

**CONSUETUDINES/MALAE CONSUETUDINES:
DEL TERRORISMO DE CLASE A LA UTILITAS
PUBLICA**

PAOLA MICELI

(UNIVERSIDAD NACIONAL DE GENERAL SARMIENTO)

La historiografía ya ha llamado la atención sobre la proliferación, entre los siglos XI y XII, del vocablo *consuetudines* en la documentación medieval. Lo que suele advertirse como llamativo es el paso de la *consuetudo* en singular a las *consuetudines* en plural. En la documentación visigótica y carolingia, el término se utilizaba en singular y con un estrecho vínculo con la ley; de allí el uso frecuente de la endíadis “*lex et consuetudo*”, fórmula que vinculaba la ley a la costumbre, pensándolas como un único concepto¹. El

¹ Esta misma relación se evidencia en la cartas bizantinas, en donde aparece con frecuencia la referencia a “*secundum legem et consuetudinem Romanorum*” –cf. Francisco CALASSO, *Medio Evo del Derecho*, Milán, Giuffrè, 1954, p. 184–. Por otro lado, la tesis que sostiene la idea de que la presencia del término *consuetudo* en los códigos altomedievales, tanto visigóticos como carolingios, tiene una fuerte ligazón con la tradición romana y no con la germánica, ha sido trabajada en profundidad por Carlos PETIT “*Consuetudo y mos en la Lex Visigotorum*”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52 (1990), 89-120. Al analizar las leyes del código visigótico, Petit encuentra la presencia de términos que, en las fuentes jurídicas tardoantiguas y altomedievales, sirven para designar la costumbre, a saber, *consuetudo*, *mos*, *usus* y *ritus*. Los dos últimos, *usus* y *ritus*, son eliminados del análisis por el autor porque la mayoría de sus apariciones se registra en las leyes antijudaicas del libro 12 y refieren uniformemente a “práctica religiosa”. A la misma conclusión lleva la lectura de gran parte de las leyes que utilizan las expresiones *mos* y *consuetudo*. Ambos vocablos encuentran un uso elevado también en el libro 12 del código, es decir en las legislaciones en torno de cuestiones de fe y religión,

paso del singular al plural ha sido indagado desde algunas investigaciones en lo que concierne a las distintas regiones de Francia². Tal vez los trabajos más significativos sean el de Olivier Guillot –analizando la aparición del término en época de los Capetos– y el de Ives Sassier –realizando una

y se refieren a creencias y comportamientos religiosos. En otras leyes aparece *consuetudo* como sinónimo de habitualidad (como, por ejemplo, la que hace referencia al ejercicio de la prostitución). Por su parte, *mores* –que Recesvinto menciona en L. V. 3, 1, 4– puede traducirse como buenas costumbres, sentido que no tiene nada de técnico-jurídico. Las leyes en las que entonces *consuetudo* y *mos* parecen tener un significado técnico se reducen mucho: a cuatro en el caso de *consuetudo* y a tres en el caso de *mos*. En el primer caso, la *antiqua* 3, 4, 2, que pertenece al título *adulteriis*, refiere a la celebración del contrato esponsalicio ante testigos, en cuya presencia se otorgaba el “*placitum de futuro coniugio... Sicut consuetudo est*”. Para Petit, esta referencia tiene una filiación clara con la práctica romana de redacción de contrato de esponsales: “En mi opinión [dice Petit] ningún primitivismo germánico, ninguna manifestación de costumbres antiguas de tal naturaleza se encuentra, según se ha visto, tras la tímida alusión a la costumbre en materia de esponsales” –*ibidem*, p. 99–. A la misma conclusión llega examinando otras leyes que deslizan el término *consuetudo*, destinadas a establecer la cuantía del beneficio económico a que tiene derecho el dueño de un bosque, previo acuerdo o sin él, por el pastoreo en su *sors* de una piara de cerdos ajena (L. V. 8, 5, 1 *antiqua*/L. V. 10, 1, 19 Recesvinto). La renta a percibir por estas leyes, *sicut est consuetudo*, quedaba establecida en la décima/vigésima parte de la piara. La renta decimal aquí establecida, señala Petit, también tiene un origen romano. La cuarta referencia a *consuetudo* (L. V. 9, 2, 6) es desestimada por este autor por no remitir a un uso jurídicamente relevante. En el segundo caso, es decir, en relación con la emergencia del derecho consuetudinario, indicada mediante el término *mos*, la mayoría de las referencias no remiten a un sentido técnico de tal vocablo.

² Elizabeth MAGNOU-NORTIER, “Les mauvaises coutumes en Auvergne, Bourgogne méridionale, Languedoc et Provence au XIe siècle: un moyen d’analyse sociale”, en AA. VV., *Structures féodales et féodalisme dans l’Occident méditerranéen. Bilan et perspectives de recherches. Colloque international organisé par le Centre national de la Recherche scientifique et l’Ecole française de Rome*, Roma, Ecole française de Rome, 1980, pp. 135-172; François OLIVIER-MARTIN, “Le roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen Age”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 58 (1938), 108-137; Jean-Marie CARBASSE, “Philippe III et les mauvaises coutumes pénales de Gascogne (à-propos de l’ordonnance de juillet 1280)”, en *Mélanges G. Boulvert*, Niza, 1987, pp. 153-162.

verificación sistemática del término en los dos primeros volúmenes de las cartas de Cluny (mil setecientas cartas), mostrando la inexistencia del vocablo *consuetudines* antes del siglo X y la frecuencia en su utilización a partir del siglo XI y avanzado el siglo XII³–.

En los reinos peninsulares también se advierte la aparición del término *consuetudines*. El fuero dado por Alfonso VI en 1085 a los pobladores de la villa de Sahagún muestra de forma temprana este pasaje:

Ego Adefonsus Dei gratia totius Hispanie Imperator postquam sedi in trono paterno curam Ecclesiarum habere cepi, sed super omnes Ecclesiam Sanctorum Facundi et Primitivi quem antiquitus Dominis Sanctos vocitant amavi et per Domnum Benardum Abbatem in ordine Sancti Benedicti que est bona et religiosa declaravi atque ab omni iugo Regalis Fiscis vel Ecclesiastice presure feci ingenuam. Dedi enim eam romane Ecclesie et Beati Oetri in libertate romana. Cumque adhuc cogitarem bonum quod facerem accesit ad me Abbas et rogavit quatinus darem foros ut esset bona villa in circuitu de Monasterio, quod devotus annui, et mox quod abas et monachi petebant concensi; ideo que monachorum do vobis hominibus populatoribus Sancti Facundi consuetudines et foros in quibus et serviatis Ecclesie et monasterii suprataxati⁴.

³ Olivier GUILLOT, “*Consuetudines, consuetudo*: quelques remarques sur l’apparition de ces termes dans les sources françaises des premiers temps capétiens”, *Mémoires de la Société pour l’histoire du droit des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 1983, 21-48; Ives SASSIER, *Structures du pouvoir, royauté et res publica (France, IXe-XIIe siècles)*, Rouen, Université de Rouen, 2004.

⁴ Utilizamos la edición de Justiniano RODRÍGUEZ, *Los fueros del reino de León (= FRL)*, León, Ediciones leonesas, 1981, vol. 2, pp. 35 y 37.

En la cláusula 30 del mismo fuero se lee:

*Istas consuetudines et foros per voluntatem
Abbatis et collegio fratrum dedi ego Adefonsus
Imperatur hominibus Sancti Facundi per
quos serviant ei sicut Dominus submissione et
humilitate plena*⁵.

El fuero otorgado por el rey a pedido del abad libera a la iglesia de San Facundo de “todo el yugo de la fiscalidad regia” –dándole además independencia de cualquier poder episcopal– y, al mismo tiempo, le concede al monasterio el privilegio de imponer un conjunto de cláusulas que reafirman el dominio del mismo sobre la comunidad de habitantes. Estas *consuetudines* son efectivamente las cláusulas mismas, estas obligaciones que los habitantes y pobladores de Sahagún tienen respecto de la abadía, impuestas a partir de la intervención del rey. Al igual que el fuero, son una concesión que el rey hace al abad y que los miembros de la comunidad deben respetar bajo sanción. Se trata de disposiciones que, por ejemplo, prohíben el uso de hornos y cocinas campesinas, establecen el pago al abad por utilizar el horno señorial, etc.

Conjuntamente con este pasaje del singular al plural, de la *consuetudo* a las *consuetudines*, frecuentemente interpretado como un cambio de sentido en la definición de la costumbre –otrota ligada a la ley, ahora vinculada a las obligaciones feudales–, se produce, para la misma época, otro fenómeno que merece atención: la distinción entre buenas y malas costumbres. El fuero de Vallunquera concedido por Alfonso VI es un buen ejemplo de esto que decimos:

*Et ydeo uolo ut ab hodierno et deinceps omnis
mala consuetudo de ipsa supradicta villa,
scilicet, Valionquera sit abrasa et toto foro de*

⁵ *FRL*, II, p. 39.

*Olmiellos ibi sedeat confirmato et non perdant ipsum forum nee filios nee neptos, set habeant eum omnis generado eorum iure hereditario in perpetuum*⁶.

En este caso, vemos al rey eximiendo a Vallunquera del pago de la mañería y de la fonsadera, restaurando un supuesto orden “contaminado” por las malas costumbres. Esta presencia la encontramos también en Navarra, en el fuero otorgado en 1076 por Sancho Ramírez a los habitantes de Ujué, donde se dice: “*quod nullo malo fuero et nulla mala consuetudo non habeatis iam amplius super uso*”⁷. Del mismo modo se constata su presencia de forma incuestionable en Cataluña. De manera temprana se advierten referencias a malos usos, por ejemplo, en la carta condal otorgada a la población de Barcelona en 1025 y en su confirmación por parte de Alfonso el Casto en 1163; en ambas se abrogan los censos o *mali usatici* introducidos en épocas anteriores. La confirmación de Alfonso el Casto es bien explícita: “*ut omnes mali usatici missi a predecessoribus eiusdem patris mei, pro timore Dei et melioratione predictae civitatis decendant omnino et pereant*”. Las cartas de franquicia que se irán entregando avanzado el siglo XIII extienden ampliamente la utilización de estos términos. En 1228, por ejemplo, el conde Ponç de Urgell concede a la localidad de Ager una carta de población en la que se plantea: “*illa mala consuetudo quod contra iure faciebat nobis ex opera domibus*”⁸. Otro

⁶ Julio GONZÁLEZ, “Aportación de fueros castellano-leoneses”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 16 (1945), 625-654 (en especial, pp. 629-631). En la historia del Real monasterio de de Sahagún encontramos: “dice el abad que los exime “a foro isto pessimo, et consuetudine mala que vocator manneria” –Romualdo ESCALONA (ed.), *Historia del Real Monasterio de Sahagún*, Valladolid, Maxtor, 1782–.

⁷ Luis Javier FORTUM PÉREZ DE CIRIZA, “Colección de “fueros menores” de Navarra y otros privilegios locales (I)”, *Príncipe de Viana*, 168 (1982), 273-348 (p. 278).

⁸ Carta de población otorgada por el conde Ponç de Urgell a la localidad de Ager en 1228 en donde se dice: “*illa mala consuetudo quod contra iure faciebat nobis ex opera domibus*” –véase José María FONT RIUS, *Carta de*

ejemplo de exención de los malos usos, por una renta anual en especie, lo ofrece la carta de franquicia concedida en 1225 por el abad del monasterio de Poblet a los habitantes de Juncosa de Tornes y de Soleras:

Nos frater Raimundus... abbas Populeti... absolvimus... vobis omnibus hominibus presentibus et futuris de Junchosa de Tornis et des Soleras multas malas consuetudines que super vos constitute erant, et alii domini vestri quondam super vos habebant...⁹

Si bien no era una prerrogativa exclusiva del monarca otorgar buenos fueros y descartar las malas costumbres (podían hacerlo también otros agentes del poder –como se ve en la carta de población de Ager recién citada–) solía ser habitual que éste lo hiciera. Esta acción frecuente de los reyes contra las malas costumbres debe vincularse con el modo en que se concebía el derecho durante este período. El derecho en la Edad Media sólo puede comprenderse “como parte de un complejo normativo más vasto e intrincado, que tiene matriz religiosa y que integra a los otros órdenes que disciplinan o contribuyen a disciplinar la sociedad”¹⁰. De allí que la tarea de aquél que legislaba (el monarca u otros poderes que tenían la potestad práctica para hacerlo) no fuera crear leyes nuevas sino hacer una selección del antiguo derecho. “El derecho no podía ser objeto de innovación, existía desde comienzos de los siglos. El derecho no se elaboraba *ex novo*, sino que se lo busaba y se lo encontraba”¹¹. El rey, al componer el buen derecho,

población y franquicias de Cataluña, Madrid–Barcelona, CSIC, 1983, vol. 2, p. 300–.

⁹ Eduardo HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña, durante la Edad Media*, Madrid, 1955.

¹⁰ Carlos GARRIGA, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *Istor. Revista de historia internacional*, 16 (2004), 13-44 (p. 14).

¹¹ Aron GURIÉVICH, *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, Taurus, 1990, p 193.

reactualizaba un orden jurídico natural y divino que había sido tergiversado¹².

Ahora bien, una de las interpretaciones más frecuentes de la presencia, tanto del término *consuetudines* como de los sintagmas *malos usos* y *malas costumbres* en la documentación medieval, ha sido la formulada por los historiadores que sostienen la idea de una revolución feudal en torno del año mil. La presencia de estos vocablos sería, según esta interpretación, la huella en la documentación del acto de apropiación, por parte de los señores, de las potestades banales. En este trabajo nos proponemos realizar una revisión crítica del abordaje mutacionista de esta problemática con el objetivo de proponer una mirada más técnica sobre dichos conceptos para su mejor comprensión.

***Consuetudines* buenas y malas en la tesis mutacionista**

En 1951, un artículo de Lemarignier relacionaba la aparición del término *consuetudines*, tanto en el norte como en el sur de Francia, con la dislocación del *pagus* y con el desarrollo del señorío banal¹³. Durante las primeras décadas del siglo XI, sostiene el autor, el señorío sustituiría al *pagus* –estructura administrativa carolingia– como cuadro de la vida política y económica de la región, transformación que mostraría cabalmente el paso de una organización basada en una estructura pública a otra de matriz estrictamente privada, banal. Incluso el mismo vocablo *pagus* terminaría por desaparecer de los textos¹⁴. En este marco de desarticulación de la estructura

¹² Gérard GIORDANENGO, “Le pouvoir législatif du roi de France (XIe-XIIIe.): travaux récents e hypothèses de recherche”, *Bibliothèque de l’Ecole des Chartres*, 147 (1989), 283-310.

¹³ Jean François LEMARIGNIER, “La dislocation du «pagus» et le problème des «consuetudines» (Xe-XIe siècles)”, en *Mélanges d’histoire du Moyen âge dédiés à la mémoire de Louis Halphen*, París, Presses Universitaires de France, 1951, pp. 401-410.

¹⁴ En Flandes, por ejemplo, fue reemplazado por *territorium*, cuya significación más acabada sería castellanía –ver *ibidem*, p. 402–.

básica de la administración carolingia, se popularizaría la utilización del término *consuetudines* y también los sintagmas *malos usos*, *malae consuetudines* para referirse a los derechos señoriales. Según Lemarignier, la donación de costumbres debería ser puesta en relación con el desarrollo del señorío banal dado que, en muchos casos, los derechos de justicia, el *banun* propiamente dicho, era concedido en diplomas de inmunidad con la denominación de *consuetudines*.

A partir de esta interpretación, el vocablo tendrá una existencia significativa en la tesis de la revolución feudal. Los historiadores mutacionistas señalan que la aparición de la palabra *consuetudines* sería una marca clara de la apropiación, por parte de los señores feudales, de una serie de derechos que, en época bajoimperial y carolingia, eran de naturaleza pública. En el origen, dicen, el vocablo poseía un sentido eminentemente “público” designando el impuesto, las obligaciones que se denominaban exacciones (lo que pagaba el contribuyente), etc.¹⁵. Sin embargo, en torno del año mil, el señorío sustituiría al *pagus* como cuadro de la vida política y económica y la palabra *consuetudines* reemplazaría a *exacciones*, pasando a designar los derechos de origen público, reales o pretendidos, que ejercería el señor a título privado. La irrupción de un término del latín vulgar, *consuetudines*, en la conservadora cancillería real es considerado, por lo tanto, como testimonio privilegiado de una transformación política fundamental: la patrimonialización del poder de ban¹⁶.

Si bien el término nacería en la cancillería real, este uso sería rápidamente imitado por el resto de los señores, tanto laicos como eclesiásticos. De acuerdo a la clasificación que

¹⁵ Christian LAURANSON-ROSAZ, “Des «mauvaises coutume» aux «bonnes coutumes». Essai de synthèse pour le Midi (Ve-XIe siècles)”, en Mireille MOUSNIER y Jacques POUMARÈDE (eds.), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Tolosa, Presses Universitaires de Mirail, 2001, pp. 10-51.

¹⁶ Jean Pierre POLY y Eric BORNAZEL, *La mutation féodale, Xe-XIIIe siècles*, Paris, PUF, 1980, p. 96.

han hecho G. Duby, P. Bonnassie, J.-P. Poly, A. Debord o E. Magnou-Nortier, cuando los documentos se referieren a *consuetudines*, *usos* o *usaticas* en general aluden a:

1. *derechos de origen público que los señores ejercen en nombre del "ban": el derecho de justicia y las obligaciones relacionadas con el orden judicial, el derecho de morada y otras exigencias similares,*
2. *prestaciones de carácter militar,*
3. *eventualmente, derechos económicos basados en regalías,*
4. *derechos de naturaleza puramente económica, prestaciones agrarias más o menos ligadas a prerrogativas públicas*¹⁷.

La polisemia de la palabra, dicen los historiadores mutacionistas, probaría claramente que la fuerza pública y la fuerza privada se verían confundidas a partir de ese momento¹⁸. Desde entonces, las *consuetudines* podrán ser donadas, legadas o vendidas; no expresarían solamente un poder más o menos legítimo sino que constituirían los elementos de un patrimonio y las ocasiones para obtener un beneficio¹⁹. Tanto Duby como Poumarède han considerado que la adopción unánime del vocablo *costumbre*, utilizado en plural (*consuetudines*) y pensado como un término vulgar irrumpiendo en la cancillería real, mostraría que, después del año mil, los poderes ya no se fundarían sobre una delegación expresa de la soberanía sino sobre

¹⁷ Para esta cuestión, ver *ibidem* y Olivier GUILLOT "Consuetudines, consuetudo: quelques remarques sur l'apparition de ces termes dans les sources françaises de premiers temps capétiens (à la exception du midi)", *Mémoire de la Société de Histoire du Droit et des Institutions*, 40 (1983), 21-48.

¹⁸ George DUBY, *La société aux XIe et XIIe siècles dans la région mâconnaise*, París, A. Colin, 1953; LAURANSON-ROSAZ, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹ LAURANSON-ROSAZ, *op. cit.*; LEMARIGNIER, *op. cit.*

el hábito y el testimonio de la memoria colectiva²⁰. Denominar *consuetudines* a las obligaciones banales sería, para esos autores, la demostración palmaria de la aparición de una nueva forma de poder, anclado ahora en la tradición. El problema aquí es la asociación inmediata que se realiza entre costumbre y tradición comunal, cuestión que revisaremos más adelante.

Asimismo, la proliferación, avanzado el siglo XI, de expresiones tales como “malas costumbres” o “malos usos” (*malae consuetudines*), reafirmaría, para estos mismos historiadores, idéntica idea: el enfrentamiento con un vocablo que es testimonio indiscutible de la patrimonialización del poder de ban. La aparición, hacia fines del XI, de las primeras cartas de franquicia en donde se hace referencia a malas o buenas costumbres –o que proclaman el abandono de las mismas– debería interpretarse, para Poumarède, como el testimonio de una lenta transformación de las relaciones de fuerza en relaciones de derecho²¹. Así, las malas costumbres, asociadas al ejercicio de la fuerza y a la manipulación de la memoria, caracterizarían el período transcurrido durante las primeras décadas del XI, hiato violento entre un momento anterior (en el cual el poder se basaba en la soberanía) y otro posterior (apoyado en el derecho). Es interesante detenerse un momento en la relación establecida por el autor entre derecho y fuerza. Ambos se presentan como configurando campos opuestos: la fuerza del lado de la violencia y de la inexistencia de soberanía; el derecho, ligado al Estado y el orden. Sin embargo, como bien nos han mostrado Foucault y Bourdieu, entre otros, las relaciones de derecho son también relaciones de fuerza aunque su ejercicio se encuentre pautado, reglado. Detrás de la idea de que el derecho es la interrupción de la violencia se encuentra una concepción purista de la ley: se concibe la ley como una herramienta neutra que se aplica para resolver conflictos; la

²⁰ “Les pouvoirs d’essence régaliennne ne se fondant plus sur une délégation expresse de la souveraineté, mais sur l’habitude et le témoignage de la mémoire collectives” –DUBY, *op. cit.*, p. 174–.

²¹ Jacques POUMARÈDE, “La coutume en pays de droit écrit”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52 (1990), 233-250 (p. 235).

ley es interpretada como sinónimo de pacificación²². El derecho es, por el contrario, un campo en el que se enfrentan fuerzas en pugna²³. Aún más, esta concepción purista de la ley y del derecho encierra una mirada evolucionista de las sociedades, según la cual aquéllas sin derecho están atravesadas por la violencia y la sinrazón (privativa de las sociedades primitivas en un estadio de prederecho), mientras que lo que caracterizaría la sociedad occidental civilizada no sería la fuerza sino el predominio de la ley bajo la hegemonía del Estado.

Como dijimos, la irrupción en las fuentes de la locución “*consuetudines*” y de los sintagmas “malas costumbres” o “malos usos” es interpretada, por estos historiadores, como expresión de un cambio social, la privatización del poder de ban que da nacimiento al feudalismo. Frente a este avance del poder señorial, señala el mutacionismo, emergería como opositora la Iglesia, única fuerza capaz de poner un límite a este avance injusto. Nace en este marco la institución de la “paz de Dios”, que encuentra su justificación teórica en el deseo de restablecer sobre la Tierra el orden querido por Dios²⁴. La tesis de Bonnassie sobre Cataluña combina acabadamente estas dos ideas: frente al avance indiscriminado del poder banal, evidenciado en las fuentes por las referencias a los malos usos –dice el historiador–, la Iglesia se pone a la cabeza de la resistencia

²² Para una crítica ya clásica a esta mirada *naïve* y burguesa de la ley ver Michael FOUCAULT *Genealogía del racismo*, Buenos Aires, Norma, 1993, p. 40: “La ley no nace de la naturaleza, junto a las fuentes a las que acuden los pastores. La ley nace de los conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen su fecha y sus horriblos héroes... La ley no es pacificación, porque detrás de la ley la guerra continúa enfureciendo, y de hecho enfurece, dentro de todos los mecanismos de poder, hasta de los más regulares. La guerra es la que constituye el motor de las instituciones y el orden: la paz, hasta en sus mecanismos más ínfimos, hace sordamente la guerra”.

²³ Para un análisis del campo jurídico y de las fuerzas que lo atraviesan ver Pierre BOURDIEU “Le force du droit”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64 (1986), 3-19.

²⁴ Georges DUBY, *Hombres et structures du Moyen Âge*, París, Flammarion, 1973, pp. 227-240.

campesina a través de la institución de la tregua de Dios²⁵. Sin embargo, esta resistencia no logra impedir la implantación de una nueva forma de dominación: la servidumbre. Según el autor, de las cargas banales se pasará a los “malos usos” que terminarán sometiendo por igual a todos los hombres a la tierra. Este es, para Bonnassie, el origen de la *pagesia de remença* tan característica del feudalismo catalán:

Así pues, los malos usos de los siglos XIII-XV derivan sin ambigüedades posibles, de las cargas banales impuestas a los campesinos catalanes a partir de 1040-1050. De 1050 a 1200 se produjo un fenómeno de decantación, de simplificación. La espesura de los malos usos primitivos se ha despejado y solamente cinco de ellos han sobrevivido pero son suficientes para definir la nueva condición servil²⁶.

En este caso, Bonnassie se refiere a los cinco (o seis, en caso de considerarse la *remença*) *mals usos* clásicos que caracterizaron la servidumbre en Cataluña la Vieja: *intestia*, *cugucia*, *eixorquia*, *ferma d'espoli forçada* y *arcia* –abolidos en la sentencia arbitral de Guadalupe de 1486²⁷–. Si bien no todos los autores coinciden en relacionar los *mals usos* de los siglo

²⁵ Pierre BONNASSIE, *Cataluña mil años atrás*, Barcelona, Península, 1988, p. 309

²⁶ *Ibidem*, p. 404.

²⁷ Respecto de la cuestión de los *mals usos* y la *pagesia de remença* ver Gaspar FELIU, “El pes econòmic de la remença i dels mals usos”, *Anuario de Estudios Medievales*, 22 (1992); IDEM, “Els antecedents de la remença i els mals usos”, *Quaderns de la Selva*, 13 (2001), 209-228; Paul FREEDMAN, “Peasant Servitude in the Thirteenth Century”, en Jaume PORTELLA i COMAS (ed.), *La formació i expansió del feudalisme català. Actes del col·loqui organitzat pel col·legi Universitari de Girona (8-11 de gener de 1985). Homenatge a Santiago Sobrequés i Vidal*, Girona, Universidad de Girona, 1985-1987, pp. 437-445; Paul FREEDMAN, “La servidumbre catalana y el problema de la revolución feudal”, *Hispania*, LVI/2, 193 (1996), 425-446; Jaume VICENS VIVES, *Historia de los remensas en el siglo XV*, Barcelona, Destino, 1945.

XIII-XV con los *mali usatici* de los siglos XI-XII, lo importante aquí es la consideración de esos malos usos como referencia textual del avance del poder banal²⁸.

Si bien el mutacionismo se presenta como un referente fundamental en el campo historiográfico a la hora de analizar la constitución del orden feudal, muchos de sus planteos han sido cuestionados desde diversos ángulos. No escapa a la crítica el acercamiento metodológico, el anacronismo de los conceptos, la propuesta conceptual²⁹. Entre este conjunto de críticas, algunas han apuntado también a la problemática que nos convoca, es decir, la interpretación que se realiza de las *consuetudines* y de las malas costumbres. Veamos de qué se trata.

Una revisión de la *consuetudo* a partir de los códigos de la Antigüedad tardía

Los partidarios de la revolución feudal han postulado, como vimos, que a partir del siglo XI se produciría un abandono progresivo de un término técnico, heredero del vocabulario fiscal del Bajo Imperio, *exactio*, por otro de naturaleza más genérica, vago y proveniente del latín vulgar, que asimilaba el impuesto a la costumbre, *consuetudines*. Frank Roumy ha realizado algunas objeciones que conciernen

²⁸ Cf. Paul FREEDMAN, *The Origins of Peasant Servitude in Medieval Catalonia*, Cambridge, 1991, esp. pp. 79 a 88.

²⁹ Las críticas se inician con el controvertido artículo de Barthèlèmy en la revista *Annales* en 1992. Dominique BARTHÈLÈMY, "La mutation féodale a-t-elle eu lieu? (Note critique)", *Annales (E. S. C.)*, 1992, 767-777. Se inaugura así un debate del que han participado renombrados historiadores. Para seguir esta discusión, ver Henri DOLSET, "En el corazón del debate sobre la feudalidad: las clientelas militares", *Historiar*, 4 (2000), 57-83; Dominique BARTHELEMY, "Debate: The feudal revolution", *Past & Present*, 152 (1996), 196-205; IDEM, *L'an mil et la paix de Dieux. La France chrétienne et féodale, 980-1060*, París, Fayard, 1999; Thomas BISSON, "The 'feudal revolution'", *Past & Present*, 142 (1994), 6-42; IDEM, "Debat: The feudal revolution", *Past & Present*, 155 (1997), 208-225.

a esta cuestión³⁰. Lo primero que él objetó es este supuesto reemplazo terminológico. La palabra *consuetudines*, sostiene, no sustituye absolutamente a la de *exactio* en el año mil. Los dos vocablos cohabitan hasta fines del siglo XII, sin que sea posible afirmar que el segundo deviene más raro que el primero debido a la escasez de investigaciones que existen sobre el término *exactio*³¹.

En segundo lugar, Roumy plantea que no se puede considerar que el término *consuetudo* haya sido tomado del latín vulgar. Por el contrario, el vocablo podría remitir sin problemas a las locuciones *consuetudine ius* o *lex consuetudinaria* que ya aparecían en los rétores antiguos y tardoantiguos, es decir, en construcciones eruditas. Respecto de la expresión *lex consuetudinaria*, considera que la fuente más probable de esta unión de las nociones de ley y de costumbre en un único concepto es Isidoro de Sevilla –cuyas *Etimologías* fueron una de las obras más difundidas en el Occidente latino altomedieval, muy utilizada para la enseñanza de la retórica–. En el pasaje en el que Isidoro explica la diferencia entre la ley y las *mores* (la primera se caracteriza por ser escrita mientras el *mos* está basado en costumbres aprobadas por la antigüedad) se encuentra, para Roumy, el germen de la idea de *lex consuetudinaria* (siendo justamente este pasaje el que será retomado en el siglo XII en el *Decreto* de Graciano). La utilización, en el norte de Francia y de forma temprana, de estas expresiones habría que buscarla en el uso didáctico que las escuelas de gramática de esa zona hicieron del texto isidoriano. La expresión *ius consuetudinarium* tendría,

³⁰ Frank ROUMY “*Lex consuetudinaria, Jus consuetudinarium*. Recherche sur la naissance du concept de droit coutumier aux XIe et XIIe siècles”, *Revue Historique des Droit Française et Étranger*, 79 (2001), 257-291.

³¹ Según Roumy, si hacemos una lectura superficial, sólo a título de ejemplo, del *Thesaurus Diplomaticus Cetedoc* (1ª edición, Turnhout, Brepols, 2000) veremos que, para un corpus importante de documentos limitados a la frontera de la Bélgica actual durante un período que va hasta avanzado el siglo XII, el término *exactio* supera notablemente a *consuetudines*. En el primer caso se encuentran 614 entradas, en el segundo 427. Cfr. ROUMY, *op. cit.*, p. 286.

para Roumy, una fuente diferente aunque también ligada a la retórica. Considera probable situarla en dos textos, *De inventione* de Cicerón y la *Rethorica ad Herennium*, que la tradición medieval adjudicaba al rétor romano pero que, en la actualidad, se considera de autor desconocido³². Para el especialista, lo que ha empañado la comprensión del vocablo *consuetudo* es el sentido engañoso generado por el sentido actual de la palabra costumbre, resultado de la aculturación del derecho justiniano y, sobre todo, de su interpretación medieval.

Por último, y esta observación es clave, la utilización de *consuetudines* como sinónimo de exacción no es una novedad del siglo XI sino que ya estaba presente en los códigos alto-medievales, sobre todo en el *Código Teodosiano*. A diferencia de la época clásica —en la cual el término *consuetudo* podía designar la regla consuetudinaria practicada localmente por ciertas poblaciones del imperio—, las constituciones del *Código Teodosiano* limitaron el sentido del vocablo al derecho público, aplicándolo frecuentemente a los usos de la administración central o local, relativos a los problemas fiscales. Si se examinan las setenta y una constituciones del *Código* que se refieren a la *consuetudo*, se puede ver, en efecto, que nueve de ellas al

³² Dos pasajes del *De inventione* evocan el derecho reposando sobre la costumbre (*consuetudine jus*). El primero remite a la más antigua y famosa definición de costumbre: Cicerón presenta a ésta como fundada sobre el tiempo y apoyada en el consentimiento del ensamble del cuerpo social, sin necesidad de que la ley intervenga para sancionarla. Da como ejemplo las prácticas consagradas por el pretor romano al final de la República. En otro pasaje, plantea que la costumbre se nutre poco de la naturaleza, desarrollándose básicamente a partir del uso. Por otro lado, un fragmento de la *Retórica a Herennio* que presenta las diferentes categorías de *ius* evoca la costumbre como una posible fuente del derecho al lado de la naturaleza, de la ley y del precedente judicial. El derecho natural aparece fundado en la observancia de ciertos deberes entre los próximos y la familia, el *ius lege* se encuentra sancionado por la decisión del pueblo y el *ius consuetudine* por el uso, en caso de ausencia, de toda sanción legal que adquiere fuerza de ley.

menos tratan de las *exacciones* o, más generalmente, de los *exactores*³³.

Esta idea ha sido reafirmada por Dominique Barthélemy al señalar que ni la propia palabra *consuetudines* ni la práctica de estos usos eran nuevas: “la *consuetudinaria functio* (exacción de usos) aparece constantemente mencionada en época merovingia”³⁴; “no hubo por lo tanto ninguna subversión de las reglas de derecho”, tal como lo plantean los mutacionistas³⁵.

Los aportes de Roumy y de Barthélemy permitirían concluir que el uso del término *consuetudines* en reemplazo de exacción no debería interpretarse necesariamente como una novedad respecto de la tradición tardoantigua –que remitiría inexorablemente a la patrimonialización de ciertos derechos públicos, ligada a la aparición del señorío banal– puesto que la utilización de *consuetudines* como sinónimo de *exactio* ya se encontraba disponible en los códigos altomedievales. Incluso, a partir de esta evidencia, podría señalarse exactamente lo opuesto de lo que plantean Duby y Poumarède: si el término *consuetudines* pervivió más allá del año mil y se trataba de un vocablo que refería en la alta Edad Media, a cuestiones fiscales y públicas, dicha pervivencia podría indicar, más que la desaparición de lo público, su continuidad. O, por lo menos, como lo viene señalando hace tiempo Barthélemy, la imposibilidad de distinguir, tanto antes como después del mil, un ámbito de lo privado separado de un espacio de lo público. También esta evidencia llevaría a desbaratar otros supuestos, como ser la idea de que el uso del vocablo *consuetudines* hablaría, como señalan otra vez Duby o Poumarède, de un salto cualitativo en la forma de legitimación del poder: antes del 1000, tal legitimación estaría basada en el ejercicio de una so-

³³ *C. Th.* 1, 12, 7; 2, 2, 21; 11, 7, 15; 11, 7, 16; 11, 7, 18; 11, 7, 19; 11, 16, 7; 12, 1, 117; 12, 6, 22 (citado por ROUMY, *op. cit.*, p. 288).

³⁴ Dominique BARTHÉLEMY, *El año mil y la paz de Dios*, Granada, Universidad de Granada, 2006.

³⁵ Dominique BARTHÉLEMY “Un cambio de milenio sin transformaciones radicales”, en Lester LITTLE y Barbara ROSENWEIN (eds.), *La Edad Media a Debate*, Madrid, Akal, 2003, pp. 219-238 (p. 220).

beranía delegada; después del 1000, ella se asentaría sobre el hábito y el testimonio de una memoria colectiva. En el planteo de ambos autores está claro que el uso del término *consuetudines* sería una estrategia de los nuevos poderes señoriales, en el marco del nacimiento del feudalismo, para legitimar un poder arrebatado e instituido por la fuerza. Llamar *consuetudines* a las obligaciones banales implicaría la intención de instituir las como parte de un recuerdo de la comunidad: si se trata de costumbres, es lógico que ello deba plantearse así. Desde esta interpretación, la operación discursiva buscaría borrar la novedad de la imposición bajo un nombre que encerraría la idea de hábito que se repite desde tiempos antiguos en la comunidad (*consuetudines*). Quedaría así presentado lo nuevo con el ropaje de lo viejo. Según sostiene Poumarède, se trataría de una estrategia de consolidación de dominación que buscaría mantener la opresión, no solamente a través de la violencia sino también mediante el consenso. Sin embargo, esta interpretación se basa en el supuesto de que el sentido del término *consuetudines*, presente en la documentación en torno del siglo XI, se acerca a la definición de la costumbre elaborada entre los siglos XVIII y XIX³⁶ —que utilizamos en la actualidad con frecuencia y que es heredera del romanticismo—: conjunto de normas que se transmiten de forma oral de generación en generación y que caracterizan a un pueblo, una etnia, nación o cultura³⁷. Lo que se pierde de vista por esta contaminación de sentido es que *consuetudines* remite, en la documentación estudiada, al igual que en los códigos altomedievales, a un término técnico que refiere a *exactio*. Roumy señala muy atinadamente que, incluso durante el siglo XII, la *consuetudo* continuaba reenviando al sentido antiguo derivado del derecho teodosiano. Si la posibilidad de usar ambos vocablos indiscriminadamente ya estaba presente en la alta Edad Media entonces se abren

³⁶ Para un análisis en profundidad de ese problema ver Paola MICELI, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI.- XIV)*, Madrid, Dickinson, 2012.

³⁷ Sobre el anacronismo que implica aplicar esta definición de costumbre a la *consuetudo* medieval ver *ibidem*.

tres posibilidades: o bien la patrimonialización de lo público es anterior al mil, o lo público se mantuvo después del mil, o no se puede tomar dicho término como signo de una revolución que culminó en la apropiación privada de la función pública tal, como plantean los historiadores mutacionistas.

Evidentemente, la interpretación de las *consuetudines* en clave mutacionista debe ser revisada a la luz de las diversas observaciones que ha recibido. Nos queda pendiente indagar qué ha pasado con la lectura de las malas costumbres. Avancemos sobre esto, entonces.

La mala consuetudo y los prejuicios de los historiadores

Respecto de las malas costumbres, la crítica más conocida es la que ha realizado Barthélemy, quien puso en tela de juicio la asociación hecha por los mutacionistas entre esas malas costumbres y la piratería señorial³⁸. Como ya señalamos, los especialistas que sostienen la tesis de la revolución feudal plantean que la proliferación, en la documentación, de las *malae consuetudines* expresa la propagación de la violencia señorial sobre los *humiles*, denunciada sobre todo por la Iglesia. Las investigaciones de E. Magnou-Nortier fueron pioneras en trazar una relación entre la paz de Dios y las malas costumbres en la zona del Midi francés³⁹, mostrando que las primeras menciones a “malas costumbres” se encuentran en los cánones del concilio llamado “de Puy”, celebrado durante los años 993 o 994⁴⁰. Los historiadores mutacionistas retomarán este planteo para afianzar su hipótesis acerca de la violencia feudal, sugiriendo que se trataría de un movimiento de paz reclamado por los oprimidos y recuperado por la propia Iglesia a fin de poner orden en medio del caos y de la violencia imperante.

³⁸ Ver BONNASSIE, *op. cit.*, p. 590.

³⁹ MAGNOU-NORTIER, *op. cit.*, pp. 135-172.

⁴⁰ LAURANSON-ROSAZ, *op. cit.*, p. 45.

Para Barthélemy, esta interpretación es resultado de un prejuicio de los historiadores, basados a su vez en los prejuicios de los monjes medievales. La calificación de estos impuestos como malos e injustos debería ser leída, para el crítico, no como la demostración palmaria de un “terrorismo de clase” sino como un juicio de valor difundido por los monjes en el período de mayor expansión de los monasterios, momento en el cual sus propios bienes se veían amenazados por el avance de los señores laicos. En Vendôme, región estudiada por este historiador⁴¹, se encuentran, entre 942 y 954, varias referencias a *usos* pero éstos aún no son denunciados como injustos; será recién después del 1000, en pleno avance de Cluny, cuando la pluma de los redactores monásticos exija que los laicos renuncien a la reivindicación de malos usos y violaciones (*violentia* en latín) de derechos de Cluny por apropiación efectiva o incluso por litigación⁴². Esas denuncias de malos usos y la puesta en marcha de la paz de Dios no tendrían por objetivo, para Barthélemy, la preservación de la paz por sobre la violencia feudal ni la protección de los *humildes* sino la defensa de los bienes de la Iglesia, la preservación de los señoríos eclesiásticos.

También Sassier considera, al estudiar el sintagma “mala costumbre” en los diplomas reales, que los sucesores de Hugo Capeto no cesaron en su empeño por suprimir las malas costumbres para ejercer un poder legislativo “hueco” con el objetivo de restablecer, en provecho de la Iglesia, un orden jurídico “antiguo y mejor” que el regido por las malas costumbres. La aparición de la palabra *consuetudo/consuetudines* en la documentación, según Sassier, no sería tanto la marca de la aparición repentina del señorío banal sino más bien una fuerte reacción de las elites religiosas, y principalmente monásticas, tratando de poner fin a un largo período de degradación del antiguo patrimonio eclesiástico⁴³.

⁴¹ Dominique BARTHÉLEMY, *La société dans le comté de Vendôme de l'an mil au XIVe siècle*, París, Fayard, 1993.

⁴² BARTHÉLEMY, *El año mil y la paz de Dios...*, pp.108-109.

⁴³ Sería importante tener presente que el término *consuetudines* aparece igualmente en el vocabulario eclesiástico medieval para referirse a la regla

En el caso hispánico, aquellos que ejercían la potestad normativa también buscaban “reponer” un derecho de matriz antigua contra las malas costumbres. En el caso del fuero de Sahagún citado al inicio del artículo, Alfonso VI –al entregar al monasterio una serie de privilegios (*consuetudines*)– estaría de algún modo, como bien dice Sassier, recomponiendo el patrimonio eclesiástico.

Pero no debemos olvidar lo señalado con anterioridad: en el mundo medieval, el derecho no se concebía como un elemento en formación permanente sino que era considerado como un ordenamiento jurídico preexistente, inmanente, positivo, natural y divino que no podía ser conocido más que por la observación de la realidad y por la aprobación de las autoridades. Cualquier desvío de ese orden debía ser corregido. La acción de la realeza y de los señores en contra de las malas costumbres debe ser entendida en este sentido, como reposición de un orden natural y divino que favorece la *ratio* y la *utilitas publica* –argumentos que aparecían con frecuencia⁴⁴–.

Atacar el orden instituido era también violentar la *ratio*. Es entonces cuando el término *violentia* –que aparece con frecuencia en la documentación monacal a partir del siglo XI y que suele interpretarse como un síntoma de tempestad social o de anarquía feudal– adquiere un carácter técnico. Barthèlèmy advierte sobre la tecnicidad de la palabra: *violentia* tiene, en la documentación, un sentido técnico, significa “incorrecto” o “contra la ley”. Los monjes designaban con el término *violentia* todo aquello que rivalizaba con la legalidad que ellos querían establecer. Lejos de lo que se ha planteado, tal vocablo no remite a la denuncia de alguna forma de terrorismo de clase sino a un tecnicismo que da cuenta del carácter irracional de una práctica ¿En qué sentido es un tecnicismo? Advertimos aquí el núcleo que debemos explorar.

que sigue una determinada orden monástica.

⁴⁴GIORDANENGO, *op. cit.* p. 290.

El carácter técnico de las *malae consuetudines*

Estamos absolutamente habituados a considerar, en sintonía con los historiadores mutacionistas, que expresiones tales como “malos usos” o “malas costumbres” remiten a la idea de costumbres injustas. Cuando un monasterio, un rey o un señor laico otorga buenas costumbres en contra de los “malos usos” se supone que (en versión mutacionista) esos malos usos remiten a la apropiación privada y violenta de los derechos banales, generalmente injustos y excesivos para los campesinos o bien (desde la perspectiva crítica) que esos malos usos son calificados como injustos con el fin de reafirmar el lugar soberano de quien está otorgándolos y consolidar su dominación. Nadie duda de que la calificación de “malo” remite al modo abusivo de ejercicio de la autoridad banal. Sin embargo, una lectura en clave técnica (la que intentamos proponer retomando el comentario de Barthèlèmy) nos muestra otra cosa. La calificación de las costumbres como injustas o malas tenía como finalidad fundamental señalar el carácter irracional de las mismas, cuestión que los intelectuales cristianos venían trabajando desde la alta Edad Media: toda costumbre contraria a la razón debía ser eliminada. Si bien será a partir del siglo XII en que se consolide, en el derecho canónico, la idea de que la costumbre debe ser conforme a razón, existían desde la época clásica tratados que vinculaban estrechamente costumbre y razón. Para fines de dicha época clásica, dos obras de Tertuliano, *De virginibus velandis* y *De corona* (aparecidas entre el 160 y el 220 d. C.) mostraban las primeras marcas de un pensamiento cristiano acerca de la costumbre. En ambos textos, la costumbre se fundaba en la tradición pero no a la manera en que la pensaban los jurisconsultos clásicos –es decir, como la simple repetición de un uso en el tiempo– sino remitiéndola a una autoridad más grande que se remontaría a los apóstoles, intérpretes autorizados de la ley divina (*Cor. 4, 7: Si legem nusquam reperio, sequitur ut traditio consuetudini morem hunc dederit, habiturum quandoque apostoli auctoritatem ex interpretatione rationis*). Tertuliano asimilaba la *lex fidei*, de la cual los apóstoles serían dichos intérpretes autorizados, a

la *lex veritatis o rationis*⁴⁵. De esta manera, la costumbre repobaba indirectamente, para el mismo Tertuliano, sobre la razón –idea que, según Gaudemet, es el condimento propiamente cristiano de la reflexión sobre la *consuetudo*–. Entre los rétores y los jurisconsultos romanos, la *ratio* no designaba el concepto abstracto de una norma racional; significaba meramente el motivo, la razón contingente que explicaba la aparición de una regla. Serán los autores cristianos quienes, asimilando *ratio* a *veritas*, inauguren la posibilidad de considerar como no válida una costumbre opuesta a la razón. La confrontación *consuetudo-veritas* será, a partir de ese momento, un motivo recurrente en el pensamiento cristiano, produciéndose una identificación clara entre *veritas*, *ratio* y *Christus*; filiación visiblemente plasmada en la frase de *De virginibus velandos* I, 1: “Cristo afirmó que era la verdad, no la costumbre” (*Sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit*). Para ser válida, pues, no debe ser contraria a la razón, es decir, a la *veritas* (que es para el fiel el fundamento primero y único de toda disposición jurídicamente válida⁴⁶).

Este tópico será retomado a lo largo de toda la Edad Media. Tanto Yves de Chartres (decreto IV, 234) como el mismo Graciano (D. 8, c. 5) apelaron a ese lugar común de la patrística: Cristo ha dicho yo soy la verdad y la vida, no dijo soy la costumbre. Esta asociación entre Cristo-Verdad-*Ratio* permitirá descartar toda costumbre considerada errónea y por tanto irracional. A partir de mediados del siglo XII, decretales pontificias y cánones conciliares reactivaron la idea de que la costumbre debe ser conforme a la razón –condición que luego adoptaran también los civilistas–. A partir de ese momento, toda costumbre juzgada contraria a la verdad, a la razón, al derecho o a la ley podría ser calificada de *mala consuetudo* y,

⁴⁵ Jean GAUDEMET, “Coutume et raison en droit roman”, *Revue Historique de Droit Française et Étranger*, 17 (1938), 141-171 (p. 163).

⁴⁶ Lucio BOVE, *La consuetudine in Diritto Romano*, Nápoles, Jovene, 1971, t. I, pp. 202-203.

por lo tanto, abrogada⁴⁷. Por todo esto, el problema del error en el *animus communitatis* no fue una cuestión menor para los civilistas influenciados por la doctrina canónica. El error empezaría a tener, en la discusión de los glosadores, un trasfondo moral, equiparándose de esta manera con la idea canónica de irracionalidad. Si en la *Summa* de Azon se había definido la costumbre como *quasi communis assuetudo*, Acursio eliminará cualquier duda sobre el sentido de esta fórmula justificando el poder invalidante del error⁴⁸.

Este carácter razonable de la costumbre se encuentra claramente presente en la Península ibérica, en las condiciones que, en *Partidas* I. 2. 5, se fijan para el establecimiento de una costumbre:

⁴⁷ Jacques KRYNEN, “Entre sciences juridiques et dirigisme: le glas médiéval de la coutume”, *Cahiers des Recherches Médiévales*, 7 (2007) –disponible en <http://crm.revues.org/index892.html>–.

⁴⁸ De acuerdo a Fedele, se podría decir que, en términos generales, existían cuatro opiniones sobre este tema: la que entiende que la costumbre vale aun cuando se base en un error; la contraria, que plantea que, en caso de error, la costumbre no vale (“*qui errat non consentit*”); la opinión que distingue el caso del error de hecho del caso del error de derecho –afirmando que, en al primera situación, la costumbre se anula mientras que, en el segundo, no–; la última, difundida por Jacques de Revigny y Pierre de Belleperche, que distingue entre una *consuetudo praeter legem* y una *consuetudo contra legem* –en el primer caso, sólo el *error facti* anulaba la validez del consentimiento–. Un error de derecho no implicaba vicio en la introducción de una costumbre. En cuanto a una costumbre contraria a la ley, tanto el error de hecho como el de derecho destruían la fuerza del *consensus populi*. Igualmente, como señala Mayali, esta distinción no concentrará la mayoría de los votos: la tendencia general será considerar que una costumbre errónea no podía ser tenida por costumbre. Para un análisis de esta cuestión en profundidad ver Pío FEDELE, *Il Problema dell’animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, Milán, Giuffrè, 1937, especialmente pp. 61-100; Paolo GROSSI, “*Unanimitas*. Alle origine del concetto di persona giuridica nel diritto canonico”, *Annali di Storia del Diritto*, 2 (1958), 1-103; Laurent MAYALI, “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52 (1990), 11-31 (esp. pp. 22-23); Ennio CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Varese, Giuffrè, 1962, t. II, pp. 103-110.

Y tal pueblo como este o la mayor partida de él si usaran diez o veinte años hacen alguna cosa como en manera de costumbre sabiéndolo el señor de la tierra y no contradiciéndolo teniéndolo por bien pudiéndolo hacer y debe ser tenido y guardado por costumbre si en este tiempo mismo fueren dados concejaramente de treinta juicios arriba por ella de hombres sabios y entendidos en juzga, no habiendo quien la contrarie... Otrosí decimos que la costumbre que quiere el pueblo poner y usar de ella debe ser con derecha razón y no contra la ley de Dios, ni contra seores, ni contra Derecho natural, ni contra pro comunal de todo la tierra o del lugar donde se hace. Y débenla poner con gran consejo, y no por yerro ni por antojo, ni por otra ninguna osa les mueva, sino por derecho y razón y pro, pues si de otra manera la pusiesen no sería buena costumbre más sería en daño de ella y de toda justicia.

En primer lugar, el pueblo o *maiors pars* es sujeto activo para el establecimiento de la costumbre. Este es definido en *Partidas* “como ayuntamiento de gentes, también de caballeros como de otros hombres de menor guisa”. Para Rafael Gibert Sánchez de la Vega, esta relación entre costumbre y pueblo evoca el fragmento D. 1, 3, 32, 35 pero sería sobre todo una adaptación de, por un lado, la definición isidoriana relativa a la *lex* – “*consitutio populi, qua maiores natu simul cum plebibus*” (*Etimologías*, V, 10, 1 y IX 4, 5-6) – y, por otro, una referencia presente en las *Instituciones* de Gayo – “*populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patricios*” (I, 2)⁴⁹ –. En segundo lugar, se presenta el plazo temporal para que *uso* sea considerado *costumbre*. Probablemente, ello tiene como referente la *Summa* de Azon en donde figura este mismo plazo temporal para la introducción de una costumbre.

⁴⁹ Rafael GIBERT y SÁNCHEZ DE LA VEGA, “Costumbre a partir de las *Partidas*”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52 (1990), 151-169 (p. 155).

En tercer lugar, no alcanza con un juicio del ánimo para el establecimiento de una costumbre sino que se requiere una demostración exterior y, sobre todo, judicial (treinta juicios). En cuarto lugar, aparece claramente la necesidad de que se trate de un uso conforme a razón y producto del consenso, quedando invalidada aquella costumbre introducida por error o por antojo.

Por lo dicho hasta aquí, no alcanzaría entonces con ver los malos usos como normas consuetudinarias vejatoriamente impuestas por los señores en el marco de instalación del señorío banal –y a las buenas como “manifestación de la voluntad popular”⁵⁰ –. La presencia del sintagma “malas costumbres” tiene que ver, en mayor medida, con una estrategia retórico-técnica para desestimar un derecho e imponer otro antes que con la presencia sistemática de un terrorismo de clase expresado sintomáticamente en un vocablo. Será necesario, para una mejor comprensión del fenómeno, por un lado poner en relación estas locuciones, como dice Roumy, con los conceptos presentes en los códigos altomedievales y, por otro, como acabamos de señalar, con las elaboraciones dogmáticas acerca de la costumbre. Horizonte que ha quedado velado por el impacto de la tesis de la mutación feudal.

⁵⁰ Esta idea está explícitamente plasmada en José María PÉREZ-PRENDES y José Manuel AZCÁRRAGA SERVET, *Lecciones de historia del derecho español*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, p. 157: “Aquellas normas consuetudinarias impuestas vejatoriamente por los señores y que la voluntad popular sufre a la fuerza, se las nombra con el apelativo «malas o desaguisadas», mientras otras, que son realmente manifestación de la voluntad popular tienen por tanto el asenso de la comunidad, recibe el nombre de «buenas»”.