



## Entre memoria y olvido. El tiempo de la costumbre en un conflicto medieval

Paola Miceli

---



### Edición electrónica

URL: <https://journals.openedition.org/cem/9592>

DOI: 10.4000/cem.9592

ISSN: 1954-3093

### Editor

Centre d'études médiévales Saint-Germain d'Auxerre

### Referencia electrónica

Paola Miceli, « Entre memoria y olvido. El tiempo de la costumbre en un conflicto medieval », *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre | BUCEMA* [En ligne], Hors-série n° 2 | 2008, mis en ligne le 16 janvier 2009, consulté le 02 mars 2023. URL : <http://journals.openedition.org/cem/9592> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/cem.9592>

---

Este documento fue generado automáticamente el 2 marzo 2023.



Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Partage dans les Mêmes Conditions  
4.0 International - CC BY-NC-SA 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

---

# Entre memoria y olvido. El tiempo de la costumbre en un conflicto medieval

Paola Miceli

---

## Introducción

- 1 Este trabajo se enmarca en un proyecto más general que tiene por objetivo investigar la relación entre práctica judicial y las elaboraciones doctas del derecho consuetudinario en León y Castilla durante la Edad Media. La cuestión del derecho consuetudinario es un problema en el que vengo trabajando desde hace algunos años con el objetivo de cuestionar una tesis clásica entre los historiadores del derecho que consideran a la costumbre como derecho de matriz popular ligado a las prácticas y hábitos de los individuos. Dicha tesis está siendo sometida a revisión a partir de los trabajos de A. Gouron en la zona del Mediodía francés ; y en el mundo hispánico a partir de las investigaciones de A. Iglesias Ferreirós (en Cataluña) y de C. Petit – sobre el derecho visigodo –, entre otros. Mi tesis se plantea, entonces, en el marco de este nuevo abordaje del problema.
- 2 Nuestra presentación se organiza en torno de dos ejes : en primer lugar una rápida exposición de algunos presupuestos teóricos que orientan la investigación. En segundo lugar, la presentación de un trabajo en curso centrado en el análisis de un conflicto puntual, a partir del cual indagaremos la relación que se trama entre práctica judicial y elaboraciones doctas del derecho consuetudinario. En este caso particular que vamos a abordar nuestra reflexión girará en torno de uno de los aspectos constituyente de la costumbre : el tiempo.

## Puntos de Partida

- 3 Un primer punto de partida teórico es considerar a la costumbre en clave jurídica apartando las interpretaciones de cariz romántico ; es decir aquellas que piensan al derecho consuetudinario como espontáneo, inmanente a las prácticas sociales, emergiendo de los comportamientos de los hombres y que, por tanto, conciben a la costumbre surgida de las prácticas ancestrales. Esta concepción, presente en los

trabajos de historiadores como Gacto Fernández, Pérez Prendes, etc., impide ver las transformaciones que se operan en el concepto de costumbre antes y después de la recepción romanista. En esos trabajos se establece, por un lado, una filiación entre derecho consuetudinario y derecho popular quedando la costumbre instituida como esencia que existe desde los orígenes de la humanidad; por otro lado, una confusión entre hábito, repetición social y la costumbre como fenómeno jurídico. Un ejemplo muy ilustrativo de este enredo es el trabajo filológico de J. Rodríguez sobre los fueros del reino de León en donde se traducen bajo el mismo concepto (costumbre) un conjunto heterogéneo de prácticas: las obligaciones impuestas como cargas a los campesinos de una aldea (*consuetudines*), los usos ligados a la tierra (*usus*), las referencias a las leyes antiguas como la *Lex Visigothorum* (*mos*), una práctica de orden no jurídico que se reitera (*solent*), etc. Así, se produce, por un lado, una equiparación entre *usus*, *mos* y *consuetudo*, términos que en la documentación no son intercambiables. En efecto, Justiniano Rodríguez usa la misma palabra, costumbre, cuando los textos dicen «*damus istas consuetudines*» y cuando dice «*more terre*». Por otro lado, y en la misma línea, se asimila toda recurrencia o práctica habitual a la costumbre. Por lo tanto, en el texto traducido, costumbre se refiere tanto a un hábito o hacer comunal como a una imposición señorial. La dificultad principal de este planteamiento, es que lee bajo la luz de la formulación dogmática del *ius consuetudinarum* cualquier término que remita a un hábito reiterado. *Consuetudo* se transforma así en el significado de todos los significantes previos: es el término que viene a traducir toda la dispersión de términos anteriores.

- 4 Una segunda idea rectora de nuestra investigación es que el concepto costumbre existe en la medida en que exista una regla en el interior del discurso jurídico que establezca que la repetición genera derecho. Las investigaciones que estos últimos años llevaron adelante historiadores como Iglesias Ferreirós, Carlos Petit, pero sobre todo André Gouron, Laurent Mayali han mostrado la necesaria y estricta relación de la costumbre con el derecho romano, sin olvidar la operación discursiva llevada adelante por romanistas y canonistas a partir del siglo XII. A partir de estos análisis es posible plantear que la regla que instituye a la costumbre como fenómeno jurídico es históricamente construida, esto implica sostener que lo que le da existencia al derecho consuetudinario no son las prácticas populares sino la recuperación del derecho romano y el trabajo de los juristas medievales sobre este corpus.
- 5 Esta tesis le asigna al discurso un papel instituyente en relación con las prácticas sociales. Revierte la clásica correspondencia entre «realidad» y discurso, dándole a este último un papel activo en la construcción de los objetos sociales. Sin embargo lo que también nos preocupa es no quedar atrapados en el juego de la unidireccionalidad y por eso planteamos que si bien los objetos y conceptos jurídicos son construidos en el ámbito doctrinal, el uso y la circulación de dichos conceptos en la práctica judicial, los transforman, los enriquecen y les agregan nuevos sentidos.
- 6 En León y Castilla, por ejemplo, la aparición y el uso del concepto costumbre están ligados de una u otra manera al derecho romano y a las elaboraciones de los romanistas y canonistas medievales. Un análisis de los fueros castellanos muestra que hasta el siglo XII o XIII, según el corpus de fueros que analicemos, no se hace mención alguna a *consuetudo* ni a otro término factible de ser traducido como tal – a pesar de que los historiadores insisten en sostener la existencia de derecho consuetudinario en Castilla

en este período. La presencia de *consuetudo*, *usus* y *mos* recién se evidencia en los documentos, avanzado el siglo XII y se afirma definitivamente en el siglo XIII.

- 7 El caso de León presenta algunas variantes ya que al mantenerse vigente el derecho romano a través de la *Lex Visigothorum* encontramos más tempranamente un lenguaje capaz de habilitar la juridización de las prácticas reiteradas como *usus*, *mos*, *consuetudo*, y consagrar su carácter normativo. Sin embargo en estos primeros siglos de la Edad Media las *consuetudines* remiten a las obligaciones que los pobladores de tal o cual aldea deben a sus señores ; indican que tales normas se usan o aplican, o habrán de usarse o practicarse ; pero no señalan que hayan nacido de la repetición continuada de unos mismos actos. Es a partir de finales del XII y sobre todo en el siglo XIII que el concepto va a adquirir el sentido de práctica jurídica.
- 8 Estos dos casos, aún con diferencias, señalan no sólo el papel del derecho romano en la nominación e institución de las regularidades sino también la influencia romanista presente en la península desde la segunda mitad del siglo XII.
- 9 Hasta aquí una rápida exposición de las cuestiones generales que guían nuestro trabajo de investigación. Ahora bien, en esta intervención querríamos centrarnos en un aspecto mucho más acotado de la costumbre (aunque fundante): su dimensión temporal. La cuestión del tiempo ligado a la costumbre nos permitirá realizar un recorrido en el que podremos ver cómo se instituye desde el discurso jurídico una temporalidad propia, ajena al « orden natural », y de qué forma este criterio instituido es utilizado en la práctica judicial. Tomaremos como documentación de base un pleito que enfrentó en el siglo XIII al monasterio benedictino de San Salvador de Oña y al concejo castellano de Frías en la provincia de Burgos. Este código es de una extraordinaria riqueza para el análisis porque contiene la totalidad del pleito, transcribe las demandas y la pesquisa requerida por Alfonso X, así como las argumentaciones de los personeros en función de los testimonios aportados por las partes.

El escenario del conflicto

- 10 Quiénes se enfrentan ? El concejo de Frías, una villa regia ubicada en el norte de Burgos « dentro de un territorio de fragmentación señorial acusada y que representa un potencial dominio claramente ambicionado por la compleja nobleza local y regional del área », y el Monasterio Benedictino de San Salvador de Oña, que al momento del conflicto había alcanzado los límites territoriales de su expansión.
- 11 Cuál es el conflicto ? En julio de 1271, Fernando hijo de Alfonso X envía a los alcaldes a Burgos para realizar una pesquisa en relación con el conflicto que mantienen el monasterio y el concejo sobre ciertas posesiones y derechos. El motivo de la demanda de Oña es que el concejo de Frías recibe en vecindad a los vasallos del monasterio y que, por lo tanto, este último deja de percibir ciertos derechos que le correspondían ; suma a este reclamo otro en el que se queja de que Frías envía su ganado a pacer en bosques y prados que le pertenecen al monasterio.
- 12 El representante del concejo argumenta que tal derecho es detentado desde tiempo de Alfonso VIII y que su origen se explica por una permuta que realizó el rey con Oña. Este hecho se remonta al momento de la fundación de Frías, a comienzos del siglo XIII, cuando para dotar a dicha población el rey cambió « con Oña los derechos regios sobre el lugar de Mixangos por los que el monasterio tenía en otros lugares cercanos ».

- 13 En torno de la interpretación y los derechos que habilita esta permuta girará la investigación que llevan adelante los « pesquisidores » del rey.

La medida del tiempo

- 14 Desde el inicio del pleito la fijación del plazo temporal se presenta como uno de los problemas a resolver. Explica Fernando que el concejo de Frías, una vez establecidos los pesquisidores, le envió una carta pidiéndole que se limite la pesquisa al momento de la muerte del rey Alfonso VIII :

Et depues desto, el concejo de Frías enbiaronme dezir que ouiera yerro en aquellas cartas que, quando sus personeros se abinieron con el abbat que se pesquiriesen todas estas cosas, que pusieren que se fiziese la pesquisa desde el tiempo de la muerte del rey don Alfonso e que en las cartas non lo dizien, asi como fuera puest, e que por este yerro les podie uenir a ellos grande danno ; et que pidien merçed que yo que lo mandase desfazer.

- 15 Antes de decidir, el infante pide al abad de Oña su acuerdo para el establecimiento del plazo :

Et yo enbieuos mandar por mi carta que lo dixiesedes all abbat e, si ell abbat lo connciese, commo dizien los de Frias, que uso que fiziese de la pesquisa, asi commo fuera puesto, e, si lo asi non connoçiese, que aplazadeses all abat e al concejo de Frias que pareçiesen por si o por sus personeros ante mi a un plazo quel uiesedes que serie guidado. E al plazo que les uso distes, Martin Iohan e Ferran Dominguez, con carta de personerya dell abat e del conuento, pareçieron ante mi.

- 16 Es claro que se trata de negociar el plazo temporal. No está fijado de ante mano, sino que, por el contrario, cabe la posibilidad de establecerlo en acto. El abad de Oña no acepta los términos de Frías y Fernando termina considerando, contra lo requerido por el concejo, que la pesquisa se lleve adelante desde « la uida del rey don Alfonso a aca ».

- 17 El primer conflicto a resolver, entonces gira en torno al establecimiento de la medida del tiempo que se va a tomar como válida. Cuál es la importancia de establecer este plazo ? Ambos contendientes están de acuerdo en que no es una cuestión menor acordar desde cuando iniciar la pesquisa. En el caso de Frías está claramente explicitado su temor de que retrotraer la pesquisa a la vida y no al momento de la muerte de Alfonso VIII lo pueda perjudicar notoriamente. El lúcido argumento del personero del monasterio retomado por el infante invalida el reclamo del concejo y le da al tiempo un lugar de criterio legitimador : « *si algunas de las partes quisiesen mostrar uerdad o recabdo de mayor tiempo a aca, quel deue seer recebido. Et yo mande, por iuyzio, que se fiziese la pesquisa desde la vida del rey don Alfonso aca.* » Si de lo que se trata es de demostrar una *tenencia por tiempo* lo mejor es que quede demostrada por el mayor tiempo posible.

- 18 También, el argumento del concejo de Frías para demostrar la legitimidad de su demanda se apoya en el criterio temporal. A través de dos figuras jurídicas en las que el tiempo cumple un papel fundamental (costumbre y prescripción) Domingo González, su personero trata de demostrar que ha ganado ese derecho por uso y tiempo : « *asi usaron en tiempo del rey don Alfonso, que a Frías poblo, e despues que ge lo otorgo el rey don Ferrando e confirmolo depues este rey don Alfonso e que tiene uale e que tiene que lo deuien auer por siempre.* » Este uso le permite a los del concejo reclamar ese derecho recurriendo a la idea de ganar por tiempo : « *esta es la demanda que el abbat e el conuento nos fizieron ante uso que nos que recibieramos sus uasallos por uezinos. E nos dixiemos que los recibieramos e que los ganara nos por tiemp.* » Se ve aquí un corrimiento respecto del argumento inicial de concejo ya no se trata de legitimar su derecho de vecindad por la permuta realizada por

el rey Alfonso VIII sino de justificarla a través de una norma que establece que el uso genera derecho, una norma que instituye a la costumbre como fuente de derecho.

- 19 La expresión ganar por tiempo pone en el centro de la cuestión a la costumbre ; en la primera Partida queda expuesta esta relación :

Las razones porque el uso gana tiempo, son en cinco maneras. La primera, si se faze de cosa que puede venir bien, e no mal assi como ya diximos. La segunda, que sea fecho paladinamente e co gran consejo, la tercera que aquellos que del usan que lo faga a bue entendimiento e con plazer de aquellos e cuyo poder son o de otros sobre que ellos an poder. La quarta si non va contra los derechos establesidos no feyendo primeramente tollidos. La quinta si se faze por mandado del señor que a poder sobre ellos, o de acuerdo que el los ayan entresi (...), e este tiempo que gana es endos maneras : la primer e tiempo pequeño no (n) pudiendo vfo escusar ; la segunda en tiempo grande segu (n) d la bondad del uso, e por estas razones puede ganar tiempo según d la manera del vfo, et si ansi no fueffe fecho, poderlo yan perder (ed. G. LÓPEZ, Título II, Ley V, p. 11).

- 20 Esta expresión, confusa por cierto, muestra cómo se da el pasaje del uso, comportamiento recurrente, a la costumbre, norma de comportamiento. El tiempo aparece como la forma en que se expresa el pasaje de un término a otro, es decir del uso a la costumbre y esos modos de ganar tiempo serían las condiciones adicionales que el uso debe cumplir para devenir costumbre.

- 21 Este enunciado, ganar tiempo, es también una clara alusión a la prescripción, figura del derecho romano que aportó a los juristas medievales el fundamento temporal de la costumbre. La prescripción era la única institución del derecho romano que indicaba el tiempo necesario para su introducción, de aquí tomaron los romanistas el plazo de 10 o 20 años como plazo legal necesario para la introducción de costumbre.

- 22 El tiempo se transforma de este modo en garantía de la costumbre. Inmediatamente después en el texto de las Partidas vemos establecerse la cantidad de años de vigencia para que un uso devenga costumbre :

E tal pueblo como este, o lo 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 (ed. G. LÓPEZ, Título II, Ley V, p. 12).

- 23 Esto implica que una práctica realizada durante una cantidad de años pautados desde la ley adquiere carácter de costumbre. En primer lugar no cabe duda de que nos encontramos con una costumbre que no tiene demasiado que ver con esa imagen epifánica que proponen los historiadores del derecho cuando señalan un origen ligado a las prácticas humanas. Aquí es la norma la que establece las condiciones para el nacimiento de una costumbre. En segundo lugar, lo que se determina a través de la norma es un plazo para que el tiempo cree derecho. El tiempo de la costumbre excluye la dimensión subjetiva en tanto que se encuentra instituido por la ley, y es perfectamente medible en sus términos ; es la medida de la ley la que funda costumbre.

- 24 Es por esto que en el conflicto que estamos analizando la lucha por los derechos de cobro de determinados tributos es lucha por establecer criterios temporales. Pero también lo inverso, ya que el tiempo se presenta como criterio legitimador.

- 25 Esta valorización no es novedad en la tradición clásica. No hay duda de que, para los juristas romanos, el tiempo jugaba un rol esencial en la conformación de la costumbre. Sin embargo, son las características de ese tiempo las que se van a ir modificando desde el mundo clásico hasta la Edad Media. Una mirada incluso superficial sobre la compilación de Justiniano nos muestra a la costumbre acompañada de adjetivos

circunstanciales de tiempo, como *diuturna, antiqua, vetus, longa, perpetua, inveterata, etc.* El tiempo era el elemento más importante para su formación. Si bien aparece como una noción importante el *consensus omnium*, la ancianidad es un elemento central tanto para juristas como para autores literarios romanos. Gaudemet muestra, en un trabajo ya clásico, que tanto en las obras de los jurisconsultos como en las constituciones imperiales la costumbre no se justifica más que por su ancianidad, recién en la glosa posclásica aparecen las menciones, escasas, al consentimiento popular : « on peut donc tenir la *vetustas* pour le fondement proprement romain de la coutume ». Lo sorprendente es que esta presencia permanente de la temporalidad en el derecho romano jamás es medida en días, meses, años. En el corpus justiniano no es posible hallar referencias a cuánto tiempo hace a una costumbre *antiqua* o *vetusta*.

- 26 La ambigüedad que proponían estos términos y las lagunas que dejaban en torno a la fijación estricta de la temporalidad incomodaba profundamente a los juristas medievales ávidos de engrillar, clasificar, homogeneizar lo heterogéneo. Uno de los mayores problemas que enfrentaban los doctores del derecho era la estrecha relación que en el mundo romano guardaba la *consuetudo* con la tradición, ligadura que sumergía a la costumbre en un mundo subjetivo en el que la recreación y la renovación no tenían una pauta fija, donde el sentido era fundamentalmente precario. Cuando los textos romanos hablaban de *mores* se referían a los hábitos internos e inmanentes al funcionamiento de lo social y no a una regla separada de la vida misma. Con este criterio la temporalidad era abiertamente subjetiva; una práctica tenía valor consuetudinario cuando no era posible remontarse a su origen porque la memoria colectiva no alcanzaba a rastrearlo. Su régimen de temporalidad era estar fuera de la memoria y del tiempo.
- 27 Esta concepción de la temporalidad ligada a lo inmemorial se mantiene presente en las glosas más antiguas, en donde los autores no hacen referencia todavía a una duración determinada sino que evocan la inmemorialidad del fenómeno consuetudinario : « *cuius non extat memoria* ». Para que la costumbre tenga valor debe extenderse más allá del recuerdo de los hombres. La costumbre es tradición y solo es efectiva si escapa a la medida del tiempo humano.
- 28 Interesante régimen de temporalidad que instituye un lugar, un tiempo que escapa al binomio recuerdo-olvido. Si el primero se sitúa dentro del campo de la memoria, el segundo, en términos clásicos, lo hace dentro del espectro de la negación de la memoria. En cuál de estas alternativas encaja un recuerdo que se encuentra por fuera de la memoria? Parece que nos hemos topado con una « metamemoria » o una « memoria de la memoria » cuyo rasgo legitimador es la falta de memoria del origen. Una memoria del olvido.
- 29 El tiempo en esta perspectiva sigue manteniendo su carácter subjetivo, no existe medida objetiva que lo determine. Sin embargo, esta noción subjetiva del tiempo de la costumbre no es la que va a primar en el siglo XIII.
- 30 El trabajo sobre la idea de tiempo inmemorial comienza a fines del siglo XII cuando los glosadores intentan fijar una temporalidad definida a la costumbre. Bassianus, por ejemplo, estableció una tabla de equivalencias en la consideración de la antigüedad de la costumbre. Consideró *longa consuetudo* a aquella que estaba vigente durante diez o veinte años ; más antigua, *longissima*, a la de treinta o cuarenta años ; *longeva* a la de cuarenta ; y *vetusta* a aquella de la cual se había perdido la memoria de su origen. La referencia a lo inmemorial permanece pero acotada a uno de los criterios de la

clasificación. A partir del siglo XIII la tendencia de los juristas fue excluir el carácter inmemorial de la costumbre de forma tal de poder distanciarla de la dimensión subjetiva que acarrea su acercamiento a la tradición. El tiempo dejó de estar fijado por la memoria subjetiva, por las prácticas sociales, para quedar instituido por la ley. El tiempo será en términos legales perfectamente medible. Ya no será el tiempo -en tanto dimensión subjetiva- el que funde la costumbre sino la medida legal: un uso de diez años considerado costumbre se deberá observar como ley. La costumbre quedaba así desmitificada, separándola de lo inmemorial, dándole una finitud espacial. Y este es el criterio de temporalidad que acabamos de ver planteado en las *Partidas*. Lo inmemorial desaparece del registro de la costumbre y triunfa el criterio de la prescripción, instituyéndose así un tiempo legal y es este tiempo legal el que se ve operando en la forma en que se convoca la memoria de los testigos en el pleito nos concierne.

#### Memoria comunal o memoria legal

- 31 En septiembre de 1280 el representante del concejo de Frías presenta su conclusión sobre la pesquisa y organiza la exposición de los testigos. Como lo que tratan de probar los del concejo es que el derecho de vecindad fue ganado por tiempo las declaraciones de los testigos giran en torno a la prueba del uso por tiempo. Domingo Gonzalez, representante del concejo, las organiza según el criterio temporal: en primer lugar, los que fechan en relación con el reinado de tal o cual rey: los testigos repiten uno tras otro que recuerdan, vieron u oyeron que desde tiempo del rey don Ferrando o del rey don Alfonso ciertos vasallos del monasterio hacían vecindad con el concejo de Frías. En segundo lugar se enuncian los testimonios de quienes prueban el uso desde cincuenta años, los que lo hacen por cuarenta años, y por último por treinta.
- 32 El despliegue de la gestualidad ligada al recuerdo es sorprendente; en cada testimonio, tanto el de los testigos presentados para probar el uso como el de los convocados para probar el título, están presente los rastros de la operación memorística: « *que dixo que oyo dezir a su padre e a su auuelo que, quando el rey Alfonso fizo la puebla de Frías...* », « *que dixo que el se acuerda de que era lo que end sabe deste fecho, por uista o por sabiduria o por oydas, dixo que el se acuerda de XL annos acca...* ». No cabe duda de que, como dicen Alfonso Antón y Jular Pérez-Alfaro, se trata de una « memoria gestual alimentada por una interacción muy cercana, por una comunicación oral muy intensa respecto a prácticas y obligaciones, vínculos familiares y sociales en el círculo más próximo y en otro más externo... ». Sin embargo, lo que queremos resaltar aquí es otro aspecto de esta memoria que muchas veces queda oscurecido por el predominio de una mirada romántica sobre la documentación. No se puede desconocer que tanto en la estrategia del representante del concejo como en la del abad la memoria de los testigos es convocada para dar cuenta de un plazo legal. Por lo tanto, consideramos que los declarantes recuerdan, pero esa evocación no es pasado, tradición o ancestralidad sino el recurso instituido necesario para verificar si el plazo temporal que la ley establece se cumple en esta situación. La memoria comunal se transforma en un área determinante de la práctica legal pero no sale inmune de esta relación; en este proceso se ve metamorfoseada por lo instituido desde la norma.
- 33 El mecanismo sería el siguiente: la memoria recuerda en función de un tiempo instituido desde la ley. Si prestamos especial atención a las declaraciones se percibe que lo central no es qué cosa se recuerda sino desde cuándo sucede de esa forma:
- Alfonso Martinez de Ribota, que es el quinzeno testigo de los suyo, que dixo que sabe e que uio e que se acuerda bien que el conçeio de Frias, de XL annos a aca, que los omnes destos logares que, quando acaçio que quando algunos omnes destos

logares se matauan o se ferian [...] que siempre pecharon con ellos... »; « per Yuannez de Ribilla, que es el VIIIº de los nuestros testigos, que dixo que sabe que VI solares de Ciellaporrata, que usaron así XL annos a aca... ».

- 34 Se trata de un tiempo ligado a la memoria oral de la comunidad, o de una temporalidad dicha en el lenguaje de los que saben cuál es el decir eficaz? Vimos cómo todos los testigos de este pleito hacen referencia a plazos temporales. Por otra parte, importa poco si el testigo efectivamente recuerda haber visto u oído tal o cual cosa, sino la forma en que se recuerda, es decir que eso que se recuerda cumpla con las pautas establecidas, que caiga dentro de los requisitos del derecho consuetudinario. Así, la memoria, convertida en un medio de prueba legal para la costumbre, se ha transformado en un real construido en el interior del discurso jurídico.
- 35 En este contexto lo que se vuelve determinante no es que el testigo recuerde haber visto, sino que lo haga en el marco de la pesquisa. Las palabras del representante del concejo frente a las acusaciones de Oña invalidando el testimonio de algunos testigos es un interesante ejemplo de lo que venimos planteando. Después de que Frías ha presentado a sus testigos, Pero Perez, el personero de Oña, expone sus argumentos. Entre ellos, plantea que no son válidos los testimonios de quienes quieren probar por haber visto porque algunos testigos no habían nacido en el tiempo que se quiere probar, y otros no tenían edad para entender de qué se trataba el hecho. La respuesta de Frías demuestra que lo que hace verdadero a un hecho no es su existencia en una realidad extrajudicial sino su presentación en el espacio del proceso :
- A los que dizen que los nuestros testigos, que dizen de staenta annos e de sesaenta, que non eran nascidos, que non eran de edat que pudiesen entender, digo que, despues que el testigo dize que el uio lo que tesgua, deuemos creer que era nascido e que auie entendimiento, si la otra parte non prouase el contrario.
- 36 Queda claro que mientras no se demuestre otra cosa, lo dicho en el marco del proceso es creíble, aun cuando pueda parecer ilógico en relación con una realidad ajena a la pesquisa. Es a partir de este supuesto que puede ser verosímil que un testigo nacido hace cuarenta años declare que vio hace sesenta años de qué modo pagaban tributo los vecinos de su comunidad.
- 37 Ahora bien, aun siendo uno de los temas más atractivos, la cuestión de la verdad judicial no es el problema que nos convoca en este momento. Lo que sí es importante en lo que acabamos de plantear es el lugar que ha asumido el recuerdo al interior de la pesquisa. La memoria se ha transformado en parte del proceso; cabría decir que en este contexto recordar se ha vuelto un acto jurídico. Nos enfrentamos a una lógica de la memoria que ha sido metamorfoseada por la práctica legal de manera que ya no se apoya en la tradición y la oralidad.
- 38 Sin embargo, como ha señalado Marta Madero, no cabe duda de que existe una diferencia entre la lógica de la memoria del concejo y la del monasterio. La primera se funda exclusivamente en la memoria de los testigos. La remisión al tiempo y a la figura del monarca legitiman el reclamo frente al avance de los poderes señoriales. En la segunda, la argumentación no gira en torno de probar tal o cual costumbre, sino de cuestionar los medios de prueba presentados por sus rivales: el derecho ganado por tiempo no es un medio de prueba legítimo para dar respuesta a la controversia inicial que era si el rey le había cedido al monasterio sus derechos regios sobre Mixangos a cambio de los lugares sobre los que Oña tenía control. La demostración de Frías es

invalidada por no ajustarse a la cuestión planteada inicialmente : al « *status causae* », es decir, a la controversia que dio origen a la pesquisa.

- 39 Pero más allá de la puja de argumentos, lo fundamental para nosotros es que en ambas lógicas, aunque de manera diferente, encontramos influencia de la recepción romanista. A que se debe entonces esta diferencia ? Según nuestra interpretación es una consecuencia de los diferentes argumentos que plantea cada parte en el litigio. Esta alternativa de lectura resulta para nosotros fundamental ya que habilita un punto de contacto con los problemas que planteamos en nuestra investigación : el uso y la manipulación de los conceptos jurídicos en la práctica judicial producto de la conflictividad de la situación. Hay un forzamiento de los argumentos temporales para poder ganar el pleito. Lo que a primera vista parece ser una postura ingenua o defensiva de Frías respecto de Oña podríamos leerlo como una estrategia retórica del encargado del concejo para defender sus intereses.
- 40 Desde nuestra perspectiva, estas dos lógicas de la memoria se corresponden con dos usos retóricos de los mismos recursos jurídicos a partir de las disímiles posiciones que los contendientes ocupan en el campo del conflicto.

Uso y abuso de la norma

- 41 Las argumentaciones de ambos personeros demuestran conocimiento de las normas vigentes, o por lo menos de aquellas que pueden ser útiles a la hora de defender sus posiciones. Como ya señalamos el argumento de Frías se basaba en probar sus derechos de vecindad recurriendo a la idea de costumbre y prescripción. Se trata de demostrar que se ha usado así durante 30, 40, 50 y hasta 60 años y que por lo tanto se ha ganado ese derecho por tiempo. El representante de Oña plantea también la cuestión de la prescripción pero en sentido diferente de lo hecho por Frías, para refutar el argumento de su contrincante alude a las leyes castellanas sobre la no prescripción temporal de los bienes de la iglesia y a una norma de las cortes de Nájera en la que según el monasterio « *es uedado de la corte de Nagera aca que rengalengo non pase a abadengo nin abadengo non pase a rengalengo* ». Los de Frías retrucan diciendo que es posible que abadengo pase a realengo si se trata de un cambio o una donación, y que, en oposición a lo planteado por el monasterio, la iglesia pierde tiempo si se prueba título y que además en caso de que la iglesia no pierda tiempo por menos de 40 años pueden probar por la pesquisa que llevan 70 años de uso de esos derechos. Según el concejo, por lo tanto, la iglesia no escapa al tiempo ya que sus bienes están sometidos a la prescripción siempre que pueda probarse el título y el uso continuo de más 40 años. Frías, concluye que posee derechos sobre los territorios en disputa en la medida en que, según su propio argumento, ha probado el uso por 70 años, superando entonces lo exigido para aplicar el criterio de alienabilidad que se desprende de la prescripción.
- 42 Argumentaciones que van y vienen. Lo importante para nosotros es que ambos, tanto el personero de Frías como el de Oña, conocen y manejan la misma documentación jurídica, no sólo la que queda expuesta sino la que parece entretenerse en sus declaraciones en torno a la temporalidad y la costumbre. Si ambos remiten a la misma documentación, entonces habrá que buscar la diferencia en la forma en que esas formulaciones son utilizadas. Forma que está en estricta relación con el argumento sostenido por cada una de las partes. Uno y otro conocen las elaboraciones doctas en torno a la costumbre y, sobre todo, a la prescripción, pero las van forzando a la luz de sus propios argumentos. El área esencial del conflicto, también en la remisión a la documentación, es el papel asignado al tiempo : Cuánto tiempo es válido para que un

uso devenga derecho? Es aplicable ese criterio a esta situación de conflicto? Es evidente entonces que las normas son percibidas, manipuladas y reformuladas en el desarrollo mismo del proceso. Lo que queda abierto para seguir indagando es el papel fundamental que cumple la retórica en la utilización exitosa o no de estas normas.

- 43 Retomemos, para terminar, nuestro punto de partida de modo de organizar lo expuesto y elaborar algunas conclusiones al menos provisionales. Al inicio de la exposición habíamos planteado que la cuestión del tiempo de la costumbre nos permitiría realizar un recorrido en el que veríamos por un lado, cómo desde el discurso jurídico se instituye una temporalidad legal ajena al « orden natural »; y por otro, de qué forma este criterio instituido era utilizado en la práctica judicial.
- 44 La doctrina jurídica ha fijado con bastante precisión en el siglo XIII un plazo legal para que un uso se transforme en derecho, esto es, en costumbre. Como hemos visto, este tiempo de la costumbre aparece claramente estipulado en las *Partidas*. Ya no se trata de una temporalidad abierta a la subjetividad de la memoria colectiva sino de un tiempo pautado como plazo objetivo. Un uso deviene costumbre si se ha realizado una práctica, usufructuado un derecho, etc., de la forma establecida por la ley y durante el plazo estipulado por ella. Nace el derecho consuetudinario.
- 45 Esta noción de temporalidad ligada al derecho consuetudinario la vimos operando en el conflicto sobre el que estuvimos trabajando. El recuerdo sigue siendo patrimonio de la comunidad pero al ser interpelado en el marco del proceso deja de ser pasado, tradición para transformarse en memoria legal. En las declaraciones de los testigos encontramos rastros de esa memoria comunal: « que oyó decir a su padre y a su abuelo », « que recuerda que en tiempos de tal rey », sin embargo estas frases, que parecen marcar una continuidad con una situación previa a la recepción romanista, adquieren un nuevo significado debido a la nueva cadena de enunciados en la que se inscriben. Foucault propone en *La arqueología del saber* que el enunciado es una función que pone en relación a las frases, proposiciones o formulaciones equivalentes, con un campo de objetos; « les abre un conjunto de posiciones subjetivas posibles (...); las coloca en un dominio de coordinación y de coexistencia (...); las aloja en un espacio en el que son aprehendidas, utilizadas y repetidas (...) ». Los nuevos enunciados ligados a la recepción romanista ponen a la temporalidad y a la memoria en relación con un nuevo campo de objetos – el derecho consuetudinario, la prescripción, etc. – que provocan un cambio radical en sus características. La frase puede ser la misma pero lo que ha cambiado es el enunciado.
- 46 Los nuevos enunciados ligados a la recepción romanista ponen a la temporalidad y a la memoria en relación con un nuevo campo de objetos – el derecho consuetudinario, la prescripción, etc. – que provocan un cambio radical en sus características, instalándolos en una nueva configuración que en el uso serán frecuentados, apropiados e inclusive, renovados.

---

## ÍNDICE

**Mots-clés:** mémoire, oubli, conflit

## AUTOR

**PAOLA MICELI**

Universidad Nacional de General Sarmiento/Universidad Nacional del Centro