidad y las instituirá como costumbre jurídica.

## CONCLUSIÓN

Es tiempo de que recapitemos poniendo de relieve los elementos que nos permitan retomar los problemas teóricos planteados en la introducción pero desde una nueva óptica. Volvamos entonces sobre los problemas de la existencia y la representación. Ambos temas han atravesado permanentemente nuestro trabajo y merecen una última reflexión. Tomemos para ello la frase de Jason de Maino que ya hemos citado: *Quod non est in texto iuris non est in mundo*. Consideramos que toda una serie de cuestiones ligadas a los temas señalados, representación y existencia, se inauguran a partir de un análisis en profundidad de la reflexión del jurista.

En primer lugar, en relación con la encrucijada de la existencia la frase de Jason habilita dos posibles lecturas: o bien todo lo que está en el texto jurídico existe en el mundo porque el texto contiene y expresa la realidad; o, por el contrario, todo lo que no está en el texto jurídico no existe en el mundo porque el donador de existencia es el discurso. Alternativas que como vimos en la introducción se corresponderían con distintas formas de concebir el derecho consuetudinario: para la escuela histórica alemana, la *consuetudo* existiría en el mundo previamente a la elaboración de un discurso acerca de ella; para otra línea, en donde se ubican Lambert y Kelsen, la *consuetudo* sólo existiría en el interior del discurso jurídico. En esta última reflexión el texto jurídico no expresaría sino que crearía un mundo a su imagen y semejanza: la existencia como interior al discurso jurídico y no algo delimitado en relación con una exterioridad.

En segundo lugar, también aparece la cuestión de la representación, que

puede ser analizada teniendo en cuenta las dos definiciones señaladas al inicio de nuestro trabajo: la representación como expresión de lo existente; la representación como presentación de una ausencia. La primera alternativa considera que si el texto jurídico es expresión del mundo es porque lo representa en tanto presencia que preexiste al discurso. El mundo está allí y el discurso viene a hablarnos de él. Esta concepción especular del discurso es la que encontramos en los análisis de muchos historiadores que consideran pertinente leer en los documentos jurídicos las prácticas no jurídicas. Estas miradas dejan de lado la operación creadora del derecho, olvidando que "la representación finge representar (volver a presentar) lo que estaba presentado"<sup>158</sup>, y que precisamente es esa ficción la que instituye un otro.

La otra alternativa mencionada es considerar a la representación como presentación de una ausencia. La relación no se establece en términos de adecuación entre un mundo dado y preexistente y un discurso que a posteriori habla de él, sino en términos de institución. Desde esta perspectiva, por ende, los objetos discursivos son propios del discurso y no exteriores a él. El discurso produce un "otro" sobre el que operan sus procedimientos. La presentación de la ausencia es ese otro bajo la máscara de la representación. El artificio de la representación queda al descubierto: para representar es necesario que exista una ausencia, o, mejor dicho, representar es crear una ausencia para instituir un nuevo lugar.

Ahora bien, lo que nos interesa abordar aquí a modo de conclusión es el estatuto que tienen la existencia y la representación en los documentos analizados, es decir, los fueros correspondientes a Castilla y León entre los siglos X y XIII.

A lo largo de nuestra investigación hemos intentado mostrar como la

---

<sup>158</sup> Oxímoron, *La historia desquiciada*, Buenos Aires, 1993, p. 98.

*consuetudo* en tanto práctica jurídica comenzó a estar presente en los fueros sólo a partir de la elaboración dogmática del *ius consuetudinarium*. Constatamos a partir de esto una circulación social en el ámbito jurídico de los conceptos esgrimidos por los juristas doctos, que hizo posible que las construcciones técnicas y doctrinales fueran usadas en la práctica jurídica concreta. La *consuetudo*, entonces, 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. Fue necesaria la existencia del concepto para que el fuero pudiera instituir mediante la nominación a un conjunto de prácticas sociales como prácticas jurídicas normativas.

Dos problemas se derivan de esta cuestión, problemas que difícilmente serán resueltos de forma definitiva en esta conclusión pero que merecen una reflexión aunque sea provisoria. En primer lugar, ¿qué entendemos por nominación? En segundo lugar ¿qué estatuto jurídico tienen esas prácticas nominadas bajo la voz *consuetudo*?

La nominación es un acto creador. Nominar en el interior de un discurso no es simplemente darle un nombre a algo que preexiste de forma anónima, es, ante todo, crear objetos, instituir una presencia. El nombre no es un reflejo pasivo de una esencia contenida en la cosa sino una intervención que ordena, da sentido, y por lo tanto transforma al objeto nominado. La nominación "representa" pero en el sentido planteado por Marin, es decir, como operación que instituye un nuevo lugar.

¿Qué es entonces ese "algo" sobre el cual se monta la nominación? ¿Qué estatuto tiene lo que queda conceptualizado bajo el término *consuetudo*? Como vimos en el análisis documental, en los fueros existen formas de remitir a un saber-hacer en estado práctico que se liga directamente con una dimensión temporal. El ejemplo más significativo aparece en el Fuero Latino de Sepúlveda en donde esta dimensión temporal se hacía presente a través de la frase:

"*quod habuit in tempore auoli mei*". Este saber hacer se encontraba estrechamente ligado a la inmemorialidad pues no había un parámetro externo a la memoria que fijara cuál era esa antigüedad. Existen, por lo tanto, regularidades que el texto del fuero contiene. ¿Qué relación guardan estas regularidades ligadas a lo inmemorial con el concepto de *consuetudo*? La mejor forma de contestar a esta pregunta es retomar la idea de nominación. Si como dijimos, dar un nombre es crear, llamar *consuetudo* a una prácticas no es reflejar bajo ese concepto lo que son en esencia sino todo lo contrario, transformarlas en otra cosa, atribuirles un sentido ligado a ese nombre. La *consuetudo* "representa" porque ocupa el lugar del ausente, es decir de las prácticas regulares ligadas a la inmemorialidad. La labor de los juristas, como ya señalamos, fue precisamente la de construir un concepto que neutralizara el carácter subjetivo de esas prácticas. Ahora bien, el acto de creación del concepto *ius consuetudinarium* no sólo instituiría el nombre sino también las prácticas que desde entonces quedarían nominadas bajo dicho nombre.

## DOCUMENTOS

Barrero García, A.M. y Alonso Martín, M.L. *Textos de derecho local español en la Edad Media. Catálogo de fueros y costums municipales*, Madrid, 1989.

González, J. "Aportación de fueros castellano-leoneses", *AHDE*, 16, 1945, pp. 625-654.

Muñoz y Romero, T. *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, tomo I, Madrid, 1847.

Rodríguez, J. *Los fueros del reino de León*, 2 tomos, Madrid, 1981.

Rodríguez Fernández, J. *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, Junta de Castilla y León, 1990.

Saez Sánchez, C. *Colección Diplomática de Sepúlveda II (1076-1485)*, Segovia, 1991.

## BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *La coutume*, número especial de *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, N° 3, París, 1986.

AA. VV., *La coutume*, número especial de *Recueil de la Société Jean Bodin*, N° 52, Bruselas, 1990.

Alfonso Antón, I. "Campesinado y derecho: la vía legal de la lucha (Castilla y León, siglos X-XIII)", *Noticiario de Historia Agraria*, 13, 1997, pp. 15-31.

Althusser, L. *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, Buenos Aires, 1984.

Barrero García, A.M. "El proceso de formación de los fueros municipales", en J. Alvarado Planas, ed., *Espacios y fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV)*, Madrid, 1995, pp. 59-88.

Beneyto, J. "Para la clasificación de las fuentes del derecho medieval español", *AHDE*, 31, 1961, pp. 259-268.

Bourdieu, P. "Le force du droit", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64, 1986, pp. 3-19.

Calasso, F. *Medioevo del diritto*, Milán, 1954.

Carbasse, J.-M. "Contribution à l'étude du processus coutumier: la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution", *Droits*, 3, 1986, pp. 25-37.

Clavero, B. *Institución histórica del derecho*, Madrid, 1992.

- Combacau, J. "Ouverture: de la régularité à l'régle", *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, 3, 1986, pp. 3-10.
- Cortese, E. *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, tomo II, Varese, 1962.
- Cortese, E. *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1996.
- Craddock, J. "La nota cronológica inserta en el prólogo de las Siete Partidas. Edición y comentario", *Al Andalus*, 39, 1974, pp. 363-390.
- Craddock, J. "La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio", *AHDE*, 51, 1981, pp. 365-418.
- Darembert, C. y Saglio, M.E. *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, París, 1918.
- Fantini, M.G. *La cultura del giurista medievale. Natura, causa, ratio*, Milán, 1998.
- Foucault, M. *Genealogía del racismo*, Buenos Aires-Montevideo, 1993.
- Gacto Fernández, E. *Temas de historia del derecho. Derecho medieval*, Sevilla, 1979.
- García Gallo, A. "El «Libro de las Leyes» de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas", *AHDE*, 21-22, 1951-52, pp. 352-528.
- García Gallo, A. "Aportación al estudio de los fueros", *AHDE*, 26, 1956, pp. 387-446.
- García Gallo, A. "El fuero de León", *AHDE*, 39, 1969, pp. 5-171.
- García Gallo, A. "Nuevas observaciones sobre la obra jurídica de Alfonso X", *AHDE*, 46, 1976, pp. 609-670.
- García Gallo, A. *Manual de historia del derecho español*, tomo I, Madrid, 1977.

García Gallo, A. "La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis", *AHDE*, 54, 1984, pp. 97-161.

García Gallo, A. "La problemática de la obra legislativa de Alfonso X", *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 5, 1984, pp. 8-19.

Gibert, R. "El derecho municipal de León y Castilla", *AHDE*, 31, 1961, pp. 695-753.

Gourevich, A. *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, 1990.

Gouron, A. "Aurore de la coutume", *Recueil de Mémoires et Travaux. Société d'Histoire de Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit*, 14, 1988, pp. 181-187 (= *Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles*).

Gouron, A. "Coutume contre loi chez les premiers glossateurs", en A. Gouron y A. Rigaudière, eds., *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, pp. 117-130.

Gouron, A. "Sur les origines de l'expression «Droit Coutumier»", *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1, 1988, pp. 179-188 (= *Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles*).

Gouron, A. *Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles*, Norfolk, 1993.

Gouron, A. "Sur les plus anciennes rédactions coutumières du Midi: les «chartes» consulaires d'Arles et d'Avignon", *Annales du Midi*, 109, 1997, pp. 189-200.

Gouron, A. y Rigaudière, A. eds., *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Montpellier, 1988.

Grignon, C. y Passeron, J.-C. *Lo culto y lo popular. Miserabilismo y populismo en*

*sociología y literatura*, Madrid, 1992.

Grossi, P. *El orden jurídico medieval*, Madrid, 1996.

Iglesia Ferreirós, A. "La creación del derecho en Cataluña", *AHDE*, 47, 1977, pp. 99-423.

Iglesia Ferreirós, A. "Alfonso X el Sabio y su obra legislativa. Algunas reflexiones", *AHDE*, 50, 1980, pp. 531-561.

Iglesia Ferreirós, A. "Cuestiones alfonsinas", *AHDE*, 55, 1985, pp. 95-149.

Iglesia Ferreirós, A. "La labor legislativa de Alfonso X el Sabio", en *Actas del Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común: España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 275-599.

Kantorowicz, E. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología medieval*, Madrid, 1985.

Kelley, D. *The human measure. Social thought in the western tradition*, Cambridge, Mass.-Londres, 1990.

Le Goff, J. *El orden de la memoria*, Barcelona, 1991.

MacDonald, R.A. "Problemas políticos en el derecho alfonsino", *AHDE*, 54, 1984, pp. 12-53.

Marin, L. *Des pouvoirs de l'image. Gloses*, París, 1993.

Martínez Llorente, F. *Régimen jurídico de la Extremadura castellana medieval*, Valladolid, 1990.

Mayali, L. "Lex animata. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XIIe-XIVe siècles)", en A. Gouron y A. Rigaudière, eds., *Renaissance du*

*pouvoir législatif et genèse de l'État*, pp. 155-164.

Mayali, L. "La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Age", *Recueil de la Société Jean Bodin*, 52, 1990, pp. 11-31.

Morin, A. y Cucchi, S. "El tratamiento de la costumbre en la Primera Partida de Alfonso El Sabio", *Anales de Historia Antigua y Medieval*, 30, 1997, pp. 107-121.

Oxímoron, *La historia desquiciada*, Buenos Aires, 1993.

Petit, C. "Consuetudo y mos en la *Lex Visigotorum*", *Recueil de la Société Jean Bodin*, 52, 1990, pp. 89-120.

Poumarède, J. "La coutume en pays de droit écrit", *Recueil de la Société Jean Bodin*, 52, 1990, pp. 233-250.

Reynolds, S. *Kingdoms and communities in western Europe, 900-1300*, Oxford, 1984.

Sánchez, G. "Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano", *AHDE*, 6, 1929, pp. 260-328.

Sánchez de la Vega, G. "Costumbre a partir de las Partidas", *Recueil de la Société Jean Bodin*, 52, 1990, pp. 151-169.

Sardina Páramo, J.A. *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Santiago de Compostela, 1979.

Thomas, J.A.C. "Custom and Roman law", *Revue d'Histoire du Droit*, 31, 1963, pp. 39-53.

Thompson, E.P. *Costumbres en común*, Barcelona, 1995.

Troper, M. "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, pp. 518-529.

Troper, M. "Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement", *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, 3, 1986, pp. 11-24.

Vallejo, J. *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992.

Zumthor, P. *La letra y la voz de la literatura medieval*, Madrid, 1989.

**INDICE**

INTRODUCCIÓN	2
PARTE I. LAS DISTINTAS MIRADAS SOBRE EL PROBLEMA	7
Costumbre: <i>¿altera natura o in texto iuris?</i>	8
I. Miradas naturalistas	13
a. Costumbre y cultura: la interpretación de los no-juristas	13
b. Costumbre y experiencia: la interpretación de los juristas	17
c. Los historiadores institucionalistas	22
II. Miradas jurdicistas	30
Balance y punto de partida	37
PARTE II. LA CONSUETUDO COMO CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO	39
<i>Consuetudo</i> en Castilla y León hasta el siglo XII	43
I. Los fueros de Castilla	43
II. Los fueros del reino de León	49
a. <i>More terre</i>	51
b. <i>Usus</i>	53
c. <i>Consuetudines</i>	59
III. Una comunidad de frontera: los fueros municipales de Zamora	65
IV. Los fueros de León y Castilla: algunas conclusiones	66
El anacronismo de los investigadores	68

Una presencia incuestionable: <i>consuetudo</i> y <i>usus</i> (siglos XII-XIII)	75
La recuperación del derecho romano y la invención del <i>ius consuetudinarium</i>	85
CONCLUSIÓN	102
Documentos	106
Bibliografía	107

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS  
Dirección de Bibliotecas