

XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 2007.

El derecho consuetudinario en la Edad Media: entre práctica y norma. Un abordaje historiográfico.

Miceli, Paola (UNGS / UNICEN).

Cita:

Miceli, Paola (UNGS / UNICEN). (2007). *El derecho consuetudinario en la Edad Media: entre práctica y norma. Un abordaje historiográfico. XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-108/811>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

XI° JORNADAS INTERESCUELAS/ DEPARTAMENTOS DE HISTORIA
Tucumán, 19 al 22 de Septiembre de 2007

Título: “El derecho consuetudinario en la Edad Media: entre práctica y norma. Un abordaje historiográfico”.

Mesa Temática Abierta N°87: *El Mundo Medieval hoy o cómo interpretar la Edad Media en el siglo XXI: enfoques, temas y propuestas.*

Universidad, Facultad y Dependencia: UNGS-Instituto de Ciencias; UNICEN-Facultad de Ciencias Humanas

Autora: **Paola Miceli**

Cargo Docente: Jefe de Trabajos Prácticos

Dirección, teléfono, fax y dirección de correo electrónico: Rojas 240 PB “E”, Capital Federal. (011) 4433-2863. paolamiceli@fullzero.com.ar

Abocarse al estudio del derecho consuetudinario en la Edad Media española encarna una serie de dificultades, algunas compartidas por todos aquellos que encaramos la audaz tarea de hacer historia medieval desde la Argentina, otras más específicas, que tienen que ver con la gran variedad de prejuicios que sobre la cuestión de la costumbre se ha montado: son comunes las referencias a la costumbre como expresión del espíritu popular, como segunda naturaleza del hombre, como reflejo de las eráticas vivas de una comunidad, por ejemplo. Como dice el historiador del derecho Iglesia Ferreirós, existen muchos “falsos amigos”, uno de los más tramposos es el término costumbre¹: ahora mismo yo enuncio “costumbre” y todos creemos que no es necesario aclarar su significado. Se trata de un término de nuestro lenguaje cotidiano y eso genera demasiados equívocos. Sin embargo, esa afinidad inicial se esfuma cuando iniciamos una investigación de tipo historiográfico y constatamos la cantidad de prejuicios que subyacen en las definiciones de la costumbre; y se desvanece aún más cuando nos adentramos en el análisis de los documentos, y comprobamos que *consuetudo* es un concepto claramente jurídico. Intentaremos en esta exposición realizar un recorrido sobre las distintas formas de abordaje del derecho consuetudinario, para revisarlas y proponer otra

¹ A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actas del V Simposio Internacional*, Barcelona, 1996, p. 185.

forma de tratamiento del tema, basada, para el bienestar del debate historiográfico, en nuevos prejuicios que otros se encargaran de descubrir.

Para organizar mejor este recorrido historiográfico distinguiremos dos grandes grupos de investigaciones a la hora de pensar el derecho consuetudinario. Por un lado, un conjunto de trabajos que sistematizaremos bajo el calificativo de miradas románticas; por otro, las investigaciones que expondremos bajo el título “Costumbre como *ius*”.

Las interpretaciones

El romanticismo *iusnaturalista*

Una tradicional forma de abordar el problema del derecho consuetudinario, que pervive aún hoy en importantes historiadores del derecho, es la que lo encara desde una perspectiva *iusnaturalista*. Una poética frase de uno de los más prestigiosos historiadores del *ius commune*, Paolo Grossi, sintetiza ajustadamente esta posición:

“La costumbre es, de hecho, la “más objetiva” de las fuentes; nace desde abajo y es la voz misma de las cosas (...) los operarios protomedievales identificaban y evaluaban un mensaje escrito en las cosas, que parecía emerger de la misma naturaleza (...) La costumbre se presentaba y a floraba con precisión ante su atenta sensibilidad, como *altera natura*”².

Analicemos en detalle esta idea para ir viendo los supuestos que han intervenido en su elaboración. En primer lugar, el autor señala que en el periodo altomedieval (protomedieval lo llama él) el derecho, que es por naturaleza consuetudinario, está inscripto en las cosas mismas, es la voz de lo “real”. Si el derecho tiene su sede en lo real se evidenciaría en este período cierta indistinción entre hecho y derecho, la esfera de lo jurídico y de lo factual se funden en una sola en tanto el hecho mismo posee una carga lo suficientemente vital como para proponerse como hecho normativo³. Este hecho normativo primigenio no es otro que la costumbre encarnada en las cosas y en los hechos, algo así como lo jurídico pero en estado de naturaleza. En tanto ligada a la naturaleza, la costumbre aparece como fundamento primero, materia prima pura sobre la que se montan externamente las transformaciones socioculturales. Es

² P. Grossi, *El orden jurídico medieval*, Madrid, 1996, p. 90.

³ Ver A. Boureau, “Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit medieval”, *Annales HSS*, noviembre-diciembre, n° 6, 2002, pp 1463-1488.

por lo tanto obvio, a partir de este razonamiento, que la costumbre se encuentre en una dimensión distinta, y hasta opuesta quizás, a la ley que participa no del orden de lo ya dado sino de lo creado.

Es posible advertir una doble vertiente de influencias en este razonamiento, por un lado, la herencia del romanticismo nacionalista del siglo XIX; por otro lado, el influjo de ciertas concepciones antropológicas acerca de las sociedades sin derecho escrito.

Afinar el origen de las reglas en la naturaleza de las cosas, en el pueblo o en la tierra, implica una profunda filiación con las ideas que caracterizaron al romanticismo nacionalista alemán del siglo XIX en cuyo seno se forjó el concepto de *espíritu del pueblo* para dar cuenta de las señas de identidad no políticas de una comunidad o nación. En 1803 en medio de este clima intelectual Savigny fundaba la escuela histórica alemana que aplicaría este nuevo concepto a la historia del derecho. Para el jurista decimonónico durante la “juventud de los pueblos” el derecho no nacía de disposiciones expresas del poder estatal, sino de la conciencia común del pueblo: todo Derecho era originado primeramente por la costumbre y por las creencias del pueblo y, por tanto, en virtud de fuerzas internas, que actuaban calladamente, y no a causa del arbitrio de un legislador⁴. De esta manera el derecho consuetudinario expresaba el espíritu de un pueblo y era lugar donde había que indagar para conocer la identidad plena de una nación.

En el mundo peninsular uno de los más comprometidos exponentes de este pensamiento fue el jurisconsulto, político e historiador Joaquín Costa que atacó en el inicio del siglo XX la elaboración del Código Civil español por ahogar el derecho consuetudinario de las provincias y de los pueblos, reservorio auténtico de un derecho popular nacional.⁵ Esta concepción que asocia la costumbre a la naturaleza prístina de un pueblo es la que encontramos operando en trabajos como el de Grossi y muy frecuentemente en ciertos historiadores del derecho español considerados institucionalistas⁶. Dice Perez-Prendez, fiel representante de esta postura, «Este ordenamiento jurídico [el derecho consuetudinario

⁴ F. C. V, Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de J. Díaz, Aguilar, Madrid, 1970, Ver para esta cuestión específicamente páginas de 53 a 58.

⁵ J. Costa, *Derecho Consuetudinario y economía popular de España*, Tomo I y II, Zaragoza, 1981. En el primer tomo puede verse con claridad la concepción de Costa sobre el derecho consuetudinario expuesta de forma teórica en la introducción y puesta en práctica en su estudio sobre el Alto Aragón. El tomo II recoge no sólo trabajos de Costa sino también un conjunto de estudios con la misma tónica llevados adelante por Rafael Altamira, Miguel Unamuno, Victorino Santamaría entre los más significativos. Los artículos que se compilan en este segundo volumen aparecieron por primera vez publicados como tirada aparte de la *Revista general de legislación y jurisprudencia* en la sección especial de Derecho Consuetudinario entre los años 1896 y 1898.

⁶ Hacemos referencia a autores como Alfonso García Gallo, Enrique Gacto Fernández, García de Valdeavellano, Galo Sánchez fundamentales en la historiografía hispánica sobre la cuestión.

castellano] del cual la comunidad es vivo testimonio, se fue fraguando muy lentamente en la práctica diaria y se transmitió de modo lento a través del paso de las sucesivas generaciones hasta que un día por las circunstancias que fuesen se hizo necesario exponerlo a los rectores de la comunidad y dejar constancia por escrito de esa manifestación. La fuerza viva del grupo fue dando forma, de padres a hijos, plasmando en sus memorias el criterio jurídico de la masa popular»⁷. No cabe duda que esta concepción que asocia derecho consuetudinario a cultura popular tiene una activa filiación con las interpretaciones “populistas” del derecho consuetudinario nacidas a principios del siglo XIX de las que acabamos de hablar, pero es posible ver también la influencia de ciertos trabajos de matriz antropológica en donde se sostiene muy fuertemente la idea de que costumbre, tradición y cultura popular son sinónimos⁸. Este pensamiento se observa con fuerza en la obra de Thompson *Costumbres en común*: para el autor la costumbre es el conjunto de creencias, normas sociales de transmisión oral y usos que se hacen valer en la práctica, a la que recurren los que no pueden acceder a una educación sistemática, se trata del “campo más significativo para el sustento de los pobres y los marginados de una comunidad aldeana”⁹. En definitiva la costumbre se piensa como saber propio del pueblo en oposición al saber transmitido por mecanismos elitistas. 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”¹⁰. Moraleja: una vuelta a la conciencia consuetudinaria habilitaría la posibilidad de un reencuentro con nuestra verdadera naturaleza humana. Es sorprendente en este punto cómo, a pesar de las diferencias históricas e epistemológicas, se tocan la visión de Thompson, la de Grossi, la de Perez-Prendes y la de Joaquín Costa. Los tres se recuestan sobre el seductor hombre del romanticismo.

La antropología aporta además otro elemento para pensar el derecho en el marco de esta mirada iusnaturalista: la posibilidad de interpretar la sociedad altomedieval bajo el esquema de las sociedades primitivas. Se percibe esto con mucha nitidez en el texto de Grossi ya citado en donde se analiza la creación del derecho en la Alta Edad Media como parte de la dinámica característica de las “mentalidades primitivas” en donde no existen fronteras entre la

⁷ J.M. Perez-Prendes, *Curso de historia del derecho español*, Madrid, 1989, p. 509.

⁸ Para una crítica en profundidad de las concepciones populistas sobre la cultura popular Ver C. Grignon y J.-C. Passeron, *Lo culto y lo popular. Miserabilismo y populismo en sociología y literatura*, Madrid, 1992.

⁹ E.P. Thompson, *Costumbres en común*, Barcelona, 1995, p. 120.

¹⁰ *Ibid.*, p. 28.

conciencia y el fenómeno, en donde se mezcla el sujeto con el objeto. Es notable que en esta parte del texto se citen como referentes los trabajos de Lévy-Bruhl¹¹.

Para cerrar la reseña crítica de esta mirada, nos queda por señalar uno de los tópicos más clásicos en la historiografía sobre el derecho consuetudinario que es la relación que se ha trazado entre este y el derecho germánico. Para el ámbito peninsular se plantea que luego de la caída de la monarquía visigoda emergió la costumbre deudora de un derecho antiguo de raíz popular, el derecho germánico que ya se encontraba latente bajo el dominio de la *Lex Visigothorum* y que le oponía cierta resistencia. Se construye a partir de este argumento la idea de que ha existido una confrontación entre derecho germánico y derecho romano y por ende entre costumbre y ley¹². La primera aparece ligada a las prácticas populares, la segunda a las de la elite. Son hartas sabidas las críticas que esta tesis ha recibido –de ninguna manera voy aburrirlos con tan soporíferas descripciones- pero a pesar de ellas el tandem derecho popular-derecho consuetudinario-derecho germánico sigue presente en muchos de los análisis actuales sobre el tema. En la medida en que se siga considerando al derecho consuetudinario como derecho nacido del pueblo estas asociaciones seguirán presentes en los trabajos sobre el tema.

La costumbre como *ius*

Otro grupo de historiadores que reunimos bajo este arbitrario título se preocupan por abordar la cuestión de la costumbre desde la perspectiva estrictamente jurídica; el énfasis está puesto en la construcción de la costumbre como fuente del derecho. La hipótesis central en estos trabajos es que 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 jurídicas 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 creación del derecho consuetudinario.

¹¹ Ver el apartado 8: “En particular, el Primitivismo Medieval” que se despliega entre las páginas 84 y 88.

¹² Un claro exponente de esta tesis es el historiador García Gallo quien plantea por ejemplo que “en todas partes, el pueblo se resistió a la recepción del derecho común y al empeño de los juristas de aplicarlo en toda ocasión”. Cf. “Aportación al estudio de los fueros”, *AHDE*, 26, 1956, pp. 387-446, p. 408.

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 vinculado a la recepción justiniana: la reificación de la regla jurídica como instrumento privilegiado de mediación en las relaciones sociales¹³.

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 Provenzal¹⁴. 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 norte de España y a Cataluña en forma temprana¹⁵. En concordancia con esta idea hace algunos años encaré una investigación cuyo objetivo era mostrar que en los fueros de León y de Castilla el uso del término *consuetudo* como derecho de una comunidad de habitantes no existía hasta el siglo XII luego de la elaboración docta del concepto *ius consuetudinarium*¹⁶. Las menciones anteriores remitían, según este trabajo, en el caso leonés,

¹³ J. Poumarède, “La coutume en pays de droit écrit”, *Recueil de la Société Jean Bodin*, 52, 1990, pp. 233-250, en p. 237.

¹⁴ 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 XIIIe et XIIIe siècles*, Norfolk, 1993.

¹⁵ Estos primeros glosadores no tenían el texto para glosar razón por la cual lo hacían de memoria. Su glosa era “nómada”, si es válida dicha expresión, porque se trasladaban de un lugar a otro. Este tipo de escuela dejó de existir alrededor del siglo XII.

¹⁶ Fue el problema central de mi Tesis de licenciatura (*La consuetudo en los Fueros de Castilla y León. La costumbre como construcción del discurso jurídico. Siglos XI-XIII*). Una parte de este trabajo fue publicado en la *Revista Hispania. Revista Española de Historia*, Vol. LXIII/1, N° 213 (enero-abril), Madrid, pp. 9-27 bajo el título “El derecho consuetudinario en Castilla. Una crítica a la matriz antropológica de las interpretaciones sobre la costumbre”.

a obligaciones banales; en Castilla a prácticas recurrentes sin valor jurídico¹⁷. En definitiva, lo que esta constatación quería demostrar era la importancia del derecho romano y del trabajo de los romanistas y canonistas para la existencia del derecho consuetudinario.

La recuperación del derecho romano y su aplicación al mundo medieval implicó una necesaria redefinición de la costumbre. El término aparecía en el *Corpus Iuris* sin embargo, hasta el fin de la época clásica los juristas romanos no habían considerado a la costumbre como fuente del derecho. Es más cuando los jurisconsultos de la talla de Gayo o Papiano utilizaban el término *consuetudo* lo hacían para oponerlo al de *jus*. De hecho, la expresión *ius consuetudinarium* o *lex consuetudinaria* no existía en el *corpus* del derecho romano¹⁸, fue creada por los glosadores en el momento en que elaboraron la teoría de la costumbre¹⁹. Esta presencia de la *consuetudo* en el cuerpo del derecho romano se mostraba a los ojos de los juristas medievales como un concepto equívoco. En primer lugar, el criterio temporal era impreciso: no se establecía la cantidad de años necesarios para que una costumbre fuera *inveterata*, *vetusta*, etc²⁰. En segundo lugar, la causa de la costumbre remitía a la difusa categoría de la *consensus omnium*²¹. En tercer lugar, la relación entre *consuetudo* y *lex*,

¹⁷ Antes del siglo XII la diferencia entre Castilla y León es notable. 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, en función de la pervivencia en León de elementos del derecho romano a través de la ley visigoda. Esto no debe llevarnos a suponer que en esta región la temprana presencia de la voz *consuetudo* hacía referencia al 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. Para una análisis en profundidad de esta diferencia ver P. Miceli, *op. cit.* (n. 16)

¹⁸ F. Roumy, “*Lex consuetudinaria, Jus consuetudinarium*. Recherche sur la naissance du concept de droit coutumier aux XI^e et XII^e siècles” en *Revue Historique des droit française et étranger*, 79 (3), 2001, pp. 257-291; Gouron, A. “Aurore de la coutume”, *op. cit.* (n. 14); *idem*, “Sur les origines de l’expression «Droit Coutumier»”, *op. cit.* (n. 14).

¹⁹ A. Gouron, “Sur les origines de l’expression «Droit Coutumier»”, *op. cit.* (n. 14), p. 179.

²⁰ Constantes son en derecho romano las referencias a la temporalidad de la costumbre. Gaudemet muestra que tanto en las obras de los jurisconsultos como en las constituciones imperiales la costumbre no se justifica más que por su ancianidad siendo el *consensus omnium* un elemento secundario para su existencia. Sin embargo, en el corpus justiniano no era posible hallar referencias a cuánto tiempo hacía a una costumbre *antiqua* o *vetusta*. La ambigüedad que proponían estos términos y las lagunas que dejaban en torno a la fijación estricta de la temporalidad incomodaba profundamente a los juristas medievales ávidos de engrillar, clasificar, homogeneizar lo heterogéneo. Sobre la cuestión de la temporalidad como criterio legitimador de la costumbre ene. Derecho romano ver el clásico trabajo de J. Gaudemet, “Coutume et raison en droit romain”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, Tomo 17, 1938, pp. 141-170, 147, en relación con la operaciones de los glosadores sobre la temporalidad ver L. Mayali, “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge” en *RSJB* 52 (1990) pp. 11-31 (número especial sobre *La coutume*).

²¹ Los juristas medievales al operar sobre la costumbre romana metamorfosearon la categoría de *consensus omnium* en la de *voluntas populi* con notables consecuencias para la historia del derecho occidental, ver E. Cortesse *La norma giuridica*, Varese, t. II, 1996, también Mayali, *op. cit.*

esencial para la estructuración del orden jurídico medieval, era contradictoria en el interior del *Corpus Iuris*²². Por último, la costumbre parecía hacer un desconcertante equilibrio entre *factum e ius*.

Frente a estas incertidumbres los juristas construyeron la categoría de *ius consuetudinarium*, concepto que no existía en el *Corpus* recuperado, 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 romano. Así pues, fueron los juristas medievales quienes enfrentados a estas dificultades elaboraron la teoría de la costumbre²³.

Como ya señalamos, según esta línea, hubo en un primer momento adecuación entre ley y costumbre; la confrontación se presentó con posterioridad cuando los juristas medievales comenzaron a operar con el término costumbre heredado del derecho romano y cuando 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 príncipe²⁴.

No se trata entonces para esta interpretación 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. En síntesis, para este grupo de investigadores, el derecho consuetudinario no nace como reflejo de una realidad consuetudinaria de herencia germánica,

²² En un pasaje del jurista clásico Iulianus (*Digesto*, 1, 3, 32, 1) se decía “*inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur... leges tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*”, esto habilitaba la posibilidad de admitir que la ley podía ser abrogada por *tacito consensu omnium per desuetudinem*, y por otro lado, en una constitución de Constantino 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 los juristas medievales 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. Esta interpretación fue rápidamente criticada por el resto de los glosadores. Con posterioridad se consideró que el pasaje del *Digesto* 1, 3, 32, no correspondía a Julianus sino que era una adición posterior. J.A.C. Thomas, “Custom and Roman law”, *Revue d’Histoire du Droit*, 31, 1963, pp. 39-53, E. Cortesse, *op. cit.* (n. 20).

²³ L. Mayali, *op. cit.* (n. 20).

²⁴ 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 en A. Gouron y A. Rigaudière, eds., *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l’État*, Montpellier, 1988, pp. 117-130 y 155-164, respectivamente.

sino que es el resultado de un arduo trabajo de los doctores del derecho 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. Podríamos plantear, siguiendo esta línea, que no hay nada de popular ni de natural en el derecho consuetudinario. No nace del espíritu del pueblo, sino que es resultado de las operaciones doctas sobre el corpus del derecho romano recuperado; no es popular porque cuando los juristas medievales hablaban de pueblo no se referían a lo popular sino a *maior pars* esto es al pueblo como *universitas*; no refleja una naturaleza arraigada en las cosas, los hombres o la tierra, por el contrario es un artificio que impone las reglas para que una práctica devenga costumbre. En las *Partidas* se ven claramente esas condiciones que tienen como fuente tanto a los romanistas como al derecho canónico: se dice, en primer lugar, que debe tratarse de un uso que persista por un lapso de tiempo de diez o veinte años; en segundo lugar, debe ser llevada adelante por el pueblo o una parte de él; en tercer lugar, debe ser confirmada por la jurisprudencia («*Si en estos tiempos fueron dados dos juicios por ella*»); en cuarto lugar, la costumbre debe ser con razón y no contra el derecho natural o contra el de la tierra; por último, un requisito que añade particularmente el código alfonsino, debe existir el consentimiento del señor de la tierra²⁵. En definitiva, y a esto queríamos llegar, en el siglo XIII se fijan, tomando como referencia las glosas y comentarios al *Corpus Iuris*, los criterios de existencia de la costumbre. Es el momento, por lo tanto, en que se instituye la regla jurídica que crea a la costumbre como derecho. No hay nada de natural y popular en la costumbre en tanto sus pautas han sido fijadas arbitrariamente desde un discurso doctrinal.

Expuestos ya los dos grupos de trabajos que nos interesaba reseñar podemos hacer el esfuerzo por reducirlos al par (costumbre como práctica-costumbre como norma) señalado en el título. Como sospecharan la tarea no es muy esforzada ya que las posiciones encajan bastante bien en uno o en otro lado del binomio. En las miradas del romanticismo iusnaturalista no cabe duda que el derecho consuetudinario queda asociado a la práctica, allí tiene su origen y es el jurista quien mediante su saber y sus herramientas la pule para

²⁵ G. Sánchez de la Vega: «Costumbre a partir de las Partidas» en *RSJB* 52 (1990) pp. 151-169/ 155-156. 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)rella 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 reçibiase 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)tradedzir».

traducirla al lenguaje culto; pero en principio ella era ya norma en el estado rústico del hacer. En la interpretación que señalamos en segundo lugar el derecho consuetudinario es pensado desde la norma, esto significa considerarlo como un producto interior al discurso jurídico que una vez construido opera en la práctica. En definitiva, esta confrontación repone un problema que atravesó a los juristas medievales y también a los del siglo XIX: la costumbre entre *factum e ius*.

Un fallido intento de reconciliación y una propuesta

Ahora bien, si le quitamos el halo romántico a las interpretaciones que ligan al derecho consuetudinario con la práctica ¿podríamos proponer una suerte de conciliación de ambas posturas en donde la primera concepción (costumbre-práctica) fuera apropiada para la Alta Edad Media, y la concepción normativista para el período posterior a la recepción y a la elaboración del *ius commune*? Varias problemas se presentan a la hora de poner a operar esta conciliación

1. Estaríamos nominando bajo un mismo concepto dos objetos o fenómenos diferentes. Una cosa es la costumbre como ha sido descrita desde la antropología y la etnología, definida en un registro diferente al jurídico; otra bien distinta es el objeto costumbre como fuente del derecho. Esta confusión recorre permanentemente los trabajos sobre el tema, en parte porque como señalábamos al inicio de la exposición, la costumbre es un concepto del lenguaje coloquial y eso hace que se pierda de vista con frecuencia que se trata también de un concepto de naturaleza jurídica. Tal vez más que un problema conceptual se trataría de un abuso del lenguaje al considerar derecho consuetudinario a toda reiteración o práctica social recurrente.
2. Proponer esta adecuación puede implicar una recaída en el romanticismo iusnaturalista (que nos tienta permanentemente). No es ajeno a los historiadores que encuadramos en esta línea plantear la existencia de dos momentos evolutivos en torno del problema de la costumbre: la Alta Edad Media caracterizada por ser el primado de la costumbre como experiencia que nace desde abajo, del pueblo y de los sectores rurales; la baja Edad

Media en donde este derecho en estado práctico es elevado a la categoría de derecho. Otra vez Grossi es un buen ejemplo para ver esta continuidad: “la ciencia jurídica, en lugar de burlarse de ellas (las costumbres) les otorga su propio aval, les franquea la tapadera de plomo de la ley vieja y envejecida, las recupera para sus esquemas universales. Singular dialéctica entre lo universal y lo particular, y también singular simbiosis entre los usos, que se arrastran por la tierra y están llenos de tierra, y una ciencia que es iluminación desde lo alto”²⁶. 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 puesto que esta construcción “sapiencial” apelada derecho consuetudinario refleja lo que sucede en el plano de lo real, de las “cosas”. No se trataría de dos momentos separados por la novedad y la aparición histórica de un nuevo concepto, el de *ius consuetudinarium*, sino de una evolución en la que el derecho docto es reflejo elaborado de un derecho rústico preexistente.

3. Distinguir dos momentos históricos para la costumbre, un primero en donde se encontraría arraigada a lo factual y un segundo predominantemente doctrinario, conlleva otro riesgo, tal vez opuesto a la recaída romántica, que es el de quedar atrapado es el esquema tradicional de la historia del derecho que enfrentaba a la Alta y Baja Edad Media. A la primera correspondería un derecho de matriz germánico, popular, consuetudinario y privado y a la Baja Edad Media un derecho claramente romano, culto, legal y público. Pensar en dos momentos de la costumbre iría bastante bien con esta lógica de oposición binaria. Se trataría en definitiva de agregar un elemento más (costumbre como práctica/costumbre como *ius*) en esta serie preestablecida cuyos supuestos históricos y epistemológicos han sido muy criticados en los últimos trabajos abocados al estudio del derecho en la Edad Media.
4. Por último, proponer estos dos momentos, implicaría desconocer un dato histórico fundamental: que la dimensión antropológica de la costumbre fue instituida por los propios juristas medievales cuando al elaborar la doctrina

²⁶ Grossi, P., *op. cit.* (n. 2) , p. 192.

de la costumbre discutieron en torno del uso y de la voluntad popular como causa de la costumbre. Pierre de Belleperche, jurista de la escuela de Orleans, planteó después de varios siglos de discusión que el “*usus non est causa consuetudinis, sed tacita voluntas populi*”. El uso no era más que la expresión material de la voluntad popular que daba origen a la costumbre. Las tesis iusnaturalistas tomaron esto como evidencia que validaba la hipótesis de la costumbre naciendo de las prácticas populares cuando en realidad los civilistas a través del concepto de *voluntas populi* no hacían referencia a un momento histórico de la costumbre previo a su formulación sino al procedimiento jurídico por el cual se instituía como derecho. La voluntad del pueblo no era sinónimo de voluntad popular ni de nada parecido. La *voluntas*, por un lado, hacía referencia a un acto conciente y reflexivo de un grupo cualificado, por lo tanto ni los locos, ni los menores, ni las mujeres, ni ciertos *rustici* podían dar origen a una costumbre; *populus*, por otro, remitía a la corporación capaz de producir este derecho, en términos medievales a la *universitas*.²⁷

Después de estas cuatro objeciones no hay mucho margen para seguir sosteniendo la tesis de las dos “edades” del derecho consuetudinario. Parece más bien que le hemos atribuido carácter histórico a dos etapas que en el interior de los discursos de los civilistas y canonistas eran dos momentos lógicos en la elaboración del derecho consuetudinario.

Ahora bien, si dejamos de lado esta forma de abordaje de la costumbre ¿qué podemos proponer como alternativa? Diremos que efectivamente han existido diferentes definiciones históricas de la *consuetudo* pero que desde la perspectiva de la historia del derecho cada una debe ser estudiada no en relación a un universo extrajurídico sino en el marco de las tradiciones jurídicas a las que pertenecen: la *consuetudo* en el *Corpus Iuris*, la costumbre en la legislación de los reinos romano-germánicos, en los fueros y cartas pueblas altomedievales, la costumbre en los romanistas, etc. En este marco hemos encarado hace unos años el estudio del derecho consuetudinario en Castilla y León entre los siglos XI y XIV. Una primera parte de la investigación estuvo abocada al análisis de la *consuetudo* en fueros y cartas pueblas redactados entre los siglos XI y XII en donde pudimos mostrar la influencia romana en el uso de términos como *usus*, *mos* y *consuetudo*, la inexistencia de costumbre como fuente de

²⁷ L. Mayali, “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge” *op. cit.* (n. 20), p. 21.

derecho²⁸, el carácter de imposición de la costumbre y su papel clave en el proceso de formación de las comunidades de habitantes²⁹. En esta etapa de la investigación la tarea se ha orientado a dilucidar cómo circulan en el ámbito de la práctica las elaboraciones doctas del derecho consuetudinario. ¡Cuidado! no nos referimos a una práctica por fuera de lo jurídico que tradicionalmente llamaríamos, no sin caer en innumerables equívocos, la realidad extradiscursiva, sino a otro ámbito propio del derecho que es la práctica jurídica. En esta clave nos hemos puesto a trabajar sobre conflictos para ver cómo operan en este ámbito las elaboraciones doctas del derecho consuetudinario³⁰. La utilización del tiempo, la memoria, la razón y el consentimiento (elementos definatorios del derecho consuetudinario), como argumentos esgrimidos en los tribunales judiciales a la hora de validar un uso, probar un derecho etc., más que como testimonio de la ancestralidad de ciertas prácticas de la comunidad que por su reiteración generan naturalmente derecho, son interpretados como prueba del papel rector de la elaboraciones doctas a la hora de pensar las relaciones sociales.

²⁸ P. Miceli, “El derecho consuetudinario en Castilla...”, *op. cit.*

²⁹ *Idem*, “Según la costumbre de la tierra. La institución de la memoria como mecanismo de delimitación espacial en los fueros leoneses”, en J. Gallego y P. Miceli (eds.), *Habitar, producir, pensar el espacio rural. De la Antigüedad al Mundo Moderno*, Buenos Aires, Editorial Miño y Dávila, a aparecer en 2008.

³⁰ *Idem*, “Memoria comunal y práctica judicial: un conflicto castellano del siglo XIII”, en E. Dell’Elicine, P. Miceli y A. Morin (eds.), *De Iure. Lecturas nuevas sobre Derecho Medieval*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, en prensa.