

ACTAS Y COMUNICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA ANTIGUA Y MEDIEVAL

VOLUMEN 9 - 2013

POR FUERZA Y SIN RAZÓN: EL VOCABULARIO TÉCNICO DE LA APROPIACIÓN A PARTIR DE LOS CONFLICTOS ABULENSES (SIGLO XV) *

By force and without reason: the technical vocabulary of the appropriation from
abulenses conflicts (15th century)

Paola Miceli
Universidad Nacional de General Sarmiento

Fecha de Recepción: Noviembre 2013
Fecha de Aceptación: Noviembre 2013

RESUMEN

La documentación del Asocio de la ciudad de Ávila y sus pueblos es un acervo documental más que rico para un análisis de los procesos judiciales que se desarrollaron en Castilla a partir del siglo XV en torno del problema de la apropiación de los terrenos comunes. Los testimonios expuestos en estos pleitos muestran una recurrencia en los argumentos (tiempo, uso, razón y fuerza) que ameritan un análisis técnico de estas referencias. Este artículo tiene por objetivo analizar las referencias a la *fuerça e syn razón* en las declaraciones de los testigos como estrategia jurídico discursiva para la adquisición de derechos. Con este objetivo se indagará el vínculo entre estos argumentos (la fuerza y la sinrazón) y las definiciones jurídicas de *dominium* y *ius consuetudinarium* del derecho común.

PALABRAS CLAVE

Fuerza – Irracionalidad - Derecho consuetudinario - Conflictos por la tierra - Edad Media

* Trabajo presentado en el V Encuentro de Actualización y Discusión: “Haciendo hablar a los documentos. Problemáticas y testimonios de la Antigüedad Clásica a la Edad Moderna”, realizado en la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, los días 30 y 31 de Octubre de 2013.

ABSTRACT

The documentation of *Asocio* the city of Avila is a rich collection of for an analysis of the legal proceedings that were developed in Castile from XV century around the problem of appropriation of common land. The testimonies presented in these lawsuits show a recurrence in the arguments (time, use, reason and strength) that merit a technical analysis of these references. The aim of this paper is to analyze the references to *fuerça e syn razón* in the statements of witnesses as discursive juridical strategy for the acquisition of rights. With this objective will explore the link between these arguments and the legal definitions of *dominium* and *ius consuetudinarium* of *ius commune*.

KEY WORDS

Force – Irrationality - Customary Law - Land disputes - Middle Ages

El título de la convocatoria “Haciendo hablar a los documentos” invita, sin duda, a una reflexión sobre la relación entre los documentos, la operación historiográfica y lo real. Me gustaría, entonces, comenzar con algunas consideraciones breves en torno de esta relación, para trabajar luego con “mi documentación” específica.

“En historia [señalaba Michel De Certeau] todo comienza con el gesto de poner aparte, de reunir, de convertir en documentos algún objeto repartido de otro modo”¹. De este modo, De Certeau remitía a dos operaciones básicas de la disciplina historiadora respecto de los documentos. Por un lado, a la decisión que toma el historiador al seleccionar sus fuentes, cuestión que determina su acceso a lo real y su interpretación. La referencia permanente de los historiadores a los documentos como “mis fuentes” muestra claramente, como señalan Morsel y Kuchenbuch, lo que denominan el proceso de “destrucción de los documentos” operada por el historiador al apropiarse del material. El historiador reorganiza los documentos según su interés, su objetivo de investigación, su perspectiva. Así hace desaparecer la distancia entre él mismo y los materiales: crea un ensamble disponible, cercano a él y subordinado a sus deseos, organizado y estructurado; trazando así una relación íntima claramente expresada con el posesivo “mis”². Una primera cuestión entonces a considerar en relación con los documentos es que la apropiación destructiva que hace el historiador del material existente -seleccionando, apartando, reuniendo- “destruye” su contenido “original”, o mejor dicho destruye las lógicas de producción y conservación anteriores a su investigación.

Por otro lado, De Certeau refería al papel clave que tiene la archivística en la construcción del objeto y de los problemas del historiador. En un dossier aparecido en 2004 en la Revista *Synthèse* bajo el nombre *Fabrique des archives, fabrique de l'histoire*, se muestran los efectos que la operación archivística produce sobre la construcción del saber historiográfico, no solo por la selección de los documentos que realiza sino y, sobre todo, por la operación de clasificación que efectúa el archivista³. En la introducción de dicho volumen, Étienne Anheim y Olivier Poncet, sostienen que la puesta en archivo es un proceso en sí mismo que transforma las lógicas documentales para crear otras, que afecta a los documentos en sus coordenadas, series, fondos, lugares en todos los elementos que son

¹ DE CERTEAU M., *La escritura de la historia*, Universidad Iberoamericana, México, 1985, p.92.

² KUCHENBOUCH L., “Sources ou documents? Contribution à l'histoire d'une évidence méthodologique”, *Hypothèses*, Publicación de la Sorbona, 2003/1, 287-315; Ver MORSEL J., «Les sources sont-elles le pain de l'histoire», *Hypothèses*, Publicación de la Sorbona, 2003/1, pp. 271-286.

³ *Fabrique des archives, fabrique de l'histoire du Moyen Âge au XIXe siècle*, Número especial de la *Revue de Synthèse*, Éditions Rue d'Ulm, t.125, 2004.

indisociables del documento⁴. Un ejemplo fascinante de esto que indican los autores es el de la invención del linaje medieval a partir del modo en que la archivística alemana en el siglo XIX clasificó y organizó los fondos documentales, cuestión desplegada por Joseph Morsel en un artículo en el mismo dossier⁵. Una segunda reflexión entonces queda habilitada: la escritura de la historia no solo está condicionada por la decisión del historiador en la selección de *su* corpus documental, sino que su propia investigación ha sido *ya decidida* por las estrategias de conservación y clasificación del archivista que es previa a cualquier investigación y que generalmente los historiadores desconocemos. Advertir esto complica aún más el anhelo romántico de que los documentos analizados hablen de la realidad perdida que estamos estudiando.

Otra cuestión interesante para reflexionar es el carácter parlante de los documentos. Ya nadie en la actualidad sostendría sin ruborizarse, al menos un poco, que los documentos hablan por sí mismos. Sin embargo, la imagen de la fuente parlante sigue viva en la idea, a la que la mayoría adherimos, de que los documentos hablan frente a la pregunta del historiador o que el historiador hace hablar a los documentos sometiéndolos a su exhaustivo interrogatorio. Creo que en el corazón de esta imagen está la idea del documento como testigo que conserva la verdad de lo que ya pasó. Metáfora compleja que reenvía a la ambigüedad que también posee el testigo judicial supuesto representante de la verdad del hecho pero exponente en realidad de la verdad del derecho. ¿De qué verdad habla el documento? Tal vez de sus propias operaciones de producción: de las condiciones de producción y de puesta por escrito de la sociedad que lo elaboró, de las operaciones de selección y clasificación de la archivística, de los procedimientos legítimos del discurso histórico.

Ahora bien, si el carácter parlante de los documentos genera dudas, su dimensión dibujada, escrita o esculpida es una certeza (aun cuando sepamos que dibujar, escribir o esculpir no tiene el mismo sentido en la Edad Media que en nuestra sociedad). Lo cierto es que los medievalistas no contamos con fuentes orales. En ese punto, y esta es la tercera cuestión que me gustaría plantear, cada tipo de documento tiene un lenguaje específico. No es lo mismo interpretar una imagen que un texto; tampoco es lo mismo interpretar un texto literario que un documento jurídico. He aquí el eje de esta ponencia: tratar de mostrar el carácter técnico que algunas expresiones poseen en fuentes jurídicas, aspecto muchas veces dejado de lado por los historiadores en nuestro afán de llegar a través del documento a una verdad perdida extra textual.

Yan Thomas, en combate permanente con esas interpretaciones que leían el discurso jurídico desde el sentido común, había planteado que el derecho no debía ser pensado desde la experiencia inmediata sino como un saber técnico que da forma a los objetos sociales, remodela la realidad y ordena el mundo social redefiniéndolo y recalificándolo por fuera de la inmediatez⁶. Es esta idea la que quisiera recuperar para el análisis del corpus documental seleccionado.

Tomaremos el ejemplo de las referencias a la fuerza y a la sinrazón en la documentación del Asocio de la ciudad de Ávila con el objetivo de mostrar el carácter técnico

⁴ ANHEIM É. y PONCET O., "Presentation", número especial de la *Revue de Synthèse: Fabrique des archives, fabrique de l'histoire du Moyen Âge au XIXe siècle*, Éditions Rue d'Ulm, t.125, 2004, pp. 1-14.

⁵ MORSEL J., "Le médiéviste, le lignage et l'effet de réel. La construction du *Geschlecht* par l'archive en Haute-Allemagne à partir de la fin du Moyen Âge", *Revue de Synthèse*, 125, 2004, pp. 83-110.

⁶ THOMAS Y., *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 9.

de estas referencias, vinculando la presencia de estos argumentos en las alegaciones de los testigos con las definiciones jurídicas del *ius consuetudinarium* elaboradas por el derecho común. Esta colección documental comenzó a diseñarse a finales del siglo XV bajo el nombre de *Asocio de la Universidad de Ávila y sus Pueblos*, cuando la Escribanía Mayor de los Pueblos promovió la recopilación de los pleitos que se habían realizado a lo largo de los siglos XIV y XV⁷. Se trata de pesquisas y sentencias que en general tienen por actores, por un lado, al propio concejo de Ávila y su tierra y, por el otro, a algún particular al que se acusa de haber tomado para sí términos de usufructo común.

Por fuerça e syn razón

Los documentos del Asocio están plagados de referencias a la fuerza y a la sinrazón. Si tomamos como ejemplo el proceso judicial que en 1414 entabla el concejo de Ávila contra Diego González del Águila, por la posesión del echo de Villacarlón y de otros términos que mantenía en la dehesa de Villaviciosa, en Albornos, Naharros y Gallegos y sus cercanías, que el consejo reclamaba como común de la ciudad vemos que los testigos van declarando que sabían que en estas zonas el pasto era para uso común del ganado de los vecinos de Ávila y que hacía entre veinte y treinta años que el padre de Diego González, Nuño González, los había tomado para sí. Los testigos para demostrar la ilegalidad de la toma utilizan las expresiones *por fuerça e syn razón*:

*“Otrosy dixo este testigo que sabía que los Salobrales de naharros que eran pasto común e concegil de la dicha çibdat de Avila e de su tierra, e que pude avert reynta años poco más o menos que los entró e tomó por fuerça e syn razón Nuo Gonçález del Aguila e los fizo guardar. E agora que los tenía y los guardaba e prendaba en ellos Diego Gonçález su fiio”*⁸.

La fuerza y la irracionalidad se plantean como opuestas al uso y a la costumbre. En el mismo documento leemos:

*“Preguntado sy sabe quel dicho Diego Gonçález sy toma dicho término e prados por fuerça y sin rrazón, dixo que sy sabe; preguntado por qu’e lo sabe porquel dicho término e prados son en tierra de Avila, e en tierra de Avila es uso e costumbre de paçer todos los ganados por toda la tierra de Avila syn pena alguna, guardando pan e vino e prado de bueyes desde tempo que se suele guardar”*⁹

La historiografía generalmente ha considerado que esta acusación lanzada contra los usurpadores debido al uso de la fuerza muestra, por un lado, la sensación de debilidad del campesino frente al avance de este poder impune, y, por el otro, el comportamiento violento e intimidatorio de los poderosos. Los testigos de estos pleitos, se dice, denuncian a través de esas expresiones las actuaciones ilegales, los comportamientos violentos, de agresión e intimidación de los usurpadores¹⁰. No hay duda de que estos conflictos estaban atravesados por la violencia señorial. En los documentos se habla explícitamente del establecimiento de

⁷ LÓPEZ, I.C. y DEL SER QUIJANO, G., *Documentación Medieval del Asocio de la Extinguida Universidad y Tierra de Ávila*, Universidad de Ávila, Ávila (= Asocio), 1990.

⁸ *Asocio*, p. 259

⁹ *Asocio*, p. 264. Estas expresiones, según las cuales los usurpadores actuaron “*contra raçon e contra derecho*” o “*sin raçon e sin derecho*”, o tomaron términos “*sin mostrar título nin raçon alguna*”, se hallan en numerosos documentos. Ver *Asocio*, pp. 175, 179, 180; 196; 214; 260, 264, 265, 266; 354, 355; 409, 415)

¹⁰ MONSALVO ANTÓN J.M., “Costumbres y comunales en la tierra medieval de Ávila. Observaciones sobre los ámbitos de pastoreo y los argumentos en los conflictos de términos”, en de Dios S., Infante J., Robledo R. y Torijano E. (eds.), *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 15-70, p. 64.

una práctica del terror por parte de los señores (como, por ejemplo, la instalación de una horca en el territorio usurpado, la prenda y el asesinato de animales) así como de la violencia que los mismos ejercían sobre los vecinos¹¹.

Ahora bien, que estos conflictos estaban atravesados por la violencia es casi una banalidad. Como acabamos de ver ella es descripta con claridad en los propios documentos. Sin desautorizar esta interpretación, intento que sería absurdo dado el nivel explícito de la violencia en la documentación, nos proponemos aquí una lectura en otra clave, una interpretación que entiende el sintagma “por fuerza y sinrazón” como una fórmula que se vincula directamente con los montajes que los juristas construyeron entorno del problema del consentimiento y la razón en su esfuerzo por definir el derecho consuetudinario.

Permítaseme entonces, para dar cuenta de esta relación, un breve recorrido por la recepción justiniana y la elaboración de la idea de la costumbre como derecho.

La fuerza y el consentimiento en la definición del derecho consuetudinario

Como ya es sabido para fines del siglo XI Occidente conoce un acontecimiento fundamental para su historia posterior: la recepción del Corpus Justiniano. Si bien, el vocablo costumbre se encontraba presente en varios de los libros recuperados, sobre todo en el *Digesto* y el *Codex*, no era un concepto clave en el derecho romano: su presencia era escasa, no tenía en este período un valor jurídico preciso, no se encontraba definido, etc.

La cuestión cambia con la recepción a finales del siglo XI. La preocupación de los glosadores por lograr una definición exhaustiva de la *consuetudo* rompe con el desinterés que había caracterizado a los juristas romanos y produce como resultado la aparición de un concepto inexistente en el corpus recuperado: el derecho consuetudinario. La costumbre tal cual aparecía en el Corpus justiniano se presentaba para los juristas medievales de modo demasiado ambiguo: en primer lugar, porque el criterio temporal era impreciso: no se establecía la cantidad de años necesarios para que una costumbre fuera introducida. En segundo lugar, porque la causa de la costumbre remitía a la difusa categoría de la *consensu*

¹¹ Esta violencia señorial se percibe claramente en muchos de los pleitos contenidos en el *Asocio*, p. 176: “... *Pieres Guiera, caballero, [...] dixo este testigo... que Gil Gonçález, fijo de Estevan Domingo, que de quatro o çinco años a esta parte que avía tomado pieça de una sierra conçeijil...e que prendava a los veçinos de Ávila...*”; p. 355: “... *este testigo lo prendaron en la dicha garganta Rruy García, mayordomo del dicho Diego Goncález, tres cabras e le degollara la una e le levara veynte maravedís e un tordo, e que nunca lo dél cobrara...*”; p. 356: “*E que agora de diez años acá que la tiene entrada e tomada Diego Goncález de Contreras, veçino de Segovia, e prendan en ella por su mandado a qualquier de los vecinos de la dicha çibdat e de du tierra que entravan en ella, salvo los que se avienen con él o con su mayordomo...*”. Para un ejemplo de instalación de horca en territorio usurpado ver Barrios García, Monsalvo Antón y del Ser Quijano, *Documentación medieval del archivo municipal de Ciudad Rodrigo*, Ediciones de la diputación de Salamanca, Salamanca, 1988, doc. 247, pp. 288 y ss. En otros casos se describe a los hombres que ocupan las tierras como poderosos, llevando consigo *pieça de omes* cuya función central sería, seguramente, atemorizar a los vecinos; *Asocio*, p. 258: “*Preguntado cómo el dicho Nuño Gonçález los tomó por fuerza, dixo que porque lo viera pasto común, conmo dicho avía, e ge lo viera tomar syn mostrar título nin razón alguna, e aun que, quando tomara, que levara pieça de omes consigo e que, porque era poderoso e con miedo que les farían mal, que non osaran los dichos labradores rrecla-mar; e que esto es lo que vio e sabe de fecho para la jura que fizo*”. Lo mismo se repite en *Asocio*, p. 259. “*E yo, Andrés Gonçález, escrivano público de los rreyes [...] vi conmo el dicho Bernaldino tomó una vara que llevaba Pero Gómez, alcalde en Çapardiel, que ge la iva a notyficar [...] e ge la tomó de la mano forçosamente e ge la fizo pedaços en la cabeça e le dixo a él e a los otros que con él yvan que les faría comer la carta e los ahorcarí, que non dexaría ninguno, que non tenían allí que entender el rreynin la rreyna, salvo él...*”⁵⁴. *Asocio*, p. 735.

omnium. En tercer lugar, porque la relación entre *consuetudo* y *lex*, esencial para la estructuración del orden jurídico medieval, era contradictoria en el interior del *Corpus Iuris*. Por último, porque la costumbre hacía equilibrio entre el *factum* y el *ius*. Los juristas se pusieron entonces a trabajar sobre estas ambigüedades con el objetivo de construir para la costumbre un sentido unívoco. Este proceso dio como resultado la aparición del término *ius consuetudinarius* que tendrá una vida muy rica en la tradición jurídica occidental. Finalizada la operación de delimitación del *ius consuetudinarius* se establecerán como sus fundamentos propios la *voluntas populi*, el tiempo, y la razón. Esto fue absolutamente novedoso en la tradición Occidental ya que ni los griegos ni los romanos habían planteado esta combinación de elementos para definir a la costumbre, menos aún la habían considerado *ius*¹².

A partir de los siglos XII y XIII entonces tanto canonistas como romanistas fijaron ciertos criterios para la definición de la costumbre. Entre ellos, dos que nos interesan en función de nuestra argumentación: toda costumbre debe ser razonable, es decir, no puede ir contra el derecho natural, contra el derecho del señor, ni contra la ley de Dios; el otro criterio establecía que la costumbre debía nacer del consentimiento y no de la fuerza.

Empecemos por el carácter razonable de la *consuetudo*. La problemática de la razón en relación con la costumbre no era absolutamente nueva, ya estaba presente para fines de la época clásica. Entre los siglos II y III d. C. dos tratados de Tertuliano, *De virginibus velandis* y *De corona*, aparecidos entre el 160 y el 220 d.C., mostraban las primeras marcas de un pensamiento cristiano 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 intérpretes autorizados, a la *lex veritatis* o *rationis*¹³. 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 velandis* I, 1: “Cristo afirmó que era la verdad, no la costumbre” (*Sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit*)¹⁴. Para ser válida, pues, no debe ser contraria a la razón, por lo tanto a la *veritas* que es para el fiel el fundamento primero y único de toda disposición jurídicamente válida. 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) apelan 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 pontificiales y cánones conciliares

¹² Ver MICELI P., *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Dickinson, Madrid, 2012; MAYALI L., “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bruselas, 52, 1990, pp. 11-31; GOURON A., “Aurore de la coutume”, *Recueils de Mémoires et Travaux*, 14, publicado por la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1988, pp. 181-187; GOURON, A., “Sur les origines de l'expression «droit coutumier»”, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, Universidad de Murcia, 1, 1988, pp. 179-188.

¹³ GAUDEMET, J., “Coutume et raison en droit roman”, *Revue Historique de Droit Française et Étrangère*, Recueil Sirey, 17, 1938, pp. 141-171; GAUDEMET, J., “La coutume au Bas-Empire. Rôle pratique et notion théorique”, *Labeo*, Ed. Eugenio Jovene, 2, 1956, pp. 147-159, p.163.

¹⁴ BOVE, L., *La consuetudine in Diritto Romano*, Nápoles, Ed. Eugenio Jovene tomo I, 2002, p. 202-203

reactivan la idea de que la costumbre debe ser conforme a razón. Condición que luego tomaran también los civilistas. A partir de ese momento toda costumbre juzgada contraria a la verdad, a la razón, al derecho podrá ser abrogada¹⁵. Siguiendo al derecho común en el caso hispánico esta idea quedó plasmada en las *Leyes del Estilo* y en *Partidas*: la costumbre por un lado, no podía ser introducida por error o por antojo; por otro, para su confirmación se consideraba necesaria la existencia de por lo menos treinta juicios¹⁶.

La cuestión del consentimiento fue mucho más ardua porque implicó una redefinición de la categoría romana de *populus*. El famoso pasaje de De Quibus de Juliano del Digesto (I, 3, 32) finalizaba con una idea que le traería más de un dolor de cabeza a los juristas medievales: instalaba la posibilidad de que el tácito consentimiento de todos por desuetudo abrogara una ley¹⁷. Cruzando esta idea del tácito consenso de todos con un pasaje sobre la costumbre de Cicerón (“*Consuetudine ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobatur*”) los glosadores, pero sobre todo los comentaristas, construyeron la doctrina que planteaba que una de las condiciones fundamentales para el establecimiento de la costumbre era la *voluntas* o *consensu populi*. No daré cuenta aquí de los largos debates que implicó la consideración del problema del *populus* como productor de la norma, esto excedería el tiempo otorgado¹⁸. Me importa señalar que en el marco de este debate los juristas reinventaron el concepto de *populus* romano pasando de describir en el derecho romano al conjunto de los varones adultos que participaban en asamblea, a ser considerado como una *universitas*, es decir una corporación, un cuerpo místico que como tal, en abstracto, nunca moría¹⁹. Establecieron también que el consentimiento debía tener una expresión judicial: el consentimiento del *populus* debería expresarse en una cantidad de juicios determinados.

Estos requisitos quedaron claramente expuestos en las condiciones que en *Partidas* I. 2. 5 se ponen para el establecimiento de una costumbre:

“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

¹⁵ KRYNEN, J., “Entre sciences juridiques et dirigisme: le glas médiéval de la coutume”, *Cahiers des Recherches Médiévales*, 7 [<http://crm.revues.org/index892.html>], 2007.

¹⁶ En las *Leyes del Estilo* (238) la costumbre debe ser razonable para poder embargar los derechos escritos: “*Otrosí, es a saber, que cinco cosasson que embargan los derechos scriptos. La primera, la costumbre usada, que es llamada consuetudo en Latin, si es razonable*”.

¹⁷ D. 1, 3, 32: *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet*”

¹⁸ Para el desarrollo de este tema ver CORTESE E., *La norma jurídica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè Editore, Varese, tomo II, 1962, PROSDOCIMI, L., *Observantia. Ricerche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina dei giuristi dei secoli XII-XV*, Giuffrè Editore, Milán, 2001, pp. 18-20; KANTOROWICZ, E., *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología medieval*, Crítica, Madrid, 1985, pp. 107-108; MICELI P., op. cit., p. 228 y ss.; MICELI P., “La consuetudo: de voluntas populi a mentalidad campesina” en *Anales de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, Instituto de Historia Antigua y Medieval (UBA), vol. 44, pp. 277-303.

¹⁹ BALDO DE UBALDIS, *Comm. in Dig. Veteris Proemium § Quoniam*, núm. 45, fol. 3.

*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*²⁰.

La costumbre entonces para generar derecho debía ser razonable y ser producto del consentimiento o de la voluntad del *populus*: hay que volver a resaltar que tanto el *populus*, como la voluntad remitían a una definición jurídica y no como querrá verse a partir del romanticismo del siglo XIX, a una “expresión del espíritu popular”. La dogmática entonces definió para el siglo XII a la costumbre delineando su perfil jurídico transformándola en derecho y fijando los criterios para su existencia. Es a partir de este momento que la costumbre cobra vida en el mundo medieval como derecho.

Consentimiento y racionalidad en la documentación abulense

Teniendo esto presente, entonces, volvamos a la documentación abulense. En los documentos del Asocio de Ávila que estábamos trabajando es posible ver cómo operan estos dos criterios en los alegatos de los testigos. Recordemos el caso citado más arriba: Diego González del Águila se ha apropiado según los testigos *por fuerça y syn razón* de unos términos que se consideran del común. Los declarantes señalan que el susodicho prenda a las bestias que *paçen* en esas tierras ¿Podríamos pensar a partir de lo expuesto sobre la dogmática acerca de la costumbre que las referencias al uso de la fuerza y de la “sin razón” no sólo son marcas de la violencia de los poderosos sino también una estrategia discursiva y legal para demostrar la ilegalidad de la posesión? Muy probablemente. En esta clave, el hecho de decir que Diego González del Águila por fuerza y sin razón prenda los animales que pacen en los ejidos es un intento de demostrar la falta de consenso, la irracionalidad de un uso y, por lo tanto, la ilegalidad de esa práctica. De allí que en el alegato se construya en paralelo la demostración de una costumbre ligada al consenso de los vecinos⁵⁵ y la ilegalidad del uso del “usurpador” unido al ejercicio de la fuerza y de la irracionalidad:

*“Preguntado cómo sabía que los dichos Salobrales eran pasto común de los ganados de los vecinos de Avila de su tierra, dixo este testigo que porque viera , puede averçinquenta años, que los ganados de los vezinos de la dicha çibdat de Avila e de su tierra que paçían comúnmente los dichos Salobrales syn ge lo contrariar persona alguna e que asy lo paçían el dicho tiempo acá, fasta que Nuño Gonçález los tomó por fuerça; preguntado cómo el dicho Nuño Gonçález los tomó por fuerça, dijo que por que lo viera pasto común, conmo dicho avía, e ge lo viera tomar syn mostrar título nin razón alguna”*⁵⁶.

En el documento está claro que los vecinos pastorean su ganado en el término sin ir contra el derecho de la tierra mientras que Nuño Gonçález lo ha tomado por la fuerza sin mostrar título y yendo contra razón. La ocupación de los vecinos es valorada como costumbre de la tierra en tanto que la de Nuño Gonçalez es calificada como usurpación.

En fin, fuerza, razón, consentimiento, tres argumentos claves en la definición del derecho consuetudinario. El trabajo en paralelo, entonces, sobre el decir de los testigos en los conflictos estudiados y sobre las elaboraciones dogmáticas acerca de la costumbre muestra

²⁰ La presentación de todas estas condiciones marcarían para Prieto Bances que en Partidas se sigue en esto al Derecho romano y a los glosadores. Las Leyes del Estilo en cambio parecen trazar, respecto de la doctrina de la costumbre, una relación más estrecha con Tertuliano y con el derecho canónico. En la ley 238 en la que se hace una mínima mención a la costumbre en términos generales, se plantea como única condición de existencia que sea razonable. Ver PRIETO BANCES R., *Obra Escrita*, Universidad de Oviedo, Oviedo, tomo II, 1973, p. 1043.

una clara vinculación entre las prácticas jurídicas y las elaboraciones dogmáticas de las que los historiadores no deberíamos desentendernos. La construcción jurídica de la costumbre como derecho racional avalado por el consentimiento del pueblo hace posible (hacer posible entendido como práctica configurante) la existencia de referencias a la fuerza y a la sinrazón como estrategia, como decir eficaz para lograr la consecución de un derecho.

Ahora bien, ¿qué aporta este cruce más allá de la identificación de esta vinculación entre elaboraciones dogmáticas y práctica judicial? ¿En qué modifica la interpretación señalar la influencia de la doctrina del derecho consuetudinario en el decir de los testigos? Consideramos que es una suerte de antídoto a la tentación romántica de considerar estas fórmulas como meras “expresiones de una mentalidad campesina medieval”. Si el sintagma “por fuerza y sin razón” es una fórmula que remite a las elaboraciones estrictamente jurídicas del *ius consuetudinarium*, en ese caso más que la demostración “del ideario comunista campesino de la Edad Media en estos medios geográficos”, como señala Monsalvo Antón, admitiría una interpretación en clave de estrategia judicial de aquellos que conocen el decir eficaz o, por qué no, como la expresión del ideario de los juristas medievales que diseñaron el derecho consuetudinario con un conjunto de características, una criatura que cobró vida a partir de ese momento en los conflictos medievales.

Para terminar, me gustaría volver sobre el carácter técnico del lenguaje jurídico señalado al inicio del artículo. Analizando la calificación jurídica, Olivier Cayla recordaba que se trataba de un acto fundamental de *evaluación* que consistía en dar a la cosa no el nombre que *merece* o incluso, no el que conviene a la cosa misma, sino a la suerte que se le quiere hacer correr en función de determinaciones políticas y así, se *decide* si un objeto *merece*, en materia de derechos de autor el nombre de “obra”, o en derecho de trabajo el nombre de “huelga” o en derecho internacional el nombre de “situación internacional”²¹. Calificar, con toda la potencia que esta palabra posee, a unas prácticas como irracionales, pues, no solamente describe la naturaleza de un mundo injusto y opresivo, sino que muestra esa capacidad técnica que indicaba Thomas para el derecho, que en su tarea de redefinición y recalificación va más allá de la representación de lo real: da forma a los objetos sociales, remodela la realidad y ordena el mundo social.

Bibliografía

Fuentes

BALDO DE UBALDIS, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Lyon, 1585.

BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Commentaria in primam Digesti veteris partem*, Venecia: apud Iuntas, 1570.

GREGORIO LÓPEZ (ed.) *Las Siete Partidas*, Salamanca, 1555 (reproducción anastática, Ed. Boletín Oficial del Estado, 1984).

LÓPEZ, I.C. y DEL SER QUIJANO, G., *Documentación Medieval del Asocio de la Extinguida Universidad y Tierra de Ávila*, Universidad de Ávila, Ávila (= Asocio), 1990.

Bibliografía Secundaria

ANHEIM É. y PONCET O., “Presentation”, Número especial de la *Revue de Synthèse: Fabrique des archives, fabrique de l'histoire du Moyen Âge au XIXe siècle*, Éditions Rue d'Ulm, t.125, 2004, pp. 1-14.

BOVE, L., *La consuetudine in Diritto Romano*, Nápoles, Ed. Eugenio Jovene tomo I, 2002.

CAYLA O., « La qualification ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, Puf, 18, 1993, pp. 9-10.

²¹ CAYLA O., « La qualification ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, Puf, 18, 1993, pp. 9-10.

CORTESE E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè Editore, Varese, tomo II, 1962.

DE CERTEAU M., *La escritura de la historia*, Universidad Iberoamericana, México, 1985.

GAUDEMET, J., "Coutume et raison en droit roman", *Revue Historique de Droit Française et Étrangère*, Recueil Sirey, 17, 1938, pp. 141-171.

GAUDEMET, J., "La coutume au Bas-Empire. Rôle pratique et notion théorique", *Labeo*, Ed. Eugenio Jovene, 2, 1956, pp. 147-159.

GOURON A., "Aurore de la coutume", *Recueils de Mémoires et Travaux*, 14, publicado por la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1988.

GOURON, A., "Sur les origines de l'expression «droit coutumier»", *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, Universidad de Murcia, 1, 1988.

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

KRYNEN, J., "Entre sciences juridiques et dirigisme: le glas médiéval de la coutume", *Cahiers des Recherches Médiévales*, 7 [<http://crm.revues.org/index892.html>], 2007.

KUCHENBOUCH L., "Sources ou documents? Contribution à l'histoire d'une évidence méthodologique", *Hypothèses*, Publicación de la Sorbona, 2003/1, 287-315.

MAYALI L., "La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge", *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bruselas, 52, 1990, pp. 11-31.

MICELI P., *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Dickinson, Madrid, 2012.

MICELI P., "La consuetudo: de voluntas populi a mentalidad campesina" en *Anales de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, Instituto de Historia Antigua y Medieval (UBA), vol. 44, pp. 277-303, 2013.

MONSALVO ANTÓN J.M., "Costumbres y comunales en la tierra medieval de Ávila. Observaciones sobre los ámbitos de pastoreo y los argumentos en los conflictos de términos", en de Dios S., Infante J., Robledo R. y Torijano E. (eds.), *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 15-70.

MORSEL J., "Le médiéviste, le lignage et l'effet de réel. La construction du *Geschlecht* par l'archive en Haute-Allemagne à partir de la fin du Moyen Âge", *Revue de Synthèse*, 125, 2004, pp. 83-110.

MORSEL J., «Les sources sont-elles le pain de l'histoire», *Hypothèses*, Publicación de la Sorbona, 2003/1, pp. 271-286.

PRIETO BANCES R., *Obra Escrita*, Universidad de Oviedo, Oviedo, tomo II, 1973.

PROSDOCIMI, L., *Observantia. Ricerche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina dei giuristi dei secoli XII-XV*, Giuffrè Editore, Milán, 2001.

THOMAS Y., *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.