

El derecho consuetudinario en Las Siete Partidas del Rey Alfonso X. Poder político y discurso jurídico en la baja Edad Media Castellana. S XIII.

Moreno, Eva Ximena.

Cita:

Moreno, Eva Ximena (2017). *El derecho consuetudinario en Las Siete Partidas del Rey Alfonso X. Poder político y discurso jurídico en la baja Edad Media Castellana. S XIII. XVI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad Humanidades. Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-019/27>

El derecho consuetudinario en las Siete Partidas del rey Alfonso X. Poder político y discurso jurídico en la baja Edad Media castellana. Siglo XIII.

Por: Moreno Eva Ximena

Universidad de Buenos Aires. Facultad de Filosofía y Letras.

-Para publicar en actas.-

En la actualidad, una parte importante de las investigaciones orientadas al estudio de la historia del derecho sostiene, siguiendo la perspectiva de Paolo Grossi¹, que durante la Edad Media el derecho se encontraba atenido en las cosas, a la espontaneidad de las acciones humanas. Para Grossi el derecho consuetudinario permanecería en un estado embrionario entendiendo así a la costumbre como practicas arraigadas desde tiempos remotos. Desde esta perspectiva, se comprende al derecho consuetudinario como el reflejo de aquellas acciones una vez introducidas al derecho positivo, escrito:

El derecho consuetudinario es, por su propia naturaleza la normativa de la cosa, es decir, se deriva de las cosas: 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 factual².

Lejos de coincidir con esta postura, consideramos en ella una serie de problemáticas que remiten al entendimiento de la costumbre en clave romántica. Por un lado, la relación que se asienta entre la costumbre y las cosas cuaja en una perspectiva cuasi antropológica limitando el lugar del derecho consuetudinario dentro de la ley propiamente dicha. Por otro lado, postular que la elevación de las practicas humanas a la ley escrita presume el producto acabado de un proceso de inserción de la costumbre al plano de lo legal-escrito supone que aquella transmutación terminó despojando al derecho natural de la esencia que nutria a las costumbres desde un principio por medio de un proceso de aculturación³.

¹ GROSSI, P.: *El orden jurídico medieval*, Madrid, 1996.

² GROSSI, P.: *El orden jurídico medieval*, 1996, p 109.

³ Esta idea es tomada en parte de la problemática planteada por Miceli en su tesis doctoral, a propósito de la lectura que se ha realizado del derecho consuetudinario en diversas corrientes historiográficas. MICELI, p.:

En el presente trabajo se pretende problematizar el concepto de la costumbre en tanto *Jus* partiendo de una visión propia del derecho, considerando que la aplicación de dicho concepto en el plano jurídico se relaciona directamente con las construcciones teóricas de los juristas medievales durante el proceso de recuperación del *corpus* romano en los últimos siglos de la Edad Media. Tomaremos como referencia principal de este contexto intelectual y político de producción a las *Siete Partidas* del rey Alfonso X el Sabio con el objetivo de lograr una aproximación más acorde al significado atribuido a la costumbre en dicho *corpus* y al papel que aquella definición tuvo en la construcción del discurso político monárquico en los últimos siglos de la Edad Media castellana.

La recuperación del derecho romano y la invención del concepto.

El concepto costumbre, lejos de mantenerse estático en el tiempo se fue modificando y moldeando. Es conveniente señalar un marco espacio- temporal en donde se dotaría al vocablo de un significado concreto: a partir del siglo XII con la penetración del derecho romano recuperado en la península ibérica⁴. Este señalamiento es de suma importancia para nuestro análisis, pues una gran cantidad de estudiosos del derecho español sostuvieron que con la caída del reino visigodo⁵ en aquellos lugares de la península donde la romanidad plasmada en el *Liber*⁶ no llegó a hacerse presente o a conservarse, la costumbre predominó como regulador de la vida social⁷. A nuestro entender, esto querría decir que antes de las grandes olas codificadoras en toda Europa durante el siglo XIII una parte importante de la península se encontraba libre de cualquier tipo de regulación jurídica. Sin embargo, lo que aquí nos importa es señalar la distinción entre la regulación social y el orden impuesto desde lo jurídico, pues esta última cuestión supuso una serie de condiciones que, partiendo del discurso político, la costumbre (entendida como regularidad) debía cumplir para ser portadora de derecho. Por este motivo, el entendimiento de dicho concepto

Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León. Siglos XI-XIV. Madrid. Dykinson. 2012.

⁴ García y García, A.: *La penetración del derecho clásico en España.* AHDE, 1996. El estudio de García y García retoma las formas de penetración del derecho romano recuperado en la península ibérica a partir del *corpus* del derecho canónico, primeramente y su uso en las universidades.

⁵ Tras la invasión musulmana, en 711.

⁶ El *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial, dispuesto por el rey Recesvinto y promulgado probablemente en el año 654.

⁷ GARCIA GALLO, A.: *Aportación al estudio de los fueros.* AHDE 26 (1956) Pp, 387-446. N°25.

será tenido en este trabajo en relación con el proceso de formación de un *ius proprium* que implicó una serie de cuestiones atañidas con la creación científica del derecho⁸.

Durante la segunda mitad del siglo XII, desde la universidad de Bolonia se procedió a la elaboración de una ciencia del derecho romano y canónico. Su metodología constaba de una hermenéutica basada en la aplicación de comentarios sobre una serie de textos. Esta operación implicó un proceso de reformulación teórica de los escritos, dando lugar a la construcción de un nuevo significado de la obra por medio de su interpretación por los intelectuales del derecho⁹. La primera gran empresa llevada a cabo desde la Universidad de Bolonia fue la *Glossa ordinaria* del *Corpus Iuris Civilis* a manos de Accursio¹⁰. El tratamiento de dicho *corpus* fue tomado como patrón principal pues, reflejaba una cantidad extraordinaria de métodos innovadores para el estudio de los textos jurídicos. El más importante de ellos fue la incorporación de las anotaciones marginales en los textos con la finalidad didáctica¹¹ de discutirlos y actualizarlos. De esta forma, mediante el empleo de una serie de artificios basados en la interpretación de cada ley, la posibilidad de medir las condiciones de aplicabilidad de la misma adquirió un uso práctico para resolver, desde el punto de vista jurídico, los problemas existentes en la sociedad¹².

Con la recepción de *Corpus iuris civilis* y algunas obras del derecho canónico como el *Decreto de Graciano* en la península ibérica se dio inicio a un movimiento cultural y político de gran envergadura. Las influencias de aquella tradición recuperada influyeron de manera drástica en la construcción de un *ius proprium* por medio de la codificación y compilación del derecho. En el caso castellano de la baja Edad Media la consecuencia de esta recepción fue la invención de un derecho propio conformado por el *Liber*, fuentes del

⁸ MARTIN, G.: *Compilation (cinq procédures fondamentales)*, Annalex des Cahiers de linguistique hispanique médiévale, volumen 11, *Histoires de l'Espagne médiévale* (historiographie, geste, romancero), pp. 107-121. Siguiendo la perspectiva de Martin, consideramos que las grandes obras compilatorias de la baja edad media reflejaron el propósito de los compiladores de orientar los escritos recuperados bajo determinaciones semánticas específicas.

⁹ Para ampliar ver: CONTE, E.: *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*. Universidad Carlos III, Madrid. Edición de Marta Madero. 2016.

¹⁰ Accursio, Acurssius. 1182-1263. Jurisconsulto italiano. Glosador y renovador del derecho romano.

¹¹ RODRIGUEZ VELAZCO, J.: La producción al margen. *La crónica*, 39, 1, pp 249-272.

¹² RODRIGUEZ VELASCO, J.: *Plebeyos márgenes. Ficción, industria del derecho y ciencia literaria (siglos XIII-XIV)*. Salamanca. Publicaciones de SEMYR.

derecho canónico, fueros regionales, costumbres locales y el derecho romano recuperado, esto es el *corpus iuris civilis*.

Sobre la base de esto, el intento frustrado por imponer un orden normativo homogéneo sobre el grueso de los territorios abrió un amplio y difícil proceso de consolidación jurídica y política, dejando solamente los restos de aquella tradición en el discurso político monárquico emergente. El derecho romano fue tomado como referente esencial ante la necesidad de imponer un orden normativo jurídico con el propósito de unificar los reinos bajo la misma ley e impulsar en estos últimos la renovación jurídica en todas sus formas. En este contexto de agitación política la necesidad de dar una definición acabada de la costumbre se presentó como único garante de la subsunción de cualquier otra producción del derecho a la facultad legislativa del rey.

Partiendo de este análisis sostendremos en primera instancia, que la costumbre en tanto *ius consuetudinarum* fue el producto acabado de la labor de los juristas medievales en este contexto de producción científica del derecho. Sin embargo es preciso realizar una observación más detallada sobre este fenómeno que rápidamente fue introducido en el discurso político hispánico dando a la costumbre un nuevo lugar en tradición jurídica occidental.

El *ius commune* en la península ibérica. La costumbre antes y después de la recepción del derecho romano.

La aparición del término *consuetudo* en la península ibérica data de los siglos XII y XIII y se encuentra ligada a un cambio muy importante en el discurso político. Antes que nada es preciso aquí retomar la idea de André Gouron, quien sostiene que en realidad la apelación al vocablo en los textos jurídicos regionales (fueros) estuvo asociada con la presencia de una conciencia jurídica asociada al sustrato romano. Sobre la región de Cataluña y otros casos de Italia dice:

*A fond, la leçon catalane comme la leçon italienne son claires: sans un minimum de culture juridique, sans le maintien, même tenu ou déformé, du souvenir des sources antiques, la prise de conscience de la coutume n'est guère possible*¹³.

Así mismo, es posible detectar el uso del término en las fuentes judiciales en este tipo de regiones antes de la recuperación del derecho romano. Sin embargo, como veremos a continuación, el concepto estaría asociado a un significado distinto. Para ilustrar dos ejemplos de este caso tomaremos como eje troncal el estudio realizado por la historiadora Paola Miceli para el caso castellano y leonés¹⁴. Tomemos el primer caso. Aquí, la autora remarca la presencia de fueros y privilegios dados entre los siglos X y XI (posterior a la caída del reino visigodo). Entre estos fueros se encontrarían los concedidos por Fernando Gonzales¹⁵ a distintas localidades castellanas, donaciones hechas por otros condes, y demás.

Los documentos describen a la costumbre local como una serie de prácticas ancestrales que mantuvieron vigencia en largo tiempo dentro de la comunidad. Sin embargo es preciso tener en cuenta que aquella forma discursiva a la que apela, a simple vista trata de dar un sustento material a aquello que se supone existente en el medio social, no por ello el fuero debe ser entendido como costumbre convertida en texto¹⁶. En efecto, lo que define al derecho consuetudinario en el caso castellano es haber sido guardado y respetado por la comunidad, no precisamente su origen.

En león observa un panorama distinto. Aquí se encuentra mención a *constuetudines*, *usus* y *mos*, términos estrechamente relacionados con el sustrato romano. En este caso la autora remarca una diferencia sustancial entre el primer término y los dos últimos: mientras que *usus* y *mos* aparecen en las fuentes con relación al *Liber*, la *consuetudo* es dotada de un significado distinto. El término hace referencia a una serie de imposiciones y regulaciones establecidas por señores o reyes. *Consuetudo* procedería a *consuetudines*, que en el derecho

¹³ GOURON, A.: *Aurore de la coutume, Recueil de Mémoires et Travaux*. Societé de Historie de Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit, 14, pp 183. .

¹⁴ MICELI, P.: *Derecho consuetudinario y memoria...* 2012.

¹⁵ Citado por Miceli. 2012.

¹⁶ Bajo esta perspectiva podemos tomar la interpretación que le da Armin Wolf a la creación de los derechos propios. Ver: ARMIN, W.: *Los irura propia en Europa en el siglo XIII*. GLOSAE. Revista de historia del derecho Europeo, 5-6. Instituto del derecho común europeo. Universidad de Murcia. 1993-1994.

romano clásico estaría asociado a los verbos dar y conceder. En otras palabras, la costumbre aparece en estas fuentes como un privilegio, una construcción otorgada por el poder banal y no se asocia a ninguna practica social que se mantiene en el tiempo¹⁷.

Ahora bien, y como hemos dicho al principio de este trabajo, a partir de la segunda mitad del siglo XII, pues en la gran mayoría de las fuentes judiciales la apelación a la costumbre se vuelve numerosa. En primer lugar, se la comienza a asociar con las obligaciones y normas de funcionamiento que otorgaban los reyes a una comunidad. Si bien, se nota que estos fueros ya se encontraban en circulación antes de la recepción del *corpus* romano recuperado, en el periodo señalado estos documentos pasan a ser relacionado con las *consuetudines*. En segundo lugar, Miceli observa un cambio en el discurso al que se apela. La *consuetudo* ya no se encuentra asociada a factores externos. Por el contrario, a partir de aquí es cuando los fueros comienzan a presentarse como prueba escrita del ordenamiento jurídico de la región, con el propósito de conservarla y prevenir modificaciones *a posteriori*.

A simple vista, parecería que este cambio discursivo está asociado a un proceso de transformación relacionado con la introducción de las prácticas comunales al plano de lo jurídico. Sin embargo, la concepción de la costumbre en tanto *ius consuetudinatum* no parte de estos principios. En el primer apartado de este trabajo, expusimos brevemente en qué contexto y bajo qué condiciones el vocablo fue dotado de un significado construido bajo la labor de los doctores del derecho medieval, a partir de la invención de una ciencia del derecho que luego se extendió por el resto de Europa, desde Boloña, y fue abarcando un lugar importante en la construcción de los discursos políticos nacionales. Sobre todo en la península Ibérica donde en varias regiones aún se podía encontrar una tradición romanista asociada al *Liber*, la adopción de un nuevo significado para este vocablo sentó las bases de lo que posteriormente se llamó *ius commune*. Un derecho común para todos los miembros del reino que partió de un intento de unificación jurídica y política.

A partir del siglo XIII esta sistematización hecha sobre el derecho romano será tomada en la corte con finalidades políticas. Es así como se logra construir una nueva teoría

¹⁷ MICELI, P.: *El derecho consuetudinario en Castilla. Una crítica a la matriz romántica de las interpretaciones sobre la costumbre*. HISPANIA, XLIII/1, n° 213 (2003).

del poder en manos del monarca basada en su capacidad legislativa¹⁸. El rey en su condición de *lex animata*, al aprobar y autorizar una costumbre logra elevarla al mismo nivel que la ley. Pero esta asimilación será construida bajo una serie de condiciones que la primera debía cumplir para derogar a la segunda. Y es aquí en donde se hace presente la innovación que llevo consigo la recuperación del derecho romano.

Si bien, y como acabamos de ver, en las fuentes se aclara constantemente que los fueros pasan a ser la confirmación de aquello que es patrimonio de la comunidad, debe tenerse presente que esta operación forma parte de un elemento discursivo propio de la Edad Media en la que, nada puede ser creado *ex novo*. Cualquier idea debe estar sustentada en algo ya existente. Ergo, a partir de esta condición, los juristas medievales, comentaristas y glosadores efectuaron la construcción del concepto jurídico de la costumbre basándose en las aproximaciones que se hacían sobre el vocablo en el *corpus* romano recuperado y la realidad de su presente. Ante la incertidumbre que se presentaba en el *corpus iuris* a la hora de establecer una definición acabada de la costumbre, los juristas medievales construyeron una categoría, la del *ius consuetudinarium*, estableciendo la cantidad de años para que fuese reconocida, el grado de consenso que debía tener en la comunidad que la resguardara, si se fundamenta en base a la razón, y por último, si es buena o mala dependiendo de ir en contra o no de la voluntad del príncipe.

Así, el derecho consuetudinario se concibe en calidad de artificio que impone las reglas para que una práctica devenga en costumbre. En esta instancia, el carácter popular y natural, la asociación del derecho con las cosas, se esfuma. El concepto no hace referencia a una naturaleza arraigada a los hombres, tampoco lo hace a su conservación mediante el pasaje de lo oral a lo escrito¹⁹. Por el contrario, nuestra finalidad es entender al derecho consuetudinario como el resultado de una serie de operaciones jurídicas que vio su origen a partir de categorías del derecho romano recuperado. Este procedimiento cambiaría radicalmente la forma de hacer la ley y el discurso político que le daría fundamento.

¹⁸ KRITSCH, R.: *La formulación de la teoría hierocrática del poder y los fundamentos de la soberanía*, Res publica, 18, pp. 7-26. Sobre el clima intelectual del siglo XIII en Europa, la autora centra su estudio en la puja política entre el poder temporal del monarca y la iglesia, (disputa se abre con Inocencio III y enroque V en 1198) y el papel que en aquel contexto tuvieron los canonistas, legalistas y glosadores en la construcción de la autoridad del príncipe.

¹⁹ MICELI, P.: *La costumbre como ius non scriptum*. Estudios de derecho y teología en la Edad Media. Ad. Alejandro Morín. SAEMED. 2012.

Construcción del discurso jurídico en *Las Siete Partidas* de Alfonso X.

La obra jurídica principal de la tradición alfonsí fue sin lugar a dudas las *Siete Partidas*. Comprendemos que este *corpus* del derecho bajo medieval se fue configurando como un proyecto político y jurídico innovador, en el cual se intentó confirmar la autoridad regia del monarca mediante la creación de un discurso legitimador en una coyuntura sesgada por el conflicto entre poderes. Desde el reinado de Alfonso VIII²⁰, el poder legislativo de los señores fue expandiéndose de manera progresiva, minimizando el grado de incidencia del monarca sobre sus derechos locales. En esta instancia, el poder banal se mantuvo fuertemente arraigado respondiendo agresivamente ante cualquier factor externo.

En este contexto, el binomio poderío feudal/monarquía se vería agravado por la intervención agresiva en materia política y legislativa impulsada por el rey Alfonso X²¹, quien en la década de 1270 intenta llevar a cabo de manera frustrada una empresa de unificación jurídica de todos los reinos y la subordinación de los poderes banales a la autoridad del monarca. El punto clave del conflicto fue el estallido violento durante la conjura de Lerma en 1272 en respuesta a la acción gubernamental del rey. Seguido de esto, una serie de eventos terminaron por condenar el proyecto alfonsí: la muerte de su hijo primogénito Fernando de la Cerda (heredero al trono) y la caída de su postulación al imperio. Finalmente, el texto sería reconocido en calidad de derecho supletorio durante el reinado de su bisnieto Alfonso XI²² durante el ordenamiento de Alcalá en 1348.

A pesar de su fracaso como texto legal, las *Siete Partidas* logró convertirse en el icono central de la intervención política de la monarquía, consolidando una nueva forma discursiva en relación a la autoridad del monarca, la importancia que este le dio a la unidad jurídica en aquella situación de conflicto, el valor de la figura regia sobre la base de la autoridad del saber y el poder y por último, el lugar del monarca en tanto *lex animata* para atribuirse el monopolio legislativo. Es por eso que, como señala el historiador Daniel Panateri, que *Las Partidas*:

²⁰ Alfonso VIII de castilla, el de las Navas o El noble. Rey de Castilla entre 1158 y 1214.

²¹ Alfonso X, El Sabio. Rey de Castilla entre 1252 y 1284.

²² Alfonso XI de Castilla, El justiciero. Rey de Castilla entre 1312-26 a 1331.

*Comporta una carga ideológica que conlleva a la ruina del rey que la encarga como triunfo histórico de la simbología regia que contiene. Esta razón le da el carácter para ser una obra “necesaria” en la construcción moderna de la monarquía ibérica, sujeta a la tradición, a la vez que alterada constantemente por su transmisión que implique cambios*²³.

Tomaremos este cuerpo legal en cuanto texto jurídico forjado a partir de los cimientos de la práctica de lo político en la España bajo medieval y moderna, según los lineamientos de Carl Schmitt en *El concepto de lo político*²⁴. En su obra, el autor va a plantear que la existencia de lo político puede hallarse en sociedades carentes de un Estado, pues, sería un error pensar que todo aquello que implica lo político solo puede desarrollarse dentro de las esferas del Estado, separadas del medio social. Según el jurista alemán, el Estado y la sociedad se encontrarían relacionados mutuamente. Es por este motivo que partiendo de cualquier contexto donde se hiciera presente un conflicto entre parcialidades, bajo la dinámica amigo-enemigo se revela lo político.

En cuanto al caso que a nosotros nos importa, el contexto conflictivo entre los señores y la autoridad del monarca puede ser analizado sobre la base del modelo Schmittiano de amigo-enemigo al mostrar dos posturas políticamente antagónicas. Por un lado, la acción defensiva de los señores al defender su interés por conservar privilegios, fueros y libertades locales. Por el otro, el monarca que intenta imponer su autoridad regia mediante la aplicación externa de un nuevo código legal homogeneizando la obediencia de todos sus súbditos mediante el uso de una nueva forma discursiva ligada a la creación del derecho. Es aquí justamente en donde observamos el grado de importancia que adquiere el derecho común en la península ibérica²⁵. En efecto, el derecho romano recuperado es utilizado en un contexto de conflicto para forjar un discurso regio dentro de un armado normativo con la finalidad de establecer una definición acabada de la autoridad del monarca en el juego de poderes. En esta instancia, *Las siete Partidas* de Alfonso X

²³ PANATERI, D.: *Uso, costumbre y fuero en relación al discurso medieval de la soberanía. Alfonso X El sabio y la glosa de Gregorio López*. Temas medievales. Buenos Aires; 2012. Vol, 20. Pp, 147-197.

²⁴ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político*. E.D Alianza. Madrid, 2009.

²⁵ Coincidimos con la idea de Pérez Martín sobre la creación de un derecho común en España y el puesto que *Las Partidas* ocupó en aquella empresa. Alfonso propugna una concepción corporativa del Estado sentando las bases del modelo moderno. Ver: PEREZ, M.: *La obra legislativa Alfonsina y el puesto que en ella ocupan las Siete Partidas*, Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo, 3.

constituyen la prueba de la adopción de una nueva dialéctica política en la construcción del concepto de soberanía²⁶. A continuación, analizaremos el lugar de la *consuetudo* en la tradición jurídica alfonsí y de lo que de ella se desprende en relación a la capacidad legislativa de la monarquía.

La costumbre en la *Primera Partida* de Gregorio López.

Con respecto a la mención de la costumbre en los textos alfonsíes, debemos tener presente la falta de fiabilidad que existen sobre las palabras originales del texto del siglo XIII y principalmente, sobre la edición de Gregorio López²⁷ del siglo XVI. Si bien, esta última edición será analizada aquí por ser la más erudita, para profundizar sobre el tema será necesario observar las distintas ediciones aceptadas de la misma obra: la de Díaz de Montalvo de 1491, la del propio López (1555), y la de la Real Academia de Historia (1807). A esto se le podría sumar el *Especulo* (posible versión de *Partidas* de carácter legalista), el *Setenario* (posible versión de carácter sapiencial), y el *Fuero real* o *Fuero de las leyes* (obra primigenia del rey Alfonso con la intención de unificar los fueros en vigencia)²⁸. Sin embargo, por falta de espacio tomaremos el estudio que Alejandro Morín y Silvia Cucchi realizan en *El tratamiento de la costumbre en la Primera Partida de Alfonso el sabio*²⁹.

En este texto, Morín y Cucchi aseguran que el lugar asignado a la costumbre en el derecho alfonsí difiere drásticamente en cada una de sus versiones. Así, en texto como *Especulo* y *Fuero Real* la costumbre suele aparecer de forma mínima, nula o marginal en relación a ley. Sin embargo en las ediciones de Gregorio López y Academia texto superior la costumbre se hace presente, condicionada por una serie requisitos que debe cumplir para derogar la ley y leyes en las que se contempla la posibilidad de “*desfacer*” la ley³⁰. En base

²⁶ PANATERI, D.: *Uso, costumbre y fuero en relación al discurso medieval de la soberanía...*2012.

²⁷ Gregorio López (1496-1560). Fue consejero de Indias entre 1543 -58.

²⁸ GARCIA GALLO.: Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X, AHDE, 46,1996.

²⁹ CUCCHI, S Y MORIN, A.: *El tratamiento de la costumbre en la Primera Partida de Alfonso el Sabio*. Anales de Historia Antigua y Medieval, vol. 30, instituto de Historia Antigua y Medieval, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Pp, 107-121.

³⁰ CUCCHI, S Y MORIN, A.: *El tratamiento de la costumbre...*1996, pp 109.

a esto, coincidimos con la tesis de MacDonald³¹ sobre la decisión de introducir a la costumbre en Las Partidas ante la imposibilidad de imponer un modelo legislativo único.

En cuanto a la edición que decimos tomar para nuestro análisis, la de Gregorio López de 1555, observamos una labor más detallada sobre el concepto y el lugar que se le atribuye a la costumbre. Si bien, el contexto de producción es bien distinto al del siglo XIII, esta edición de *Las Partidas* refleja nuevamente un momento de tensión y crisis política en toda España durante el reinado de Carlos I. A causa de la ausencia del monarca, su hija Juana de Austria, regente de la corona española desde 1555 hasta 1559 designa a López como encarado para llevar a cabo una nueva edición de *Partidas*. El propósito de este último sería devolverle al texto la “romanidad” perdida ante la tradición “hispanica” que había impregnado al texto³². Es por eso que, ante la situación emergente de constante conflictividad y convulsión política *Las partidas* en cuanto texto político- legal pasaría a ocupar nuevamente un lugar de suma importancia en el discurso monárquico. Así, Rodríguez Velasco afirma:

*El modo de publicación y promulgación de Las Partidas hacen que estas se presenten como metonimia del cuerpo del rey, como forma de construcción del poder personal del monarca, y en última instancia, como forma de producción de la propia monarquía en tanto que sistema de gobierno preferido a lo largo de la historia de España*³³.

El problema de la soberanía del monarca daría lugar a la necesidad de afirmar la capacidad del poder regio para definir a la costumbre. Frente a esta coyuntura, observamos en la edición de López el carácter normativo que se le da a la costumbre³⁴:

³¹ MACDONALD, R.: *Law and Politics: Alfonso's Program of Political Reform*. Burns, Robert (ed.) *the Worlds of Alfonso the Learned and James the Conqueror*, Nueva Jersey: Princeton University Press. 1985.

³² RODRIGUEZ VELASCO.: *La urgente presencia de las Siete Partidas.*, La Crónica, 2010. 38.2, pp 97—134.

³³ RODRIGUEZ VELASCO. : *La urgente presencia*. 2010

³⁴ Las Siete Partidas del rey don Alfonso nono. Nuevamente glosado por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad. Salamanca, 1555. [Edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974]

- **Definición y condiciones de existencia de la costumbre.**

En el título II de la Primera Partida se observa una primera definición de costumbre sujeta a la condición de derecho oral o fuero que no se encuentra escrito. Además de estas características, en la misma ley sobresale la importancia de su práctica en un tiempo prologando. La territorialidad también es mencionada como una condición primordial:

Costumbre es derecho o fuero que non es escrito: el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudándose sobre lo que usaron. E son tres maneras de costumbres. La primera es aquella que sobre una cosa señaladamente, así como logar o persona cierta. La segunda sobre todo, también en personas como el logares. La tercera sobre otros fechos señalados que facen los homes, de que se hallan bien, en que estas firmes. López, P I, II, 5.

Aquí, la homologación al fuero muestra una posible juridización de la costumbre, como se observa en las leyes siguientes:

Fuero es cosa en que se encierra dos cosas que habemos dicho, uso e costumbre, que cada una dellas ha de entrar en fuero para ser firme. López, P.I, II, 7.

En esta instancia, queda asentado que una de las parte que conforman al fuero son las costumbres, validada sobre el uso que lleva la practica en el tiempo. Sin embargo, una lectura de las leyes anteriores mostraría el requisito temporal detrás del *luengo tiempo*.

- El tiempo de la costumbre.

Para ser *tenida y guardada* por costumbre, la misma debía mantenerse en vigencia por un lapso promedio de veinte años, debía ser llevada a cabo por un pueblo o al menos una parte importante de él, debe ser afirmada y reconocida por el juez, no ir en contra del derecho natural y debe ser consentida por el señor natural de la tierra, esto es, el monarca.

E tal pueblo como este, o la mayor partida del, si usaren diez o veynte años a fazer alguna cosa, como en manera de costumbre, sabiéndolo el señor dela tierra, e non contradiciendo, e teniéndolo por bien, puedenla faser, e debe ser tenuta e guardada, e guardada por costumbre. López. P I, II, 5.

En este caso, la antigüedad de la costumbre es tenida como su fundamento. De aquí la necesidad de delimitar el tiempo que el uso debe cumplir para devenir en costumbre. Esta es una característica especial de la tradición romana, pues como se ha dicho previamente. Para ser tenida en calidad de ley, la costumbre debía ser entendida como una práctica arraigada en un tiempo prolongado.

- **La costumbre frente a la ley**

En *La Primera Partida* también se hace presente la relación conflictiva entre ley y costumbre partiendo de la capacidad abogatoria de la costumbre. En *Partidas*, se establece la aplicación de la costumbre en lugar de la ley cuando:

Es puesta en razón, así como diximos, ca las contiendas que los homes han entre si, de que no fablan las leyes escritas, pueden librar por costumbre que fuese usada sobre las razones sobre que fue la contienda, e aun ha fuerza de ley. López, P I, II, 6.

La ley muestra una ventaja sobre la costumbre pues esta solo puede ser utilizada en aquellos casos en donde las leyes escritas no lograsen aplicar una solución efectiva a las *contiendas que los homes han entre si*. Solo entonces la costumbre obtendría fuerza de ley.

Como observamos en las leyes citadas, es evidente que en la edición de López de *Las Partidas* la costumbre es incorporada como fuente de derecho pero al mismo tiempo se la abstiene y limita mediante la fijación de una serie de condiciones que debía cumplir: temporalidad, ser producto de la voluntad del pueblo que lo lleve a cabo, y estar atada a la razón sin ir en contra de las leyes del rey ni de la naturaleza. Esta operación es aquí considerada partiendo de la adopción de una nueva modalidad discursiva en materia política, pues es en este contexto en el que la *consuetudo* en tanto *jus* es introducida dentro de los límites del derecho con la finalidad de establecer la subsunción de cualquier norma a la voluntad regia. Frente a un contexto de constante conflictividad, se observa como los hechos influyen en la construcción de un sentido acabado para la norma, una construcción cultural en donde la finalidad “política” de aquella empresa se encuentra latente.

A modo de conclusión.

En este trabajo hemos propuesto un estudio alternativo acerca de la costumbre y el lugar que ocupó en la formación del discurso político en la Baja Edad media castellana sobre la soberanía del monarca. En efecto, partiendo de una lectura que entiende a la producción legislativa española como el producto de un lenguaje específico naciente en la Edad Media y potenciado en la Edad Moderna, postulamos que la costumbre en tanto *jus* es en realidad el resultado acabado de una construcción teórica realizada por los juristas medievales.

Así mismo, en las líneas de este trabajo hemos tenido en cuenta los aportes de la escuela de Cambridge en torno a las “ideas” y su interpretación discursiva en el momento de su producción³⁵. Bajo esta idea introducimos a la costumbre dentro de un discurso político sumamente innovador, el de la monarquía castellana en tiempos de Alfonso X, en un contexto de conflictividad política donde se vio necesaria la invención de un concepto sobre sus cimientos romanos. Es aquí donde la conceptualización social de la costumbre ligada al saber-hacer en relación a con una dimensión temporal es desplazada por una nueva nominación del concepto. *Consuetudo*, en el lenguaje político de finales del siglo XIII pasó a “representar” y no ya a “ser” el concepto atribuido a las prácticas regulares. En palabras de Miceli, desde entonces el *ius consuetudinarum* no solo instituiría el nombre sino también las prácticas que desde entonces quedarían nominadas bajo dicho nombre³⁶.

Bibliografía de referencia.

- ❖ ARMIN, W.: “*Los irura propia en Europa en el siglo XIII*”. GLOSAE. Revista de historia del derecho Europeo, 5-6. Instituto del derecho común europeo. Universidad de Murcia. 1993-1994.
- ❖ CONTE, E.: “*La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*”. Universidad Carlos III, Madrid. Edición de Marta Madero. 2016

³⁵ VILLA CAÑAS, J.L.: *Historia de los conceptos y responsabilidad política*. Res publica, 1, 1998, 141-174.

³⁶ MICELI, P.: *El derecho consuetudinario en Castilla*. ... (2003).

- ❖ CUCCHI, S Y MORIN, A.: “*El tratamiento de la costumbre en la Primera Partida de Alfonso el Sabio*”. Anales de Historia Antigua y Medieval, vol. 30, instituto de Historia Antigua y Medieval, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Pp, 107-121.
- ❖ GARCIA Y GARCIA, A.: “*La penetración del derecho clásico en España*”. AHDE, 1996. El estudio de García y García retoma las formas de penetración del derecho romano recuperado en la península ibérica a partir del corpus del derecho canónico, primeramente y su uso en las universidades.
- ❖ GARCIA GALLO, A.: “*Aportación al estudio de los fueros*”. AHDE 26 (1956) Pp, 387-446. N°25.
- ❖ GARCIA GALLO.: “*Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*”, AHDE, 46,1996
- ❖ GOURON, A.: “*Aurore de la coutume, Recueil de Mémoires et Travaux*”. Societé de Historie de Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit, 14, pp 183.
- ❖ GROSSI, P.: “*El orden jurídico medieval*”, Madrid, 1996.
- ❖ KRITSCH, R.:”*La formulación de la teoría hierocrática del poder y los fundamentos de la soberanía*”, Res publica, 18, pp. 7-26.
- ❖ MARTIN,G.:”*Compilation (cinq procédures fondamentales)*”, Annalex des Cahiers de linguistique hispanique médiévale, volumen 11, Histories de l’Espagne médiévale(historiographie, geste, romancero), pp. 107-121.
- ❖ MacDONALD,R .: “*Law and Politics: Alfonso’s Program of Political Reform*”. Burns, Robert (ed.) the Worlds of Alfonso the Learned and James the Conqueror, Nueva Jersey: Princeton University Press. 1985.
- ❖ MICELI, P.: “*El derecho consuetudinario en Castilla*”. Una crítica a la matriz romántica de las interpretaciones sobre la costumbre. HISPANIA, XLIII/1, n° 213 (2003).
- ❖ _____: “*Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León*”. Siglos XI-XIV. Madrid. Dykinson. 2012
- ❖ _____: “*La costumbre como ius non scriptum*”. Estudios de derecho y teología en la Edad Media. Ed. Alejandro Morín. SAEMED. 2012.

- ❖ PANATERI, D.: “*Uso, costumbre y fuero en relación al discurso medieval de la soberanía. Alfonso X El sabio y la glosa de Gregorio López*”. Temas medievales. Buenos Aires; 2012. Vol. 20. Pp, 147-197.
- ❖ PEREZ, M.: “*La obra legislativa Alfonsina y el puesto que en ella ocupan las Siete Partidas*”, Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo, 3.
- ❖ RODRIGUEZ VELAZCO, J.: “*La producción al margen*”. La crónica, 39, 1, pp 249-272.
- ❖ _____: “*Plebeyos márgenes. Ficción, industria del derecho y ciencia literaria (siglos XIII-XIV)*”. Salamanca. Publicaciones de SEMYR
- ❖ _____: “*La urgente presencia de las Siete Partidas*”, La Crónica, 2010. 38.2, pp 97—134.
- ❖ SCHMITT, C.: “*El concepto de lo político*”. E.D Alianza. Madrid, 2009.
- ❖ VILLA CAÑAS, J.L.: “*Historia de los conceptos y responsabilidad política*”. Res publica, 1, 1998, 141-174.

Fuentes.

Las Siete Partidas del rey don Alfonso nono. Nuevamente glosado por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad. Salamanca, 1555. [Edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974].