



FILO:UBA
Facultad de Filosofía y Letras
Universidad de Buenos Aires

A

El tratamiento de la costumbre en la primera partida de Alfonso el sabio

Autor:
Cucchi, Silvina y Morin, Alejandro

Revista
ANALES DE HISTORIA ANTIGUA, MEDIEVAL Y MODERNA

1997, 30 - 107-121



Artículo



FILO:UBA
Facultad de Filosofía y Letras

FILODIGITAL
Repositorio Institucional de la Facultad
de Filosofía y Letras, UBA

EL TRATAMIENTO DE LA COSTUMBRE EN LA PRIMERA PARTIDA DE ALFONSO EL SABIO

por

Silvina Cucchi - Alejandro Morin

Universidad de Buenos Aires

En los últimos años, se ha producido una revalorización del derecho como objeto de la historiografía, fruto de la articulación de nuevas miradas con temas ya tradicionales. En esta línea, los estudios sobre lógica práctica y derecho han generado un particular interés en las diferentes formas de la normatividad y, en especial, en la costumbre, fuente privilegiada del derecho durante la Edad Media. El interés por la costumbre se ha manifestado en los últimos años a través de una abundante bibliografía que se ocupa del tema tanto desde una perspectiva centrada en la historia del derecho -en sus características específicas y su relación con otras formas jurídicas- como desde la filosofía del derecho -que se plantea en términos teóricos la transformación de los hechos en derecho y la cuestión de sus fundamentos y validez- e incluso desde un ángulo antropológico que, excediendo el plano de la normatividad, analiza la costumbre en tanto modo general de reflexión y comportamiento¹.

Este trabajo pretende una aproximación al tema de la costumbre tomando como *corpus* el derecho alfonsino. La vía de acceso elegida consiste en el rastreo y análisis de los sentidos que cobra el término "costumbre" en distintos contextos de aparición en las obras legislativas de Alfonso el Sabio, centrándonos particularmente en la *Primera Partida*.

* Este artículo se basa en una ponencia presentada en las V Jornadas Inter Escuelas/ Departamentos de Historia y I Jornadas Rioplatenses Universitarias de Historia, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República, Montevideo, septiembre 1995, y elaborada bajo la dirección de la Dra. Marta Madero.

¹ Como ejemplos de esta producción bibliográfica sobre la costumbre podemos recordar los trabajos reunidos en el coloquio *La coutume: recueil de la Société Jean Bodin*, Bruselas 1990, como también los artículos publicados por la revista *Droits, Revue française de théorie juridique*, Nro.3, París 1986. Entre los autores más relevantes, D.Kelley, A.Gouron, Giordanengo, L.Assier-Andrieux, etc.

En este sentido, se observan especialmente las variantes en el tratamiento del tema que presentan las diferentes versiones del texto de la *Primera Partida*. Como se sabe, la considerable diversidad que presenta la tradición manuscrita de la *Primera Partida* ha planteado más un problema a filólogos e historiadores. Ante todo, cabe señalar, además del problema que implica la ausencia de una edición crítica moderna de las *Siete Partidas*, que ninguna de las tres ediciones impresas de la obra (las de Díaz de Montalvo de 1491, Gregorio López de 1555 y la Real Academia de la Historia de 1807²) es confiable para un estudio serio de las diferentes redacciones de la *Primera Partida*. Por un lado, estas ediciones fueron elaboradas antes de que cristalizaran los modernos criterios de rigor filológico (razón por la cual, por ejemplo, ni Montalvo ni López dan cuenta de los manuscritos que utilizaron para sus respectivas ediciones). Por otro lado, las ediciones manifiestan casos claros de contaminación textual (aún en la versión de la Academia, que se presentaba a sí misma como la más escrupulosamente auténtica del texto) y ello parece responder al hecho de que las *Partidas* no son vistas en absoluto por los editores como un texto antiguo a recuperar fielmente, sino como un texto legal vigente cuya coherencia interna y frente a la tradición jurídica y judicial del país debía mantenerse por encima de cualquier remilgo de anticuario. Es así que los editores, frente a los diversos manuscritos, en lugar de ceñirse a un tipo y señalar diferencias, optaron por elaborar una sumatoria de los elementos de una y otra versión, configurando ediciones difícilmente reconocibles como tal o cual redacción manuscrita³.

Respecto de la *Primera Partida* en particular, existe sólo una edición moderna y es la que llevó a cabo J.A. Arias Bonet en 1975. Se trata de la edición del Ms. Add. 20787 del British Museum, considerado por algunos estudiosos como la primera redacción del texto⁴. La cuestión de la datación de la obra va unida a la discusión acerca del número de redacciones. Así, García Gallo señala cuatro versiones (1256/60, 1290, 1290/95 y 1300). Arias Bonet, por su parte, considera que las diferencias no se deben a una reescritura continua de la obra sino que, negando una evolución cronológica,

² Hemos trabajado con las siguientes ediciones: A. DIAZ DE MONTALVO, *Siete Partidas*, en ADMYTE, volumen 1, Archivo Digital de Manuscritos y Textos Españoles, Madrid, Biblioteca Nacional / Micronet, 1992 (transcripción y facsímil de edición sevillana de 1491). GREGORIO LOPEZ, *Las Siete Partidas*, Salamanca, Andrea de Portonaris (ed.), 1555 (reproducción anastástica de la editorial Boletín del Oficial del Estado, 1984). 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.

³ Sobre problemas de crítica textual, cfr. los siguientes textos: CRADDOCK J., "La cronología de las obras legislativas de Alfonso X, el Sabio", AHDE, 51 (1981); PEREZ MARTIN A., "La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las *Siete Partidas*", *Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo*, 3 (1992), Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia; GARCIA GALLO A., "Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X", AHDE, 46 (1976), "El Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio. Del *Espéculo* a las *Partidas*", AHDE, 46 (1976) y "La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis", AHDE, 54 (1984); IGLESIA FERREIROS A., "*Fuero Real* y *Espéculo*", AHDE, 52 (1982).

⁴ *Primera Partida* (Manuscrito Add. 20787 del British Museum), Universidad de Valladolid, 1975.

plantea la existencia simultánea de dos tipos de versiones, uno de tendencia legalista relacionada con el *Espéculo* (como la que él edita), y otro de cariz sapiencial vinculado con el *Setenario*, hallable en general en las diferentes versiones impresas⁵. J. Craddock, por otro lado, reconoce estas dos variantes generales de redacción, mas insiste en la evolución cronológica, señalando tres fechas de redacción (1265, 1272/75 y otra posterior a 1275)⁶. Recordemos, por otro lado, que Craddock plantea al *Setenario* como posterior a las *Siete Partidas* y lo considera como el último intento de redacción de las mismas, frente a una tradición que lo tomaba como su primer borrador⁷.

La cuestión de las diferentes versiones resulta ineludible si se pretende estudiar el lugar que la costumbre tiene en el derecho alfonsino. Prácticamente ausente en obras como el *Espéculo* o el *Fuero Real*, con una mínima mención en el *Setenario*⁸, la costumbre sólo aparece descrita en la *Primera Partida*. Pero las diferencias palpables que se hallan en el título dedicado a la costumbre (*Primera Partida*, Título II) llegan hasta el extremo de que en una de las versiones tal título directamente no existe. Por otro lado, la cuestión de la datación también incumbe al tema de la costumbre por cuanto (de existir sucesivas redacciones) las modificaciones del texto podrían vincularse con las reacciones políticas suscitadas por el proyecto alfonsino de unificar los regímenes legales del reino con la incorporación masiva del derecho romano.

Pese a las dificultades reseñadas, trabajamos con las versiones disponibles, tratando de analizar convergencias y diferencias. El hecho de que el tratamiento de la costumbre suscite tantas divergencias entre las versiones nos parece de por sí un dato significativo. Nuestro trabajo intenta interpretar las diferencias pero con una limitación seria que es la de no poder trascender el nivel de la constatación, atribuyendo las diferencias a las circunstancias de uno u otro momento histórico-político.

Podrían señalarse ciertas tendencias a partir de la puesta en relación de determinadas leyes en algunas de las ediciones consultadas, con la restricción de desconocer si dichas leyes coexistían en el o los manuscritos originales que tuvo a la vista quien elaboró cada edición. Así, en la versión de Gregorio López y en Academia texto superior conviven una caracterización de la costumbre como vía de derogación de la ley y leyes en las que se contempla la posibilidad de “*desfacer*” la ley, ausentes en las demás versiones.

⁵ El primer caso está representado por el manuscrito del British Museum. La otra variante la configura el manuscrito de Silos. El manuscrito Biblioteca Real 3, hoy perdido pero utilizado por la Academia en su edición (texto inferior), correspondería a un híbrido de ambas variantes.

⁶ La primera redacción está representada por el Manuscrito Británico y el Biblioteca Real 3 (Academia texto inferior). La segunda vendría dada por las ediciones de Montalvo y López y la tercera por Academia texto superior.

⁷ “*I believe the evidence is conclusive that the Septenario, long regarded as Alfonso's earliest legal work, represents in fact, yet another attempt by the Learned King to rewrite the first partida*”, “The legislative works of Alfonso el Sabio”, en BURNS R.I. (ed.), *Emperor of Culture: Alfonso X the Learned of Castile and his Thirteenth-Century Renaissance*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1990.

⁸ Cfr. *Setenario*, Ley X, edición e introducción de K.H. VANDERFORD, Buenos Aires, Instituto de Filología, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1945.

Embargar no puede ninguna cosa las leyes, q(ue) no hayan la fuerça y el poder que auemos dicho, sino tres cosas. La primera, Vso. La segunda, Costu(m)bre. La tercera, Fuero. López, Título II, epígrafe.

Desatadas no(n) deuen ser las leyes, por ninguna manera, fueras ende si ellas non fuessen tales, que desatassen el bien que deuia(n) facer: e esto sería, si ouiesse enellas alguna cosa contra la ley de Dios, o contra derecho señorío, o contra grand procomunal de la tierra, o contra bondad conocida. López, Título I, Ley XVIII.

Este grupo se confronta claramente con el formado por Montalvo y Academia texto inferior, en los que no se encuentra ley que autorice la derogación (o enmienda) de las leyes y el epígrafe del título de la costumbre presenta un texto completamente diferente que no le atribuye el poder de “embargar” la ley. Podría considerarse un último caso, el del Manuscrito Británico editado por Arias Bonet, que se halla desprovisto de un título dedicado a la caracterización de la costumbre. Esta versión cuenta además con una ley que justifica las facultades legislativas de Alfonso, que se repite únicamente en la edición más próxima al Manuscrito, la de Academia texto inferior.

Por fazer entender a los omnes desentendudos que nos, el sobredicho rey don Alfonso, auemos poder de fazer estas leyes, también cuemo los otros que las fizieron ante de nos e más queremoslo mostrar por todas estas maneras, por razón e por fazanna e por derecho, Título I, Ley XIII.

Estos cruces podrían relacionarse con la suerte corrida por el proyecto legislador de Alfonso X. Se identificaría así un primer momento en que se pretende imponer a las *Partidas* como texto legal vigente. Se corresponderían con esta voluntad las versiones que enfatizan la facultad legislativa del rey por encima de los particularismos representados por las costumbres.

Con tales versiones se vincularían intentos anteriores como el *Fuero Real* y el *Espéculo*, que carecen de un título dedicado a la costumbre. En el *Fuero Real*, la única mención corresponde al título de los rieptos, donde se invoca una costumbre que se pretende derogar:

Maguer que costumbre es que el reptador cometa al reptado después que son en el plazo, si el reptado cometer quisiere enantes, puédalo fazer, Libro IV, Título 21, Ley 16⁹.

En el *Espéculo*, libro V, Título VIII, ley 17, se menciona una costumbre que también se desconoce:

Fallando algún omne tessoro en algún logar dezimos que gana sseñorío en ello. E commoquier que ssegunt costunbre antigua dEspanna todos los tessoros

⁹ *Fuero Real*, edición y análisis crítico de G.MARTINEZ DIEZ, Avila, Fundación Sánchez Albornoz, 1988, p.491.

*ffallados tomauan los rreys e non dauan ende parte a los que lo ffallauan, esto non tenemos nos por guisado*¹⁰.

Otra referencia a la costumbre se halla en el Libro IV, Título III, Ley 11:

*E dezimos, que quando el rrey ffiziere el merino mayor e oviere tomado la iura dél, la primera cosa de deue ffazer el merino es, que dessaffie todos los ffiiosdalgo del rregno (...) e commoquier que quanto en ssí escusado era de toda cosa que ffeziesse por rrazón de iustiçia e por mandamiento del rrey, nos por tener la costunbre antigua dEspaña e por guardar ssu ffama dél, mandamos que ffaga esto que dixiemos*¹¹.

La presencia en este texto de la costumbre es, si no nula, por lo menos marginal y no existe intento sistemático alguno de descripción ni de puesta en relación con la ley.

Un segundo momento estaría marcado por la revuelta de 1272. La imposibilidad subsiguiente de concretar efectivamente este proyecto legislador forzaría la incorporación de la costumbre, esgrimida por los concejos en contra del derecho romano, cuya adopción propiciaba Alfonso¹². A raíz de estos sucesos, las *Partidas* no entraron en vigencia hasta 1348, cuando Alfonso XI les dio un lugar en el sistema legal de Castilla, en tanto derecho supletorio, a través del Ordenamiento de Alcalá. La imposibilidad de efectivizar la vigencia de las *Partidas* derivaría en un estilo que haría de esta obra un texto de orden sapiencial y no prescriptivo. Dentro de esta línea, el *Setenario* aparecería como la versión exacerbada de esta tendencia¹³. De cualquier manera, ante los problemas de crítica textual apuntados previamente, estas correspondencias no pueden superar el nivel de la conjetura.

Tres ejes estructuran nuestro análisis. En primer lugar, nos centramos en las definiciones explícitas que las versiones ofrecen de las distintas formas normativas: uso, fuero, costumbre y ley. En un segundo momento, dirigimos nuestra atención hacia los giros que refieren a la creación y vigencia de las normas consuetudinarias. Por último, analizamos la incidencia del registro temporal en el ámbito de la ley y en el de la costumbre. A través de estos ejes, intentamos distinguir las características específicas con las que la costumbre se inserta en el sistema legislativo alfonsino.

A) Recordemos una vez más que la costumbre no es objeto de tratamiento en todas las versiones analizadas de la *Primera Partida*. La carencia de un título dedicado a la costumbre en el Manuscrito Británico es un punto claro de coincidencia con el

¹⁰ *Espéculo*, edición y análisis crítico de G.MARTINEZ DIEZ, Avila, Fundación Sánchez Albornoz, 1985, p.496.

¹¹ *Ibidem*, p.267.

¹² Cfr. MACDONALD R., "Problemas políticos y derecho alfonsino considerados desde tres puntos de vista", en AHDE, 54 (1984).

¹³ Sobre la inscripción del *Setenario* en los conflictos políticos del reinado de Alfonso, cfr. MARTIN G., "Alphonse X ou la science politique. Septenaire, 1-11", en *Cahiers de Linguistique Hispanique Médiévale*, Nro.18-19, 1993-94.

Espéculo, además de los numerosos pasajes idénticos en uno y otro texto. Respecto de las demás versiones, la costumbre aparece en algunas asociada con otras formas normativas cuya definición se intenta, el uso y el fuero. Esto ocurre en las versiones de Montalvo, López y Academia texto superior. En Academia texto inferior, en cambio, el título pertinente está dedicado únicamente a la costumbre, aunque se define el fuero dentro del título dedicado a las leyes¹⁴.

En este caso, el epígrafe de dicho título alude a la costumbre como una de las dos fuentes del derecho, siendo la ley la otra alternativa:

Dos raices son aquellas de que nasce el derecho comunal, porque se guian et se mantienen las gentes en iusticia, et en concordia et en paz: la primera es ley escripta: la segunda es costumbre antigua que val tanto como ley.

El fuero queda incluido dentro de la forma ley. Las versiones de López y Academia texto superior presentan un epígrafe completamente distinto, en el que se establece una suerte de relación derivativa entre uso, costumbre y fuero. El uso, la costumbre y el fuero son cosas que

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(m)bre: e de la costumbre, fuero, López¹⁵.

Montalvo, por su parte, repite el epígrafe de Academia texto inferior pero incluye las definiciones de uso y fuero en el título referido a la costumbre. Sin repetir la anátesis presente en los otros casos, el orden de exposición seguido y la caracterización del fuero como forma en que se encierran el uso y la costumbre, hacen suponer también en este caso una relación progresiva entre las tres formas.

Existen algunos puntos en los que existe coincidencia en todas las versiones. Es este el caso del origen señalado a la costumbre, inequívocamente popular, aún si la descripción del pueblo presenta algunas diferencias. Según Academia texto inferior:

Populus en latin tanto quiere decir en romance como ayuntamiento de gente, tambien de caballeros como de los otros hombres de menor guisa, Título II, Ley II.

¹⁴ *Et fuero tanto quiere decir como ley derechamientre usada por luengo tiempo por escriptura o sin ella. Título I, Ley IX. En términos prácticamente iguales aparece definido en el Espéculo.*

¹⁵ Academia texto superior presenta prácticamente la misma versión pero con una diferencia quizá significativa. En la anátesis desde el uso hasta el fuero, invierte el orden de los términos en una secuencia que probablemente se deba a un error de imprenta pero que igualmente nos parece pertinente señalar, en virtud del papel que el tiempo tiene en la formación de estos tipos de norma, analizado más adelante: *ca bien como de las letras nasce verbo, é de los verbos parte, é de la parte razon, así nasce del uso tiempo, y del tiempo costumbre, é de la costumbre fuero.*

Montalvo, en la ley V de dicho título, ofrece una versión idéntica. Academia texto superior y López, en cambio, definen al “Pueblo” como:

ayuntamiento de gentes de muchas maneras de aquella tierra do se allegan: et desto no sale ome, ni muger, nin clerigo, ni lego.

Es de notar la contraposición existente entre este intento de definir con mayor o menor claridad el pueblo que pone la costumbre y la imprecisión que presenta el texto sobre quién “face” el uso:

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

También coinciden las distintas versiones en el papel que tiene la autoridad en la fijación de la costumbre, reducido al consentimiento o la confirmación. El plazo de prescripción (diez o veinte años) y el carácter oral de la costumbre son otros puntos de convergencia. También consta en todas las versiones el requisito de aceptación a través del juicio (que puede referirse tanto al fallo a partir de la costumbre como a la negación a sus impugnaciones):

& tal pueblo com(m)o este o la mayor p(ar)tida 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 pueda fazer & deue ser tenuta & guardada 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 reçibiese tales querellas com(m)o estas o iudgase q(ue) era costu(n)bre en todo refusa(n)do las razones de aq(ue)llos q(ue) la q(ue)ria(n) co(n)tradezir, Montalvo, Título II, Ley 5.

En líneas generales, el número de juicios durante el plazo prescripto es de dos, pero en Academia texto superior el número se eleva a treinta¹⁶.

Como se observa, no se registran mayores diferencias entre las versiones cuando se trata de describir los rasgos generales de la costumbre. Los problemas aparecen cuando se pretende definir aquello que la costumbre es. En efecto, como rasgo fundamental del tratamiento de la costumbre en la *Primera Partida*, puede señalarse la dificultad para dar una definición acabada y autónoma de las distintas formas normativas. Este rasgo puede interpretarse a partir de la frecuente utilización de definiciones circulares y vocablos polisémicos. Si atendemos a la definición de la costumbre dada por la edición de Montalvo, encontramos una diferencia clave respecto de la ofrecida por López y Academia textos inferior y superior:

¹⁶ *si en este tiempo mesmo fueren dados concejaramente de treinta iuicios arriba por ella de homes sabidores et entendudos de judgar, et non habiendo quien gelos contralle,* Academia texto superior, Título II, Ley V.

Costu(n)bre es fecho q(ue) no es escripto, el q(u)a'l ha vsado el pueblo a(n)tigua me(n)te, Montalvo.

Costumbre es derecho o fuero que non es escrito: el qual han vsado los omes luengo tiempo, Academia texto superior; López, Título II, Ley IV.

Costumbre es derecho o fuero que non es escripto, el qual ha usado el pueblo antiguamiente, Academia texto inferior, Título II, Ley I.

La costumbre según Montalvo corresponde al terreno de las prácticas, como lo indica su asimilación a un “*fecho*”. En las demás versiones, la costumbre se ha juridizado, y por tanto se la define como un derecho o fuero. En este caso, nos interesa destacar por otra parte la identidad establecida entre costumbre y fuero y confrontarla con la definición explícita de este último término presente en el mismo título:

Fvero es cosa en q(ue) se encierra(n) dos cosas q(ue) auemos dicho, vso é costu(m)bre, q(ue) cada vna dellas a de entrar en fuero para ser firme, López, Título II, Ley VII.

Como puede observarse, cada definición remite a la otra sin que exista un tercer elemento que sirva de parámetro para discernir los rasgos distintivos de una y otra forma. En este caso, podemos suponer o bien que los términos no tienen el mismo sentido en una y otra definición, o bien que nos encontramos frente a un argumento circular.

Otra relación equívoca está planteada entre fuero y costumbre 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 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.

Problemas similares plantea la descripción del proceso de “poner costumbre”. La ambigüedad no sólo se plantea en la relación entre dos términos, como en los casos anteriormente señalados, sino que se da aquí en el interior de una misma forma normativa:

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, (...), pueden la fazer, e deue ser tenida, e guardada por costumbre, López, Título II, Ley V.

Nuevamente podríamos encontrarnos aquí frente a un caso de polisemia, como alternativa pensable a la tautología. Podrían coexistir en un mismo texto el sentido práctico y el prescriptivo del término.

Por último, una variante de la dificultad de definición se encuentra en la relación que establecen entre fuero y ley el Manuscrito Británico y Academia texto inferior (así como el *Espéculo*). Si bien se define a la ley como término más amplio, que incluiría al fuero, la paradoja surge en la atribución del carácter escrito u oral:

Estas leyes son posturas e establecimientos e fueros cuemo los omnes sepan creer e guardar la fé de nuestro sennor Ihesu Christo complidamiente assí cuemo ellas, Manuscrito Británico, Título I, Ley II.

Ley tanto quiere dezir cuemo castigo o ensannamiento scripto que liega a omne que non faga mal o quel aduze a seer leal faziendo derecho. E fuero tanto quiere dextr cuemo ley derechamiente usada por luengo tiempo por scriptura o sin ella, Manuscrito Británico, Título I, Ley VII.

Un extenso artículo de A. Iglesia Ferreirós¹⁷ repara también en la existencia de puntos oscuros en la definición que las *Partidas* ofrecen de uso, costumbre y fuero. El autor se detiene en los títulos dedicados a estas formas en su análisis de los procedimientos por los cuales Alfonso X desarrolla los tres ejes de su tarea legislativa: la reivindicación del monopolio legislativo para el rey, la unificación jurídica de sus territorios y la renovación del derecho. Iglesia Ferreirós privilegia el examen del estatuto de la ley en la obra alfonsí y retoma otras formas jurídicas sólo en contraste con ella.

Al respecto, Iglesia Ferreirós sostiene que uno de los problemas enfrentados por Alfonso fue precisamente el de compatibilizar la afirmación de su monopolio legislativo con la identificación medieval de las normas consuetudinarias como el antiguo y buen derecho. La solución adoptada en las *Partidas* es la constitución del uso, la costumbre y el fuero en límites de la ley. Pero esta solución, al mismo tiempo, desplaza las ambigüedades en la definición de la ley evidenciadas en el *Espéculo* hacia la descripción de la costumbre. Este acertado diagnóstico, sin embargo, no desemboca en una interpretación de tales ambigüedades. Para el análisis de Iglesia Ferreirós, el efecto, las *Partidas* presentan un tratamiento caracterizado como “defectuoso”, cuyas contradicciones el autor se empeña en salvar o bien deja de lado por escapar a los objetivos explícitos de su estudio¹⁸.

A nuestro entender, en cambio, esta serie de desajustes, que deben ser tomados en cuenta, podría interpretarse como el resto visible de la operación de reducción de un sistema normativo a los parámetros de definición propios de otro. Ahora bien, según afirma A. Gouron¹⁹, la propia aparición de términos traducibles como costumbre está siempre vinculada con la adopción en grados variables de la cultura jurídica asociada al derecho romano. Es su introducción la que permite la toma de conciencia de la existencia de prácticas reiteradas, en el sentido de conformar un lenguaje que habilita la designación con un nombre de las costumbres y consagra así su carácter normativo. Esta tesis, que parte de la constatación de una simultaneidad (aparición en los documentos de los vocablos *consuetudo*, *mos* y *usus* confrontada con la cronología de

¹⁷ “La labor legislativa de Alfonso X el Sabio”, en *España y Europa, un pasado jurídico común*, Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (Murcia, 26/28 de marzo de 1985), edición a cargo de A. PEREZ MARTIN, Murcia 1986.

¹⁸ *Ibidem*, p.353. Respecto de las ambigüedades, cfr. especialmente pp. 356-7, 361 y 365.

¹⁹ “Aurore de la coutume” (1987), publicado en *Droit et coutume en France aux XIIIe et XIIIe siècles*, Norfolk, Variorum 1993.

adopción del derecho romano), se refiere a un momento que no es precisamente aquel en que Alfonso redacta su legislación. En las *Partidas*, no se trata ya de nombrar algo que se percibe como diferente sino de definirlo y ponerlo en relación con otros elementos propios del derecho. Aceptar la esclarecedora proposición de Gouron no implica renunciar a interpretar las contradicciones o desajustes que se producen en el interior de ese lenguaje jurídico romanizante. Cuando se intenta definir la costumbre, con su fundamento, materialidad y funcionamiento propios, desde el sistema jurídico legal, resulta inevitable la aparición de vacilaciones terminológicas, síntomas de la irreductibilidad de un tipo de norma a otro²⁰.

La subordinación de la costumbre a la ley adquiere formas explícitas en la *Primera Partida*, a través de la multiplicación de condiciones que se le imponen. Dichas condiciones se refieren tanto a las limitaciones a su poder derogatorio respecto de la ley (no se insiste en las restricciones cuando se trata de que la ley derogue a la costumbre), como a los requisitos exigidos para su reconocimiento como norma. En el caso de la versión de la Academia texto superior, esto se encuentra incluso reforzado por la introducción de una ley, ausente en las demás versiones, dedicada a resaltar las mayores virtudes de la ley por encima de cualquier otra forma normativa:

Honrar deben los homes las leyes en dos maneras; la una por la honra que es en aquellos que la han, la otra por el bien quel puede ende venir al que honra aquella cosa de que puede ser honrado. Et porque estas dos cosas son en las leyes, por eso las deben todos mucho honrar; ca maguer que el uso et la costumbre pueden menguar dellas ó tollerlas del todo, segunt que deximos de suso, et otrosi como quier que estos derechos se tornen unos en otros, asi como saliendo del uso costumbre, et de la costumbre fuero, et del fuero ley, et en descendiendo de la ley fuero, et del fuero costumbre, et de la costumbre uso; todavía la ley ha estas honras señaladas demás de aquestas cosas, ca despues que la ley es fecha, ha de ser fuero concejero et publicado: et otrosi recibe en sí costumbre para ser costumbrado 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, Título II, Ley XI.

El texto de esta ley es particularmente sugestivo, por cuanto la reafirmación de la honra aparece claramente en relación con la facultad derogatoria de la ley por parte de las normas consuetudinarias; es frente a esta facultad que aparece como necesario defender la ley, estableciendo su preeminencia. Observemos que aquí se repite la anátesis ya analizada entre uso, costumbre y fuero, agregando a la ley en la serie e incorporando la inversión de la secuencia. Esta última corona la subsunción de la costumbre al sistema legal por cuanto reduce las prácticas consuetudinarias a requisitos del perfeccionamiento de la ley (en el doble sentido de elevar su calidad y de

²⁰ Cfr. M.TROPER, "Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement", en *Droits. Revue française de théorie juridique*, Nro.3, París 1986, p.15.

cumplimentar su efectivización). La ley debe ocupar el lugar del fuero en tanto derecho “*concejero et publicado*”²¹. Por otra parte, se es “*costumbrado*” por la ley, expresión en voz pasiva que implica un desplazamiento del sujeto de la costumbre a la posición de objeto. Por último, la ley debe ser “*usada*” a fin de poder “*della aprovechar las gentes*”, lo cual entraña una sustitución por la ley de las lógicas prácticas que determinan el uso²².

B) Independientemente de las definiciones explícitas que el texto da sobre las diversas formas normativas, prestamos especial atención a las expresiones que dan cuenta de su creación o puesta en vigencia. De esta manera, hallamos asociados a la voz “derecho”, verbos como “escoger” y “recibir”; respecto de “ley”, el verbo “*facere*”²³ también asociado con “fuero” y “uso”²⁴. “Fuero” y “costumbre” se articulan finalmente con el verbo “poner”.

Este último caso, en particular “poner costumbre”, puede ser analizado en virtud de la luz que puede arrojar sobre el problemático pasaje del hecho, o comportamiento recurrente, al derecho, prescripción obligatoria. Una primera vía de interpretación sería relacionar esta expresión con otras similares que se encuentran en recopilaciones de fueros, tales como “dar” o “conceder costumbre”²⁵. En tales casos, el sujeto de la expresión es el señor o el rey, pero en la *Primera Partida*, quien pone costumbre es el pueblo (de la misma manera en que el rey o el emperador es quien “*face*” la ley). Esto dificultaría pensar, si nos mantenemos en el nivel de la coherencia teórica, que se trate de una prescripción de la autoridad amparada en un nombre,

²¹ Cfr. A. GARCIA GALLO, “Aportación al estudio de los fueros”, en *AHDE*, 26 (1956).

²² En *Setenario*, Ley X, reaparece esta interpenetración entre la ley y las formas consuetudinarias dentro de una reflexión sobre la importancia de la escritura de la ley: *conuenie que este castigo que ffuese ffecho por escripto para ssienpre, non tan solamiente para los de agora, mas para los que auyan de venir. Et por ende cató que lo meior e más apuesto que puede sser era de fazer escriptura en que les demostrase aquellas cosas que auyan de fazer para sser buenos e auer bien, e guardarse de aquellos que los ffiziesen malos por que ouyesen ffazer mal. Et esta escriptura que la ffiziesen e touyesen asi commo heredamiento de padre e bienffecho de sseñor e commo conseio de buen amigo. Et esto que ffuese puesto en libro que oyesen a menudo, con que se costunbrasen para sser bien acostunbrados, e que sse affiziesen e vsasen, rraigando en sí el bien e tolliendo el mal. Et que lo ouyesen por ffuero e por ley conplida e çierta e por que ouyesen a toller de los coraçones siete cosas en que errauan los que eran entonçe por desentendimiento* (edición citada, p.23).

²³ El verbo “poner” aparece vinculado también con “ley” pero en el sentido material de “colocar”: *e las leyes q(ue) desta guisa fizieren, an de ser puestas co(n) las otras, e aun adelantadas entrellas*, López, Título I, Ley XIX.

²⁴ Respecto de “*facere uso*”, está claro que el verbo no tiene aquí el sentido de crear como el de usar: *Fazer se deue vso de manera que sea a procomunal, e sin daño*, López, Título II, Ley II.

²⁵ Así, por ejemplo, el Fuero dado en 1127 por el abad Bernardo de Sahagún a los lugares de Talavera y Galleguillos, aldea de Villa Saliti: (...) *ut iterum reedificentur damus istas consuetudines*, *Documentos de los fueros de León II*, JUSTINIANO RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ediciones Leonesas, 1981.

“costumbre”, que evocaría el consenso y la tradición. Tampoco podría interpretarse al pueblo en esa función de creador *ex nihilo* de la norma, en tanto esta expresión convive con la definición explícita de la costumbre y ésta supone un elemento previo, la existencia de un comportamiento reiterado. En este sentido, resultarían contradictorios el carácter “durativo” de la costumbre con el valor de acción puntual que involucra el término “poner”. Pero si se trata del hecho de conferir obligatoriedad a tal comportamiento regular preexistente, se podría atribuir al verbo el sentido, no de imponer o crear, sino el de establecer como obligatorio.

Si se analiza el contexto en que aparece la expresión en cuestión, surge otra alternativa que es la de pensar el verbo “poner” como “interponer”, en el mismo sentido en que se utiliza el giro “poner demanda o querrela”. Esta interpretación de “poner costumbre” resultaría compatible con el requisito ya comentado acerca de la comprobación de la costumbre a partir de un número determinado de juicios²⁶. En tal caso, “poner costumbre” se referiría a la acción concreta de alegar en juicio la existencia de una costumbre para defender determinado derecho.

Esta última interpretación daría cuenta de uno de los rasgos fundamentales de la costumbre. Se trata del hecho de que la constatación judicial de la misma es un elemento ineludible en su definición. Esta cuestión nos remite al papel que tiene la voluntad del juez en la sanción y aplicación de una costumbre y el debate teórico que gira en torno a sus fundamentos. Frente a la posición kelseniana que encuentra la validez de la costumbre en su relación con una “norma fundamental”, la tesis voluntarista niega al hecho como productor de derecho y señala a la voluntad del juez como el factor esencial en la transformación de las costumbres en reglas prescriptivas. Frente a la objeción más clara que se presenta contra esta tesis (el juez siempre presenta su decisión como aplicación de un derecho preexistente y esto se aplicaría no sólo para la costumbre sino incluso para la ley), una nueva posición en el debate, la teoría de la interpretación, presenta una variante de sumo interés. La teoría de la interpretación plantea la indiferencia en cuanto a creación entre ley y costumbre, pues, al interpretar, el juez o cualquier otro órgano de aplicación del derecho, atribuye un sentido y en ese acto crea tanto un tipo de norma como otro²⁷. Esta postura abre el campo de estudios a un análisis de la costumbre desde una perspectiva situacional que, lejos de ceñirse a unos conceptos generales y apriorísticos, considere la definición *in actu* de las costumbres.

²⁶ (...) e deue ser tenuta, e guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados, congegeramente dos juyzios, por ella, de omes sabidores, e entendidos de juzgar. E no auiedo quie(n) gelas contralle, esso mismo seria, quando co(n)tra tal costumbre, en el tiempo sobredicho, alguno pusiesse su demanda, o su querella: o dixesse, que non hera costumbre que deuiesse valer. E el juzgador, ante quien acaesciesse tal contiendá, oydas las razones de ambas las partes, juzgasse, que era costumbre de todo en todo, no cabiendo las razones de aquellos que lo contra dixessen. E otrosi dezimos, que la costumbre que el pueblo quiere poner, e vsar de ella, deue ser co(n) derecha razo(n) (...), López, Título II, Ley V.

²⁷ Cfr. MICHEL TROPER, *op.cit.*, pp.20-21.

C) El último eje de nuestro análisis es el referido al modo de operación de la noción temporal en el registro consuetudinario y en el legal. Según la descripción de los romanistas, la costumbre debía ser *inveterata*, arraigada en una larga tradición, cuya antigüedad garantizaba su validez y utilidad. La prescripción de antigüedad toma entre los siglos XII y XIII valores concretos, en contraste con la imprecisión que caracteriza a los juristas romanos tardíos: entre diez y veinte años es el plazo comúnmente establecido para la fijación de la costumbre por juristas como Jean Bassien y Azon (cuya *Summa* tendrá gran influencia en las *Partidas*). Para los canonistas, en cambio, el requisito de antigüedad se extiende: no es suficiente que sea *longa consuetudo*, sino además inmemorial²⁸. Determinado o no, el tiempo es tomado como un factor fundamental en la fijación de la costumbre y, en este sentido, el texto de las *Partidas* presenta aspectos de interés.

En la definición general de la costumbre, las *Partidas* retoman el tema de la antigüedad como fundamento de la misma. Las versiones analizadas coinciden en este punto (Título II, Ley IV en Academia texto superior, López y Montalvo; Título II, Ley I en Academia texto inferior). Asimismo, las tres ediciones impresas señalan el plazo de diez a veinte años para la fijación de la costumbre (Título II, Ley V).

Una expresión vinculada con el tema del tiempo que aparece en el tratamiento del uso 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 primera en tiempo pequeño no(n) podiendo el vso escusar; la segunda en tiempo grande segu(n)d la bondad del vso, e por estas razones puede ganar tiempo segund la manera del vso, et si ansi non fuesse fecho, poderlo yan perder, Título II, Ley III, Academia texto superior, López y Montalvo.

Se trata de una expresión poco clara que curiosamente ninguno de los autores ni diccionarios consultados parece advertir²⁹. La ganancia de tiempo podría interpretarse como el operador de pasaje del uso, comportamiento recurrente, a la costumbre, prescripción de comportamiento a llevar. En este sentido, la ubicación de la ley que trata el tema (última sobre el uso, previa a la definición de costumbre) es otro elemento que concurre a la explicación de la expresión analizada en el sentido de bisagra entre una y otra variante normativa. De esta manera, podría verse al tiempo como la forma

²⁸ Cfr. L. MAYALI, “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Age” y J. GAUDEMET, “La coutume en droit canonique”, ambos en *La coutume: recueil de la Société Jean Bodin*, t.LII, Bruselas 1990.

²⁹ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española Medieval* (1ra. etapa: Prosa alfonsí), Madison, Wisconsin, HSMS, inédito y M. ALONSO, *Diccionario Medieval Español*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1986. Asimismo, puede detectarse en la bibliografía que trata este tema una tendencia a parafrasear el texto de la ley sin problematizar las expresiones que el legislador emplea. Como ejemplo, cfr. R. GILBERT SANCHEZ DE LA VEGA, “Costumbre a partir de las Partidas”, en *La coutume: recueil de la Société Jean Bodin*, t.LII, Bruselas 1990, p.158, así como el artículo ya citado de A. IGLESIA FERREIROS, “La labor....”, p.346.

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. Por su parte, su opuesto, “perder tiempo”, podría interpretarse como la expresión de la pérdida de vigencia del uso.

Por otra parte, cuando la costumbre es considerada errónea, el tiempo no aparece como fundamento de la misma sino por el contrario como agravante³⁰:

Eporende q(u)ua'ndo tal fuese no d(e)ue ser guardada ni puede ap(ro)vecharles ni a(m)parar se por ella los q(u)e la vsase(n), avnq(u)e dixiesen q(u)e de a(n)tiguo tie(n)po fuere asi vsado porq(ue) q(u)a'ndo el o(n)bre vsa & faze mal ta(n)to face mayor yerro co(n)tra dios & al rey & ala tierra & contra si mismo, Montalvo, Título II, Ley V³¹.

En caso de error, el tiempo incide en la costumbre con los mismos efectos con que actúa sobre la ley. Normalmente, la noción temporal opera de manera contraria según que se trate del registro consuetudinario o del legal. En el primero, el tiempo actúa como garantía y fundamento de la costumbre; en el segundo, al contrario, parece socavar la eficacia de la ley. La ley nueva tiene preeminencia sobre la ley antigua por cuanto se adapta mejor a los tiempos y sazones mientras que la ley antigua, en tanto fijada por escrito, resulta envejecida por el paso del tiempo:

e las leyes que desta guisa son añadidas et fechas de nuevo valen tanto como las primeras, o mas porque las primeras hanlas vsado los omes de luengo tie(m)po, q(ue) son como envejescidas, et por ell vso de cada dia rescibe(n) enojo dellas. Et otrosi, porque los omes naturalmente cobdician oyr et saber, et ver cosas nuevas, López, Título I, Ley XIX³².

La relación entre tiempo y escritura se plantea cuanto menos como ambigua. Si bien por una parte la fijación de la ley a través de la escritura la torna vulnerable al paso del tiempo (en tanto la hace inmóvil en el fluir de un tiempo que genera nuevas necesidades), por otro lado está planteada, en tanto soporte material del sentido, como garante de la trascendencia de la ley:

³⁰ En el derecho canónico, el tiempo tampoco basta como fundamento de la validez de una costumbre pues ésta debe ser conforme a la razón y la verdad, como lo expresa la afirmación de Cipriano “*consuetudo sine veritate vetustas erroris est*”, citado en J. GAUDEMET, “La coutume en droit canonique”, ed. cit.

³¹ Academia texto inferior, Título II, Ley II, presenta un texto ligeramente diferente: *e por ende cuando tal fuese non debe ser guardada nin se puede amparar nin aprovechar della los que la usasen, maguer dixiesen que de antiguo tiempo fuere usado, asi porque quanto mayor tiempo el hombre usa facer mal, tanto face yerro contra Dios e al rey e contra la tierra e contra si mismo.*

³² Academia texto superior habla de leyes “*emendadas*” en lugar de “*añadidas*”.

et esta escritura de las leyes ha una honra muy grande en que entran quatro cosas (...): la quarta porque es escripta, et non puede caer en olvido de los homes por mal seso nin por tiempo, Academia texto superior, Título II, Ley XI³³.

* * *

Hemos planteado, en este trabajo, unas líneas de análisis para examinar el lugar de la costumbre en el derecho alfonsí: la puesta en relación de los términos que identifican cada forma normativa, el estudio de ciertas expresiones clave y la consideración de las variantes particulares que ofrece el texto respecto de las incidencias del tiempo.

Se trata de ejes heterogéneos pero que remiten, sin embargo, a unos mismos efectos de sentido. Si bien las conjeturas elaboradas podrían cobrar una dimensión diferente en caso de contar con ediciones más apropiadas, nos parece conveniente destacar las posibilidades que ofrece un análisis de las vacilaciones sémicas y dificultades lógicas del texto.

La profundización de los problemas planteados a lo largo de este trabajo exige encarar el estudio de estos desajustes lógicos y evitar la tentación de traducir rápidamente a una fórmula acabada y no problemática las expresiones que no lo son. En este sentido, nos parece productivo interpretar las vacilaciones como efectos del proceso de encuentro de distintos sistemas normativos y las operaciones de reducción que éste conlleva.

³³ Esta cita pertenece a la ley ya citada anteriormente referida a la mayor honra de la ley frente a otras formas normativas.