

ANALES DE HISTORIA ANTIGUA, MEDIEVAL Y MODERNA
Volumen 44 – 2012

ISSN 1853-1555 (en línea)

ISSN 1514-9927 (impreso)

Instituto de Historia Antigua y Medieval

Facultad de Filosofía y Letras

Universidad de Buenos Aires

<http://www.filo.uba.ar/contenidos/investigacion/institutos/historiaantiguaymedieval/index.htm>

DOSSIER

**EL CLAMOR DE LA LIBERTAD. VOCES Y SILENCIOS DESDE
LA ANTIGÜEDAD A NUESTROS DÍAS
(CONMEMORACIÓN DEL BICENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO, 1810-2010)
(Hugo Zurutuza – Carlos Astarita, eds.)**

**LA COSTUMBRE EN PERSPECTIVA HISTÓRICA:
DESDE EL *CONSENSU POPULI* A LA VOLUNTAD POPULAR**

The custom in historical perspective: from the *consensu populi* to the popular will

Paola Miceli

Universidad Nacional De General Sarmiento

Fecha de recepción: Marzo 2011

Fecha de aceptación: Mayo 2011

RESUMEN

Uno de los elementos intrínsecos a la definición medieval de la costumbre, la *voluntas populi*, ha servido de argumento sostén para aquellas miradas que ven en el derecho consuetudinario el reservorio auténtico de una memoria popular. La costumbre sería en esta vertiente lo que el pueblo ha conservado en su memoria y que se trasmite de generación en generación. Sin embargo, las referencias medievales a la *voluntas populi* o al *consensu populi* rara vez hacían referencia al pueblo como “lo popular”; más bien remitían a una categoría estrictamente jurídica. El objetivo de este artículo será mostrar la serie de significativos desplazamientos interpretativos que se fueron dando a partir del siglo XIX y que produjeron un afianzamiento de la idea del derecho consuetudinario como expresión de la memoria y la voluntad populares. Estos deslizamientos tuvieron origen en la lectura “populista” y “nacionalista” que la Escuela Histórica del Derecho hizo de la costumbre, mirada que dejó una fuerte impronta tanto en la antropología como en la historia social. A partir de esta interpretación, el *populus* dejó de ser en los abordajes historiográficos una categoría jurídica, como lo era en el mundo romano y en el medieval, para devenir un concepto sociológico.

PALABRAS CLAVE: Derecho consuetudinario - Espíritu del pueblo – Populismo - Escuela Histórica del Derecho - Edad Media

ABSTRACT

One of the intrinsic elements to the medieval definition of the custom, the *voluntas populi*, has served as a support for those perspectives that see the manifestation of a popular memory in the customary law. According to this point of view, the custom would be what the people have preserved in his memory transmitting it from generation to generation. Nevertheless, the medieval references to the *voluntas populi* or to the *consensu populi* rarely alluded to the

people as “the popular”; on the contrary, they referred to a strictly juridical category. The purpose of this article will be to show the series of displacements that occurred from the nineteenth century and gave birth to the idea of the customary law as an expression of the popular memory and will. These displacements had origin in the “populist” and “nationalistic” view on the custom proposed by the Historical School of Jurisprudence. This viewpoint notably affected both the anthropology and the social history. From this interpretation, the *populus* was no longer considered a juridical category, as it was in the Roman and the medieval worlds, but a sociological concept.

KEY WORDS: Customary Law - Popular spirit - Populism - Historical School of Jurisprudence Middle Age

Varios son los *topoi* que acompañan a la historia de la costumbre en la historiografía medieval: la costumbre como *ratio vivens* en oposición a la *ratio scripta* representada en la ley, la costumbre como expresión oral de la tradición ancestral, como reflejo de las prácticas cotidianas, etc. Hoy nos interesa centrarnos en uno de los tópicos más frecuentes a la hora de abordar la cuestión del derecho consuetudinario en la Edad Media: el de la costumbre como *derecho popular*. Es moneda corriente entre los medievalistas considerar a la costumbre la expresión o la voz del pueblo. Pérez Prendes muestra claramente esta concepción cuando se refiere al derecho consuetudinario castellano:

“Este ordenamiento jurídico del cual la comunidad es vivo testimonio, se fue fraguando muy lentamente en la práctica diaria y se transmitió de modo lento a través del paso de las sucesivas generaciones hasta que un día por las circunstancias que fuesen se hizo necesario exponerlo a los rectores de la comunidad y dejar constancia por escrito de esa manifestación. La fuerza viva del grupo fue dando forma, de padres a hijos, plasmando en sus memorias el criterio jurídico de la masa popular”¹.

Varios de los tópicos que señalamos al inicio del artículo se encuentran presentes en este párrafo: la costumbre como expresión de una práctica cotidiana, como fuerza viva del grupo, como manifestación oral de la tradición. El de la costumbre como derecho popular, tema que nos interesa en esta presentación, se muestra aquí descarnadamente. Nos dice el autor que la costumbre es el criterio jurídico de la masa popular. Esta perspectiva no es exclusiva de los historiadores del derecho. Las apreciaciones de uno de los más representativos historiadores de la modernidad, E. P. Thompson, muestran el peso de esta idea que asocia a la costumbre con la memoria auténtica del pueblo, como expresión clara de su voz. En su notable libro *Costumbres en común* queda instalado el vínculo entre costumbre y cultura desde la introducción misma². A lo largo del libro se despliega esta idea reforzándose a través de frases tales como: “En siglos anteriores, el término «costumbre» se usaba para expresar gran parte de lo que ahora lleva consigo

¹ PÉREZ-PRENDES, J.M., *Curso de historia del derecho español*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 509.

² THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, Crítica, Barcelona, 1995

la palabra «cultura»³. Pero no es la cultura en términos generales lo que para Thompson representa la costumbre, se trata de un tipo de cultura muy especial, la cultura plebeya o de los pobres. La costumbre era la forma cultural que caracterizaba a aquellos a los que se les negaba una educación sistemática, y que por tanto solo podían recurrir a la transmisión oral de la memoria colectiva del pueblo como educación asistemática⁴. Según este acercamiento, la pureza del pueblo se expresaría en un derecho puro, el derecho consuetudinario, no contaminado como sí lo sería el derecho oficial.

Costumbre - derecho popular parece ser una dupla que se encuentra presente con frecuencia en el ideario de los historiadores medievalistas y modernistas. Ahora bien, ¿en dónde se encuentra la raíz de esta relación entre costumbre y pueblo entendido como “lo popular”? Los juristas medievales a partir del siglo XIII consideraron que la causa de la costumbre era la *tacita voluntas populi*.

¿Podría encontrarse en este adagio medieval el origen de una concepción “populista” de la costumbre? Tal vez. Sin embargo, las alusiones medievales a la *voluntas* o *consensu populi* rara vez hacían referencia al pueblo como “lo popular”, más bien remitían, a una categoría estrictamente jurídica.

Será a partir del siglo XIX cuando una serie de pequeños desplazamientos interpretativos vayan afianzando la idea del derecho consuetudinario como expresión de la memoria y la voluntad popular. Examinemos rápidamente la doctrina medieval de la *voluntas populi*, para pasar luego a analizar los deslizamientos que se fueron dando a partir del siglo XIX que abrieron camino, de algún modo, a esta asociación inexistente en el mundo antiguo y medieval entre costumbre y derecho popular.

I. La doctrina medieval de la *voluntas populi*

La idea de *populus* en el derecho romano remitía a una categoría cuyos contornos se definían jurídicamente y que no coincidía para nada con lo que los mismos romanos llamaban *plebs*: la expresión *populus romanorum* hacía referencia al conjunto de los varones adultos que participaban en las asambleas. A pesar de las modificaciones que se produjeron en la Edad Media, para los juristas medievales *populus* también remitía a una categoría jurídica.

El famoso pasaje 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 “*tacito consensu omnium per desuetudinem*” abrogara una ley⁵. 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 comprobavit*”) los glosadores, pero sobre todo los comentadores, construyeron la doctrina que planteaba que una de las condiciones fundamentales para el establecimiento de la costumbre era la *voluntas* o *consensu populi*.

³ *Ibidem*, p. 15.

⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁵ “*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*”

En el mundo romano otro término asociado al tácito consentimiento del *populus*, era el vocablo *mos*. Siguiendo una tradición iniciada por Varrón⁶ en el siglo I, Ulpiano afirmaba en sus *Regulae* que “*mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveterata*”⁷. Dos observaciones importan para advertir el cambio que se producirá luego en la Edad Media. En primer lugar, para los romanos este *mos* no remitía a una práctica exteriorizada sino a una disposición interior, que Varrón, denominaba bajo la idea de *iudicium animi*⁸. En segundo lugar, el *populus* al que hacían referencia los juristas imperiales remitía al conjunto de los ciudadanos romanos, es decir a todos los varones adultos organizados en comicios. La adaptación de esta definición de *populus* heredada del mundo romano no será una cuestión menor para los juristas medievales. Precisar el concepto acarreará una serie de discusiones que darán como resultado una transformación de lo que la tradición romana entendía por *populus*.

Como dijimos, la ley *De quibus* de Juliano (D. 1, 3, 32) presentaba algunos inconvenientes para los glosadores, sobre todo porque daba pie a una posible confrontación entre quienes podían ser potenciales *conditores* de la norma: el emperador y el *populus*. El primero a través de la ley como expresión de su voluntad expresa, el segundo por medio de la costumbre, es decir, a través del tácito consentimiento. Esto se vinculaba directamente con otro problema: algunos pasajes del *Corpus Iuris* hacían referencia a lo que se conocía como *lex regia*, según la cual el *populus Romanus* habría hecho una cesión de su poder al emperador⁹. La dificultad radicaba en que en la obra de Justiniano no era clara respecto de la naturaleza de este traspaso: no aclaraba si la *lex regia* implicaba una *translatio* completa y permanente del poder del emperador *in genere* o únicamente una *concessio* limitada y revocable al emperador *in persona*¹⁰. Si el *populus* había realizado una *translatio* plena y

⁶ Recordemos que Varrón había sido en el siglo I quien había realizado una de las reflexiones más interesantes sobre la idea de *mos*. Ver BETTINI, M., *Le orecchie di Hermes. Studi di antropologia e letterature classiche*, Giulio Einaudi Editores, Turín, 2000, p. 252.

⁷ Ulpiano, *Regulae*, I, 4 (citado por BETTINI, M., *op. cit.*, p. 252).

⁸ *Ibidem*, pp. 252-257. Tanto Varrón como Macrobio consideraban que *mos* implicaba una convicción tácita mientras que la *consuetudo* era más bien la continuidad expresa de esa convicción. Ver GARRÉ R., *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Metho-denlehre des spätem ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, Klostermann, Fráncfort, 2005, p. 36. Como señalaba Kasser en la base de la palabra *mos* se encuentra una ambigüedad problemática, puesto que con este concepto los romanos se referían tanto a un hábito o convención como a la moral. Este *mos* no remitía ni a una praxis duradera ni a la *opinio iuris* de la comunidad de sujetos jurídicos. Se trataría más bien, según el autor, de una suerte de derecho natural protorromano diferenciado del *ius naturale*, muy unido a la nacionalidad romana misma. KASSER, M., “«Mores maiorum» und Gewohnheitsrecht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 59, 1939, pp. 52-101, 1939.

⁹ Los juristas medievales se enfrentaban con textos de compleja interpretación. Por un lado, la constitución *Deo auctore* (C. 1, 17, 1, 7), en donde Justiniano afirmaba que, en virtud de la *lex regia*, “*omnes ius omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem*”, y, por el otro, los fragmentos de Ulpiano en I. 2, 6 y en D. 1, 4, 1, en los cuales se presentaba un enunciado análogo pero en lugar de “*translata sint*” se encontraba un “*contulerit*” (en la *littera pisana*) y un “*conferat*” en la ediciones actuales del *Digesto*: “*utpote quum lege Regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*”. En este pasaje se expresaba luego, casi como natural consecuencia de la idea anterior, el famoso “*quod principi placuit legis habet vigorem*”. Ver 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.

¹⁰ Cf. KANTOROWICZ, E., *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología medieval*, Crítica,

definitiva del poder que originariamente poseía de hacer la ley al emperador entonces ¿podía la costumbre definida como la voluntad tácita del pueblo abrogar una ley? Una glosa de reconocida paternidad irneriana negaba la capacidad de una costumbre de abrogar la ley: la transferencia de poder producida por la famosa ley regia del imperio había negado al pueblo toda interferencia en el sistema legislativo cedido al emperador¹¹. En la misma línea se ubicaba lo planteado por Placentino († 1192), para quien el pueblo había cedido su poder de hacer ley por lo tanto una costumbre podía abrogar a otra costumbre antigua, pero no a una ley¹². Unos siglos más tarde Pierre de Belleperche († 1308) desarrollaría una serie de distinciones frente a la pregunta de quién podía hacer las leyes. Una de ellas remitía a la separación entre leyes generales y especiales. Al *populus* se le reconocía capacidad de *facere legem* en el ámbito de la ley especial, o local¹³.

Sobre esta misma cuestión volverán a trabajar los comentadores un siglo más tarde sosteniendo el carácter activo del pueblo en la generación de normas. Algunos autores contemporáneos hablan del desarrollo, a partir de Bartolo de Saxoferrato († 1357), de la doctrina de la soberanía del pueblo¹⁴, en

Madrid, 1985, pp. 107-108.

¹¹ Ver CORTESE E., *La norma jurídica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè Editore, Varese, tomo II, 1962, p. 126 nota 56. El autor se refiere aquí a una glosa al D. 1, 3, 32 publicada por Savigny: “*loquitur hec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi*”.

¹² Respecto del pasaje de Juliano (D. 1, 3, 32, 1), Placentino proponía que *lex* era el término genérico para indicar no solo la norma escrita sino también la no escrita; por lo tanto, el poder abrogatorio de la costumbre podía estar también limitado a la confrontación entre dos normas no escritas. Ver PLACENTINO, *Summa Codicis*, VIII, 56 *quae sit longa consuetudo*: “*Quod ergo dimitit ff. De legibus, ibi consuetudinem abrogare legem, sie debet intelligi, id est consuetudinem, non aliam. Sicut enim ius aliud scriptum, aliud non scriptum, sic dici potest lex alias scripta alia non scripta...Ergo lex scripta tantum per legem scriptum cassabitur et non scripta, id est consuetudo, tantum per legem non scriptum, id est per contrariam consuetudinem abrogabitur: multo fortius et per legem scriptum... Item tali argumento hoc arguo: in principem per regiam legem populus Romanus omne ius transtulit, ergo ius condendi iura et abrogandi, sicque ius tale sibi non reservaverit*” (citado por Cortese *op. cit.*, p. 128).

¹³ PIERRE DE BELLEPERCHE, *Quaest. Aur. Q. 452 fo. 127vb-128rb* (citado por VALLEJO J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 215).

¹⁴ No es nuestra intención aquí dedicarnos en profundidad al desarrollo de lo que la historiografía especializada considera como el nacimiento de la “doctrina de la soberanía popular”, ya que esto excede el ámbito del derecho y el objetivo de este artículo. Sólo haremos una referencia general al aporte fundamental de Marsilio de Padua a esta cuestión. Como es bien sabido, Marsilio fue contemporáneo de Bartolo. En sus escritos se preguntaba si la causa eficiente de la ley no era, en realidad, el pueblo, es decir, la asociación de los ciudadanos o su parte preponderante. Según BLACK A., *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 103, en Marsilio hay dos líneas de argumentación respecto de la naturaleza humana. Una conduce, como en Aristóteles, de la naturaleza de la vida suficiente de los seres humanos a la asociación civil. La otra conduce “al legislador humano (comunidad como un todo) y de ahí a la ley, el gobierno, los otros cinco «oficios» del Estado y a las estructuras judicial y administrativa... En la *Distinctio II* del *Defensor pacis* se incorpora la conclusión de que la autoridad coactiva y legislativa sólo puede pertenecer al pueblo o a quienes éste delegue”. ULLMANN W., *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ariel, Barcelona, 1997, ve en el *Defensor pacis* de Marsilio el triunfo de la “lógica ascendente” del poder sobre “la lógica descendente” que dominaba entre la civilística. Sin embargo, Costa, advierte que se puede tratar de una esquematización confusa que lleve al anacronismo: “No debemos minusvalorar la originalidad de Marsilio. Pero no debemos tampoco ver en el *populus* marsiliano una incomprensible y anacrónica

la cual jugaría un rol central el derecho consuetudinario. Para el comentarista la prueba indiscutible de que el *populus* creaba derecho era el derecho consuetudinario. Para Bartolo el *usus* no era la causa fundamental para establecimiento de la costumbre, lo era por el contrario el consentimiento de pueblo: “*nam usus et mores sunt causa consuetudines, dico causa remota, nam causa proxima est tacitus consensus, qui colligitur ex usu et moribus*”¹⁵. La diferencia entre derecho legislado y derecho consuetudinario radicaba en el modo de manifestarse del consentimiento. En el primer caso es expreso, en el segundo tácito. A partir de esto señalaba que si el *populus* puede crear derecho a través del consentimiento tácito, no hay razón para privarlo de la capacidad de producirlo a través del consentimiento expreso. La exclusión del *populus* como productor de ley en virtud de la *translatio imperii* no podría anular la capacidad generadora de costumbres que poseía el *populus*. Claramente señala lo siguiente:

“*Consuetudine non fuit traslata princeps. Traslata est potestas condendi legem expressam et scriptum nam autem consuetudinariam quae in eum potuit transferri cum procedat ex tacito consensu*”¹⁶.

Para que el consentimiento del pueblo fuera efectivo ese *populus* debía ser libre, es decir ser su propio superior, su propio príncipe: *civitas sibi princeps*¹⁷. El pueblo libre es reconocido como una *universitas*. Su discípulo

«modernidad». El *populus* marsiliano es concebido (según una «forma simbólica» típicamente medieval) no ya como una suma de sujetos abstractamente iguales, sino como una totalidad compuesta, ordenada e intrínsecamente diferenciada; una totalidad donde el pueblo se encarna en la *valencior pars* (que lo representa «identitariamente»); y la *valencior pars*, a su vez, es el resultado de la combinación de criterios cuantitativos y cualitativos (“*considerata quantitate personarum et qualitate*”). Lo «bajo» y lo «alto» son por tanto para Marsilio momentos internos y complementarios de un *populus* ordenado en tanto que diferenciado. Para la civilística, por el contrario, el discurso de la soberanía se juega no ya en el interior de una *civitas*, de un orden asumido «como tal», sino en su exterior”. COSTA P., “La soberanía en la cultura político-jurídica medieval: imágenes y teorías”, *Res publica*, 17, Universidad de La Rioja (España), 2007, pp. 33-58, pp 48-49. Ver también QUILLET, J., “*Universitas populi et représentation au XIV^e siècle*”, *Miscellanea Mediaevalia*, 8, Berlín- Nueva York, 1971, pp. 186-201; DAMIATTA, M., *Plenitudo potestatis e universitas civium in Marsilio da Padova*, Edizioni ‘Studi Francescani, Florencia, 1983. Para un análisis comparativo de las teorías de Bartolo de Sassoferrato y de Marsilio de Padua en relación con el problema de la soberanía ver MAIOLO, F., *Medieval Sovereignty. Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Eburon, Amsterdam, 2007.

¹⁵ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Comm. super Dig. Veteris* 1, 3, 32 § *De quibus*, núm. 10, fol. 19v. Cf. TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 193.

¹⁶ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Comm. in Cod.* 8, 52, 2 § *Consuetudinis ususque*, núm. 1, fol. 114rv.

¹⁷ Para ULLMANN W., *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, 1966, p. 282, la fórmula *civitas sibi princeps* de Bartolo marca el inicio de una teoría de la fundación de la autoridad política “ascending” y “populist”. Según SKINNER Q., *The Foundations of Modern Political Thought. 1. The Renaissance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, II, pp. 130-131, el jurista al hablar de soberanía popular daba paso al establecimiento del concepto moderno de existencia de una pluralidad de autoridades políticas soberanas, cada una separada de la otra. En la misma línea, ver el trabajo más reciente de ASCHERI M., “Tra legge e consuetudine: qualche problema dell’Alto Medioevo (e dell’età contemporanea)”, en ROSSETTI G. Y VITOLO G., (eds.), *Medioevo, Mezzogiorno, Mediterraneo. Studi in onore di Mario Del Treppo*, Liguori-Gisem, Nápoles, 2006, pp. 313-327. Por el contrario, WOOLF E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, JCB Mohr

Baldo de Ubaldis († 1400) continuará aplicando al igual que su maestro el pensamiento corporativo al pueblo: el *populus* es un cuerpo místico y como tal, en abstracto, nunca muere¹⁸. No obstante la *traslatio imperii*, el pueblo nunca pierde su capacidad de legislar ya que *nunquam moritur*¹⁹.

Lo más interesante para nosotros de toda esta gran discusión es que en el marco de estas disquisiciones los juristas medievales fueron precisando la categoría romana de *populus* inapropiada para la realidad jurídico política medieval²⁰, identificándola con una *universitas*²¹ autónoma que “ejercía en su propio terreno de actuación jurisdiccional, la potestad normativa que indiscutiblemente le correspondía”²². A través de este concepto era posible transformar una pluralidad de sujetos en una unidad. Según Costa, podemos ver en esta construcción una vez más “... la sinergia entre el saber jurídico y una de las grandes «formas simbólicas» de la cultura medieval (la metáfora corporatista): un grupo social es un cuerpo y precisamente por esto es concebible como un ente unitario, como una *universitas*”²³.

Tubinga, 1913, p. 177, considera que el gran mérito de Bartolo fue establecer los principios de *civitas* y *fiscus*. Según CANNING J. P., *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge University Press, Cambridge. (1987), p. 62, a diferencia de otros juristas medievales como Jacques de Rèvigny, Jacobo de Buitrago y Alberico de Rosate, que consideraban que el fisco le pertenecía solo al emperador o había sido de la República romana antes de ser cedido al mismo mediante la *lex regia*, para Bartolo los derechos fiscales pertenecían a la ciudad, no reconociendo superior ni de *iure* ni de *facto*. Esa capacidad fiscal y de hacer las leyes de las ciudades se basaba en que se trataba de una *universitas* y que, por lo tanto, poseía *iurisdictio*. Cf. FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto. 1. Antichità e Medioevo*, Laterza, Roma, 2001, pp. 277-278.

¹⁸ BALDO DE UBALDIS, *ad C. 7, 53, 5, 1498c*, fol. 236r: “*Nec obstat quod glossa dicit in [D. 3, 4, 7] quod Paulus non est aliud quam homines, quia debet intelligi de hominibus collective assumptis, unde hominis separati non faciunt populum, unde populus proprie non est homines, sed hominum Collection in unum corpus mysticum et abstractive sumptum, cuius significatio est inventa per intellectum*” (citado por Canning, *op. cit.* P. 474, n. 70).

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

²⁰ Calasso, lo planteaba claramente: “Ora poteva questa concessiones adattarsi allo Stato feudale eche aveva imbastardito il principio Della sovranità e confermato la compagine sociale a strati innumerevoli, ciascuno, dei quali era, tra quello inferiore e quello superiore, anziche un anello, un diafragma? Il *populus* dello Stato feudale non era più quello a cui il giurista romano aveva pensato: discorrere quindi di *voluntas omnium* non avrebbe più senso, o, per lo meno, non avrebbe il senso che nella *civitas* romana aveva avuto. *Populus* è oramai una espressione ellittica, che designa nella vera realtà non la totalità dei sudditi, ma quella parte di essi che a una terra, e su questa terra dei diritti, in virtù di questi diritti una volontà che ha una certa rilevanza politica: la quale, a sua volta, è tanto più forte, quanto più vicino al sovrano è lo Strutt sociale al quale si appartiene”. CALASSO F., *Medioevo del diritto. Le fonti*, Giuffrè, Milán, 1954, p. 198.

²¹ Para un análisis en profundidad de este concepto ver MICHAUD-QUANTIN P., *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, Librairie Philosophique J. Vrin, París. 1970

²² VALLEJO J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 215.

²³ COSTA J., *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Guara, Zaragoza, 1981, pp. 33-58. La afirmación de Inocencio IV sobre la *universitas* como persona ficta abrió la posibilidad “de tratar a toda *universitas* (es decir a toda pluralidad de hombres reunidos en un cuerpo) como persona jurídica, y de distinguir claramente a esa persona jurídica de cualquier otra persona natural dotada de cuerpo y alma”, KANTOROWICZ E., *op. cit.*, p. 290, Cf. también CANNING J. P., “The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries”, *History of Political Thought*, 1, 1980, pp. 9-32; BLACK A., *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, Cornell University Press, Nueva York, Londres, 1984.

Por otro lado, el problema de la voluntad no era una cuestión menor. ¿La validez del consentimiento debía reposar en la mayoría o en el principio de unanimidad? La doctrina optará, no sin dudas, por considerar que una costumbre era introducida a partir de la voluntad de la mayoría²⁴, comprendiendo como tal a un grupo socialmente representativo. Se excluyó así a los infantes y también a los *rustici*. La situación de las mujeres fue algo diferente ya que su consenso excepcionalmente sirvió para ciertas costumbres como por ejemplo el derecho de primogenitura²⁵. En general este tipo de discriminación se basaba en una actitud crítica frente a las aptitudes intelectuales de las distintas categorías de personas, se presumía que las debilidades inherentes al sexo, a la edad o a la condición social limitaban su facultad de discernimiento.²⁶ Estas debilidades los excluían por tanto del proceso normativo²⁷. De este modo, la expresión de la voluntad fue entendida como el resultado de un acto conciente y reflexivo.

Así el consentimiento del pueblo se transformó en una condición esencial para el establecimiento de una costumbre. En *Partidas* I. 2. 5 se dice:

“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”.

Muchas son los términos necesarios para la existencia de una costumbre, entre estas condiciones es fundamental que el pueblo o la *maiores pars* sea sujeto activo para el establecimiento de la costumbre. Es definido en *Partidas*: *“como ayuntamiento de gentes, también de caballeros como de otros hombres de menor guisa”*. Pero además es necesario que exista consentimiento y no antojo o yerro en la introducción de la misma.

De este modo, “consentimiento del pueblo” se instaló como requisito fundamental y estrictamente jurídicos para el establecimiento de una costumbre, para la existencia de derecho consuetudinario. Ahora bien, tanto “voluntad” como “pueblo”, para los glosadores y postglosadores, fueron

²⁴ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Comm. in Primam Digesti Veteris Partem*, rub. *De legibus*, lex 31, núm. 6: *“Primo, igitur quaero, quid sit consuetudo? ... lus non scriptum, moribus et usibus populi vel a maiore parte ipsius, ratione initiatum et continuatum et introductum, habens vim legis”* (citado por OBARRIO MORENO J.A., “El valor de la costumbre en el Reino de Valencia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, Coruña, 2005, pp. 637-662 p. 638.

²⁵ MAYALI L., “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge”, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, Bruselas, 1990, pp. 11-31, p. 22; GARRÉ R., *op.cit.*, p. 71.

²⁶ MAYALI L., *op. cit.*, p. 22.

²⁷ Como se ve en CINO DE PISTOIA, *In Codicem: “item dicunt Doctores, quod requiritur etiam consensus totius vel maioris partis populi... Sed intelligatis, populi, habentis habilem consensum ad legem vel consuetudinem introducendam”* (citado por MAYALI L., *op. cit.*, p. 22).

categorías cuyos perfiles y límites se definían jurídicamente y no cultural o sociológicamente. El pueblo fue asimilado a la categoría jurídica de *universitas*, y la voluntad, que no remitía a un “espíritu” encarnado en los hombres, fue definido como un acto conciente, reflexivo y racional expresado en la instancia judicial. Por lo tanto, la conclusión que podemos sacar luego de este recorrido por la idea de *voluntas populi* en los juristas medievales es que la asimilación entre costumbre y voz de lo popular no quedó fraguada en la Edad Media.

Ahora bien, como ya señalamos al inicio del capítulo, una serie de deslizamientos interpretativos habilitaron una lectura que transformaba a la *voluntas populi*, categoría de clara raigambre jurídica, en espíritu del pueblo o voluntad popular. ¿A partir de qué momento entonces se comienza a producir este viraje? Veremos a continuación algunos momentos claves de esta metamorfosis.

II. El derecho consuetudinario como derecho popular

Primer deslizamiento: el “Derecho popular” del romanticismo nacionalista

La Escuela Histórica, anclada en la idea de costumbre como espíritu del pueblo, iniciará la historia de este desplazamiento que, como ya señalamos, terminará dando como resultado el reemplazo de “pueblo” por “popular”. Si bien para Savigny todo el Derecho positivo, en tanto vivía en la conciencia del pueblo, debía considerarse “Derecho popular”, la costumbre era la manifestación inmediata de ese derecho popular. Al igual que las otras creaciones del espíritu del hombre (el arte, la ciencia, especialmente el lenguaje) la costumbre brotaba de la exteriorización inmediata, y, en parte inconsciente, del espíritu del pueblo. En el *Sistema del derecho romano actual*, Savigny planteaba, que para los romanos el derecho se justificaba en la *longa consuetudo* y en el tácito consentimiento del pueblo. El pueblo, a quien se adjudicaba este consentimiento, era definido por el jurista, no solo como la totalidad de los ciudadanos inscriptos en tribus y centurias en un determinado momento, precisión que podría considerarse muy cercana a la definición propiamente romana de *populus*, sino más bien como la nación romana ideal que pervivía a través de las generaciones²⁸. Como señala Roy Garré, un primer deslizamiento se opera con el jurista Savigny, que “abbandona il popolo in quanto tale per concentrarsi su un altro concetto di «Volk»: esso diventa «tradizione culturale europea»”²⁹. Un primer desplazamiento se percibe: del concepto de *populus* como categoría jurídica se pasa a la idea de nación o comunidad espiritual con un trasfondo profundamente antropológico.

En el ámbito hispánico el ejemplo más acabado de esta concepción, tal vez sea el jurista Joaquín Costa. Hacia fines del siglo XIX este jurisconsulto, político e historiador se opuso a la elaboración del Código Civil español por ahogar el derecho consuetudinario de las provincias y de los pueblos,

²⁸ Ver GARRÉ R., *op.cit.*, p. 42, n. 55.

²⁹ GARRÉ R., “La teoría della continuità del diritto romano nell’Alto Medioevo nell’opera di F. von Savigny”, *Cenobio*, 41, 1992, pp. 359-374, p. 363. Para la relación trazada en Savigny entre pueblo y derecho ver también KANTOROWICZ H., “Volkgeist und historische Rechtsschule” en *Rechts-historische Schriften*, Karlsruhe, 1970, [1912], pp. 435-456, p. 440 y p. 447; GONZÁLEZ VICEN F., “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19, Universidad de Granada, Granada, 1978-79, pp. 1-48, pp. 22-23; RODRÍGUEZ MOLINERO M., “Derecho y pueblo en Savigny”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19, Universidad de Granada, 1978-79, pp. 219-241, p. 226.

reservorio auténtico de un derecho popular nacional³⁰. En el imaginario de Costa este proceso evidenciaba un drama histórico interminable que enfrentaba en un combate desigual a dos protagonistas singulares como sujetos constructores de Derecho, por un lado, los ganadores, los *legisladores liberales* colocados del lado de la ley oficial; por el otro, “*el pueblo* al que se quería reducir a un *tú*, como súbdito sojuzgado e impotente, invirtiendo así la relación real de *la soberanía y el derecho positivo*”³¹. Derecho consuetudinario y pueblo se fundían en este pensamiento dando lugar a la dicotomía costumbre/ley. La primera del lado del pueblo, auténtica, verdadero motor de la historia y del derecho; la segunda, herramienta de una elite, distorsiva del verdadero derecho:

“Y sin embargo nunca ha sido tan necesario como en nuestro siglo el conocimiento del derecho popular, por lo mismo que es el siglo de las codificaciones y de la unificación del derecho civil, y en que los códigos nacionales, sobre ahogar las legislaciones consuetudinarias de las provincias y de los pueblos, han atajado el curso de los desenvolvimientos ulteriores del Derecho, hollando las leyes de la actividad jurídica, desautorizando por adelantado las costumbres que en lo venidero puedan hacer surgir los procesos evolutivos del espíritu...”³².

El fragmento muestra claramente por un lado, la asimilación producida entre costumbre, derecho popular y espíritu del pueblo; por otro, la construcción de un modelo de confrontación entre derecho consuetudinario y derecho legal que será el paradigma desde el cual los institucionalistas hispánicos pensarán la relación entre costumbre y derecho romano. La tesis clásica, que sostenía que la redacción de “costumbres” de los siglos XII y XIII se correspondería con una necesidad de oponer resistencia al nuevo derecho, abreva en este modelo que en definitiva caracteriza a la costumbre como *vox populi* en oposición al derecho romano concebido como voz elitista de un derecho extranjero.

Segundo deslizamiento: el paradigma antropológico y la “cultura popular”

La historia social y la antropología no permanecen ajenas a esta metamorfosis. Como vimos las apreciaciones de uno de los más representativos historiadores de la modernidad, E. P. Thompson, muestran la impronta que este paradigma que considera a la costumbre como memoria

³⁰ El despliegue de estas ideas está presente en COSTA, J., *op. cit.* En el primer tomo puede verse con claridad la concepción de Costa sobre el derecho consuetudinario expuesta de forma teórica en la introducción y puesta en práctica en su estudio sobre el Alto Aragón. El tomo II recoge no sólo trabajos de Costa sino también un conjunto de estudios con la misma tónica llevados adelante por Rafael Altamira, Miguel Unamuno, Victorino Santamaría, entre los más significativos. Los artículos que se compilan en este segundo volumen aparecieron por primera vez publicados como tirada aparte de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en la sección especial de Derecho Consuetudinario, entre los años 1896 y 1898. Respecto de la influencia de la Escuela Histórica en Joaquín Costa, ver FERNÁNDEZ CLEMENTE E., “Joaquín Costa, pionero de las ciencias sociales en España”, en J.A. GONZÁLEZ ALCANTUD y A. ROBLES EGEA (eds.), *Intelectuales y ciencias sociales en la crisis de fin de siglo*, Antrophos, Barcelona, 2000, pp. 190-203, p. 198.

³¹ ORTÍ A. y GÓMEZ BENITO C., “Costumbre contra ley en la vida del derecho: razón histórica. Soberanía popular y libertad civil en la filosofía social de Joaquín Costa”, en S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO y E. TORIJANO (eds.) *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Salamanca, 2006, pp. 411-496, p. 414.

³² COSTA J., *op. cit.*, p. 35.

auténtica del pueblo, como la expresión clara de su voz, ha dejado en las ciencias sociales. Esta idea de una cultura popular como verdadera naturaleza aparece en Thompson con claridad, pero sumando otro elemento fundamental para que esa cultura plebeya sea naturalmente cultural: la costumbre. Después de habernos informado que “La costumbre era segunda naturaleza del hombre”³³, al final de la introducción de su libro *Costumbres en común* nos advierte sobre la pérdida de nuestra naturaleza humana consecuencia de la aparición del capitalismo y del mercado.

Costumbre, cultura plebeya, cultura popular se exhiben en el trabajo de Thompson como sinónimos. Para Grignon y Passeron se trata ante todo de una lectura, deudora del populismo romántico, que conduce a estos autores a “confundir con fervor pueblo y pueblo, *plebs* y *populus*”:

“Fue explícitamente con el romanticismo nacionalista cuando el *Volkskunde* (término del que Thoms ha calcado *folklore* en 1846) inició desde muy pronto esta identificación que participa de la moda del prefijo *Volk*. A través de los numerosos avatares de sus contenidos ideológicos, esta corriente ha influido en el desarrollo de las «etnografías metropolitanas» y en la mayor parte de las investigaciones folkloristas; todavía hoy se encuentra su elástica definición de «pueblo» y de lo «popular» en numerosos populismos: regionalismos, vuelta a la tierra, *revivals*”³⁴.

Esta imagen de lo popular y del pueblo ha sido criticada por estos autores partiendo de un análisis de las investigaciones que desde la sociología y la literatura de las ciencias sociales en general se han dedicado a estudiar a las culturas populares. Dos son los modelos interpretativos que examinan: el relativismo cultural y el realismo sociológico. La crítica al primer modelo es la que nos interesa a nosotros ya que para los autores “las cegueras sociológicas del relativismo cultural aplicado a las culturas populares promueven el *populismo*”³⁵, rasgo que como vemos caracteriza a las aproximaciones que venimos citando hasta aquí. Con el objetivo de reducir las ilusiones etnocéntricas que había caracterizado a las ciencias sociales hasta mediados del siglo XX, el relativismo cultural, según estos investigadores, ha resultado en una inversión “pura y simple de los valores dominantes: «la gente del pueblo vale más que nosotros», su cultura es culturalmente más rica que la nuestra, en último término es la única cultura que es «naturalmente cultural»”³⁶.

No cabe duda que esta concepción que asocia derecho consuetudinario a cultura popular tiene una activa filiación con las interpretaciones del derecho consuetudinario nacidas a principios del siglo XIX de las que acabamos de hablar. Es posible, sin embargo, ver también la influencia de lo que podríamos denominar el “paradigma antropológico” de la costumbre³⁷, paradigma que se fraguó sin duda bajo la influencia de los juristas decimonónicos -las ciencias sociales, como señala Assier-Andrieu, empezando por la antropología, quedaron fascinadas por el carácter “popular” de la fuente consuetudinaria,

³³ THOMPSON E.P., *op. cit.*, p. 15.

³⁴ GRIGNON C. y PASSERON J.C., *Lo culto y lo popular. Miserabilismo y populismo en sociología y literatura*, La piqueta, Madrid, 1992, pp. 37-38.

³⁵ *Idem*, p. 21.

³⁶ *Idem*, p. 37.

³⁷ Para una crítica en profundidad de las concepciones populistas sobre la cultura popular ver *Idem*.

destino mítico de la costumbre forjado por los propios juristas³⁸- pero que tiene una historia propia.

En un artículo clarificador Assier-Andrieu repasa la formación del concepto costumbre en los orígenes de la antropología social. Sigámoslo de cerca para ver este recorrido. El punto de partida para el antropólogo es la lectura que Pierre-Jean Grosley y Antoine-Ives Goguet hacen en el siglo XVIII del *Espíritu de las leyes* de Montesquieu, allí es donde puede verse en germen una concepción genética de la juridicidad anclada en la costumbre. En *De l'influence des lois sur les mœurs*³⁹, Grosley emprende una fenomenología de la costumbre planteando que estas son representación de las normas de la organización de las relaciones sociales distinta de la norma legal. Aparece entonces una concepción binaria del campo jurídico que separa el de los “mores” y el de la ley; sobre esta idea se montará posteriormente por parte de la sociología y la antropología la oposición ley/costumbre, derecho formal/derecho informal y se producirá “par l'effet d'une sujétion progressive du juridique aux facteurs sociaux qui le déterminent, l'opposition droit/société”⁴⁰. Antes incluso que la Escuela Histórica, este erudito francés va a demarcar el territorio en el que va a prosperar la idea de costumbre: un hecho testigo de un derecho que se opone al derecho oficial y lo vuelve ilegítimo porque encarna una manifestación presente del origen, de las leyes primitivas que son la fuente de toda sociedad humana y lo que explica la variedad planetaria de sociedades⁴¹. En este planteo no solo se establece la clásica taxonomía que opone por un lado razón subjetiva, endógena, autóctona y relativa, a razón objetiva, abstracta universal y científica, sino también, se vehiculiza la posibilidad de designar a través del concepto de costumbre los caracteres “étnicos” o “culturales” de una nación o pueblo.

Para la misma época Goguet elabora un esquema de la evolución y de la diversificación de las instituciones humanas fundado sobre una lectura de la costumbre en relación con la “subsistencia” influyendo vivamente en los primeros teóricos de la antropología social y cultural del siglo XIX, básicamente en Tylor y Morgan. Para Goguet la costumbre es signo y principio de toda normatividad social encarnando un estado primitivo de lo jurídico. Respecto de esta idea Assier-Andrieu señala que progresivamente con los trabajos de Taylor y Morgan el término costumbre adquirirá un significado distinto al del registro jurídico, instalándose en un registro de tipo étnico o etnográfico. La costumbre se convierte en una forma de juridicidad propia de las sociedades tradicionales, holistas, sin escritura y sin Estado⁴².

³⁸ ASSIER-ANDRIEU L., “La formation historique du concept de coutume et les origines de l'anthropologie sociale, XVIII^e-XIX^e”, en M. MOUSNIER Y J. POUMAREDE (eds.), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Université de Toulouse II-Le Mirail, Presses Universitaires du Mirail, Tolosa, 2001, pp. 229-245.

³⁹ GROSLEY P.J., *De l'influence des lois sur les mœurs*, Mémoire à la Société royale de Nancy, Nancy, 1757.

⁴⁰ ASSIER-ANDRIEU L., *op. cit.*, p. 232.

⁴¹ ASSIER-ANDRIEU L., *op. cit.*, p. 234.

⁴² En los clásicos de la antropología, MALINOWSKI B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ariel, Barcelona, 1985, RADCLIFFE-BROWN A.R., *Estructura y función en la sociedad primitiva*, Península, Barcelona, 1996, entre otros, opera esta misma idea. Las costumbres “reglas no legales” son para el primero la suma total de reglas, convenciones y esquemas de comportamiento en una sociedad dada; Radcliffe-Brown ve en los usos y las costumbres, convenciones no producidas por el Estado.

En síntesis, según Assier-Andrieu es en el siglo XVIII donde se encuentran las primeras aproximaciones al derecho desde una perspectiva “genetista” que ve en la costumbre el origen prístino del derecho. Idea semejante se va a desarrollar, como vimos, en el siglo XIX entre los juristas de la Escuela Histórica. Los trabajos posteriores de la antropología evolucionista desmarcan a la costumbre del plano estrictamente jurídico para instalarla en un plano étnico según el cual el derecho consuetudinario se define como comportamiento de una nación o un pueblo. Sobre esta idea se montaría la matriz dualista que, como advertimos, hace de la costumbre el derecho de los pueblos sin escritura, sin estado, es decir primitivos.

Tercer deslizamiento: la asimilación entre derecho popular y mentalidad campesina

Otro giro interesante se ha dado entre los medievalistas al identificar a la costumbre con la mentalidad campesina, produciendo un sugestivo desplazamiento que asimila *vox populi* a voz campesina. Como es conocido por los historiadores del medioevo las referencias a la costumbre son moneda corriente en la documentación judicial medieval. En las pesquisas y en los juicios por usurpación de términos comunales los testigos alegan con frecuencia, y como estrategia para reafirmar un derecho, que desde hace veinte, treinta, cuarenta años o más, usan una tierra de determinada manera. Es un ejemplo notable son los numerosos conflictos que forman la colección documental del *Asocio* de Ávila. Citados los testigos para probar el uso común de un bien apropiado por un privado, se echa mano de la temporalidad: “*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*”⁴³; en otra formulación se dice: “*Dixo que porque de cuarenta años acá, que se él se acordava, que siempre lo viera paçer con sus ganados a los vecinos*”⁴⁴; en una tercera versión se lee: “*Porque de cuarenta años a esta parte, fasta tanto que lo tomó el dicho Gil Gonçalez*”⁴⁵.

⁴³ LÓPEZ C., y DEL SER QUIJANO G., *Documentación medieval del Asocio de la Extinguida Universidad y Tierra de Ávila I*, Ávila, 1990, p. 179. En las siguientes notas haremos referencia a ese corpus como *Asocio*.

⁴⁴ *Asocio*, p. 181.

⁴⁵ *Asocio*, p. 182. Las mismas referencias las hallamos en un pleito llevado adelante en Ciudad Rodrigo un siglo más tarde. Los vecinos dan testimonio haciendo hincapié en los plazos temporales para dar cuenta de la continuidad de la costumbre y de la violación llevada adelante por el usurpador (BARRIOS GARCÍA, A., MONSALVO ANTÓN, J.M. & DEL SER QUIJANO, G., *Documentación Medieval del Archivo Municipal de Ciudad Rodrigo*, Salamanca, 1988, doc. 19): “*Miguell Benito, yerrno de Andrés Martín, de Fuenteguinaldo, jurado e preguntado sobre dicha razón, siéndole rrecontado el fecho delante, qué es lo que ende sabe, dixo, por la jura que fizo, que de treynta annos acá poco mas o menos tiempo, que sabe ser heredero en el Villar a Vasco Martínez de Rreesende, logar que es... Et que antes desto e después que siempre vio paçer a los de la tierra por devaso en dicho Rrobredo, guardando panes e exidos porqueros e las defesas de los bués, salvo de pocos día acá, de quatro o çinco annos a esta parte, que diz que oyo dezir que los herederos de Pennaparda, logar que es en el dicho Rrobredo, que vendían la tierra a omnes de fuera parte, para paçer con sus ganados... Johán Baço, de Rrobreda, jurado e preguntado sobre la dicha rrazon, séndole rrecontado delante todo el fecho, qué e lo que ende sabe, dixo, por la jura que fizo, este testimonio que desque se él acuerda a esta parte, que dixo que puede aver fasta quarenta annos o más, que nunca en el Rrobredo sabe defesa apartada, salvo en cada logar sus exidos porqueros e sus defesas de los bués, q que todo lo ál era devaso para paçer; et que los vecinos de Çiudat Rodrigo que an algo en dicho Rrobredo e otro sí los de Fuenteguynaldo e los del dicho logar de Rrobreda e los*

La historiografía que se ha centrado en este tipo de documentación ha leído estas remisiones haciendo operar la relación entre costumbre-cultura popular campesina-mentalidad primitiva. Monsalvo Antón, importante referente en esta línea, en sus análisis de los conflictos que atraviesan buena parte de la Baja Edad Media castellana⁴⁶, plantea un recorrido que muestra claramente la potencia que ha adquirido esta relación. El historiador parte de considerar, a la costumbre como un valor asociado a formas de pastoreo comunitario y tradicional en contraposición con los regímenes recientes basados en la privatización y destrucción de sus usos antiguos⁴⁷. Esgrime, luego de confrontar los argumentos de los testigos con la legislación vigente y ver que en muchos casos lo que se presentaba como costumbre “de siempre” era, por el contrario, una norma jurídica resultado de pactos o decisiones políticas⁴⁸, una crítica al paradigma antropológico de la costumbre –que la piensa como resultado de consensuadas y armónicas reglas tácitas y prácticas, depuradas por generaciones de usuarios, que eran asumidas tranquilamente por las comunidades-. Su conclusión, entonces, es que la costumbre presentada como intemporal, en realidad, era producto de las decisiones adoptadas por el concejo, por la intervención de los reyes, etc.; fruto en definitiva de los cambios más que de las permanencias. Sostiene entonces que:

“Las costumbres son tanto o más historia que etnografía o antropología... Comprobamos por otra parte que el principio de la costumbre es equívoco. Servía para justificar unos usos, pero también era invocado para justificar los contrarios. Y esto también impugna el paradigma antropológico, pues, lejos de ser inmutable la costumbre era por el contrario, algo nuevo, cambiante, producto de la decisión”⁴⁹.

Su camino es sinuoso porque luego de esta afirmación y con el objetivo de redondear su idea sobre la costumbre en estos conflictos recae en el paradigma criticado:

Perosín... Lorenzo Durán, de treynta annos acá..., preguntado por qué lo crey, dixo que porque looyó decir a omnes de verdat, e que, segund ellos, y que segund ellos avían el poderío que lo podían muy bien fazer”.

⁴⁶ LÓPEZ BENITO C., “Usurpación de bienes concejiles en Salamanca durante el reinado de los Reyes Católicos”, *Studia Historica. Historia Moderna*, 1, 1983, pp. 169-183; BARRIOS GARCÍA C., *Estructuras agrarias y de poder en Castilla. El ejemplo de Ávila (1085-1320)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2 vols., 1983-84; MONSALVO ANTÓN J.M., “Poder político y aparatos de Estado en la Castilla Bajomedieval. Consideraciones sobre su problemática”, *Studia Historica. Historia Medieval*, 2, Salamanca, 1986, pp. 100-167; MONSALVO ANTÓN J.M., “Paisaje agrario, régimen de aprovechamientos y cambio de propiedad en una aldea de la tierra de Ávila durante el siglo XV. La creación del término redondo de Zapardiel de Serrezuela”, *Cuadernos Abulenses*, 17, Ávila, pp. 11-110, 1992; MOLINA MOLINA A.L. y ASIS VEAS ARTESEROS F., “Las tierras comunales del concejo de Murcia en el siglo XV”, en *Estudios de historia medieval en Homenaje a Luis Suárez Fernández*, Valladolid, 1991, pp. 349-360.

⁴⁷ MONSALVO ANTÓN J. M., “Costumbres y comunales en la tierra medieval de Ávila...”, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁸ *Asocio* p. 38. Un claro ejemplo de lo que señalamos se ve el pleito que entabla el consejo contra Alfonso Gonçález: cuando el procurador Domingo Fernandez hace referencia a la antigüedad de la práctica de hacer pastar el ganado libremente en las tierras comarcales una vez recolectados los panes, en realidad está hablando de la derrota de mieses, práctica recogida recién en la ordenanzas abulenses de mediados del XV y que no se registraba en las de 1346.

⁴⁹ MONSALVO ANTÓN J.M., “Costumbres y comunales en la tierra medieval de Ávila...” *op. cit.*, p. 45.

“Creo que esta percepción campesina, su apología de los «viejos usos», es una de las grandes piezas del ideario comunalista campesino de la Edad Media en estos medios geográficos al menos, y sin duda se encuadra en ese tradicionalismo mental del campesinado del Antiguo Régimen que tanto han resaltado los medievalistas y modernistas”⁵⁰.

Y termina definiendo a la costumbre como

“componente del ideario de los pecheros de la Tierra, como argumento, como credo cívico o informal doctrina popular en el ambiente concejil de aquellos medios sociales”⁵¹.

Analicemos en detalle estos dos párrafos: la costumbre es ante todo doctrina popular de los pecheros de la tierra. La idea de costumbre como expresión del pueblo se cuela aquí nuevamente, como voz de los que no tienen un derecho sistemático o formal. La costumbre expresaría un saber popular en oposición al saber elitista de los poderosos. Llama la atención esta asociación entre costumbre y saber popular. Acaso como el mismo Monsalvo señala ¿la referencia a la costumbre en boca de los testigos no tiene más que ver con las estrategias de los procuradores para legitimar un uso y transformarlo en derecho que con un supuesto ideario campesino? Mirado así lo que dicen los testigos de los pleitos no se opondría a un saber elitista sino que coincidiría con él. Pero en la definición de costumbre de Monsalvo Antón hay algo más que quisiéramos resaltar: la asociación entre costumbre y mentalidad o ideario campesino. Puede verse con claridad el tercer desplazamiento del que hablamos: la costumbre aquí no solo es derecho popular sino también cultura campesina o incluso mentalidad tradicional.

El primer problema que plantea esta relación es que la reducción de la costumbre a la idea de una mentalidad campesina hace perder de vista el carácter estrictamente jurídico que las remisiones a la costumbre tiene en la documentación de la práctica jurídica. Es obvio a esta altura que la concepción romántica de la costumbre como derecho popular está como telón de fondo de esta definición, definición que como vimos no tiene nada que ver con la idea de *voluntas populi* medieval. Pero un segundo problema se presenta: las fuentes trabajadas por Monsalvo Antón nunca hablan de campesinos. Se refieren a los declarantes como “pecheros”, “vecinos” o “testigos” siendo estas dos últimas las expresiones más frecuentes. Para historiadores como Jesús Izquierdo Martín el lenguaje en el que habla el habitante de campo en la Edad Media no es el de la clase social sino el lenguaje corporativo y locativo atravesado por una matriz “teológica y corporativa de un sistema conceptual en el que lo social aparece como una copia reducida de un todo teocrático, un todo orgánico -con el que se imaginan las partes- y antropomórfico -trasunto de su necesaria unidad-”⁵². Es el lenguaje de la comunidad el que opera como referente

⁵⁰ *Ibidem*, p. 62.

⁵¹ *Ibidem*, p. 20.

⁵² IZQUIERDO MARTÍN J., *El rostro de la comunidad. La identidad del campesino en la Castilla del Antiguo Régimen*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2008, p. 362.

identitario⁵³ en una sociedad en donde la referencia al espacio ha suplantado a la identidad basada en el parentesco. De allí que uno de los términos más usado sea el de vecino. Esta matriz locativa no es para nada casual. Alain Guerreau en su clásico libro *El feudalismo, un horizonte teórico*, insistiendo sobre la naturaleza no exclusivamente económica de la relación de *dominium* también señalaba la ausencia en Europa feudal de la noción de campesino en el sentido en que lo usamos habitualmente. Entre las palabras que servían para designar a los que comúnmente llamamos campesinos, Guerreau advierte que la mayoría de ellas (*agricolae, rustici, villani, pagenses, vicini, manentes*) no tenían valor genérico alguno sino que, en general, designaban el lugar de residencia⁵⁴. En la misma línea, Joseph Morsel muestra, que a partir del siglo XI se da en Europa occidental la aparición de términos nuevos estrictamente ligados al proceso de “encelulamiento” (*villanus, vilain, villein, villano*, etc.) El vocablo “villano”, señala Morsel, de rápida difusión, remitiría al aldeano en tanto dependiente encelulado, es decir referiría a quien reside en una comunidad de habitantes. El señor ejercería su *dominium* no sobre los “campesinos” sino más bien sobre los hombres circunscriptos, atados a la tierra. La impronta locativa del término *vecino* habría que ponerla en relación entonces con el proceso de formación de la comunidad de habitantes y con la nueva forma de ejercicio del poder (dominio simultáneo sobre hombres y tierras) que caracterizará a Occidente en torno de los siglos XI-XII. Por esto, es “preferible evitar, mientras sea posible, a propósito de la sociedad medieval, el término de «campesino» que reenvía más bien a una función (cultivar la tierra) que a una posición simultánea en el espacio material y social”⁵⁵.

No es nuestra intención aquí entrar en el debate en torno de la existencia o no del campesinado en la Edad Media, discusión que correría el foco de la preocupación central de este artículo. Tan solo queremos advertir que siguiendo estrictamente a las fuentes en las que los testigos declaran sobre costumbres, a lo que nos enfrentamos ya no es a la voz del campesino tal cual lo plantea Monsalvo Antón sino a la voz del vecino. ¿Podríamos seguir sosteniendo entonces el carácter popular de los derechos que configuran las prerrogativas de los vecinos?

La idea de la costumbre medieval como derecho popular de los campesinos se nutre de una serie de prejuicios inaugurados en el siglo XIX por la historia del derecho y por la antropología que han pensado a la costumbre como reservorio de un derecho natural y popular enfrentado a un derecho de matriz elitista. Para esta perspectiva el derecho verdadero viviría allí donde, o bien el derecho positivo respetara a rajatablas a la costumbre, o bien, en un momento en el cual la costumbre se desplegara en estado rústico, digamos de naturaleza, como voz de lo real. La Edad Media, sobre todo la Alta Edad Media –además de las sociedades estudiadas por la antropología– se presenta para el

⁵³ En relación con el problema del lenguaje teológico y comunitario en la sociedad medieval ver KANTOROWICZ E., *op. cit.*; MICHAUD-QUANTIN P., *op. cit.*

⁵⁴ GUERREAU A., *El feudalismo un horizonte teórico*, Crítica, Barcelona, 1984, p. 207.

⁵⁵ MORSEL J., “Señores y villanos”, en P. MICELI y J. GALLEGOS (eds.), *Habitar, producir, pensar el espacio rural. De la Antigüedad hasta el Mundo Moderno*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2008, pp. 185-256., p. 245. Abandonar el concepto “campesino” no será tarea fácil. En su defecto, tal vez lo más apropiado sea, como propone Izquierdo Martín, usarlo de modo crítico, asumiendo la pesada carga historiográfica con la que cuenta. VER IZQUIERDO MARTÍN, J. “Significación e identidad en el campo español. Una desnaturalización del sujeto de la modernidad”, en P. MICELI y J. GALLEGOS (eds.), *op. cit.*, pp. 355-379, p. 375.

iusnaturalismo como escenario ideal para el despliegue de esta utopía. Grossi, uno de los más prestigiosos historiadores contemporáneos del *ius commune*, es el ejemplo más acabado de este ejercicio:

“He aquí cómo debemos observar al derecho medieval: como una gran experiencia jurídica que alimenta en su seno una infinidad de ordenamientos, donde el Derecho -antes de ser norma y mandato- es orden, orden de lo social, motor espontáneo, lo que nace de abajo, de una sociedad que se autotutela ante la litigiosidad de la incandescencia cotidiana”⁵⁶.

En este marco la costumbre será para Grossi el hecho primordial del que nace el derecho:

“La costumbre es, de hecho, la «más objetiva» de las fuentes; nace desde abajo y es la voz misma de las cosas... Los operarios protomedievales identificaban y evaluaban un mensaje escrito en las cosas, que parecía emerger de la misma naturaleza... La costumbre se presentaba y afloraba con precisión ante su atenta sensibilidad, como *altera natura*”⁵⁷.

La costumbre como “segunda naturaleza”, *lex* en estado original, invisible y silenciosa recorre esta concepción iusnaturalista presente también en los trabajos de los historiadores más emblemáticos de la Edad Media y la Modernidad como es el caso de Thompson⁵⁸ y Guriévich⁵⁹. La costumbre se presenta, entonces, como esencia de la naturaleza humana que por su repetición genera un derecho de tipo contestatario en tanto emerge de una matriz popular.

⁵⁶ GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 54.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁵⁸ La idea de la costumbre como segunda naturaleza está presente en THOMPSON, E.P., *op. cit.*, p. 108.

⁵⁹ La costumbre, según Guriévich, es una categoría específica de la cultura medieval cuya particularidad esencial es no haber perdido su vinculación con la sociedad. A diferencia de la ley que se transformó en monopolio de un grupo reducido de eruditos, la costumbre conservaba el “cordón umbilical que la unía a la sociedad”. Su oralidad y su carácter local la hacían más cercana a todos los hombres que la ley. Para Guriévich el derecho consuetudinario es el elemento creativo de la sociedad del medioevo, es “*ratio vivens* y no *ratio scripta*”⁵⁹. Guriévich nunca define explícitamente la costumbre; siempre destaca su función en la sociedad feudal o sus características. Pero es posible a partir de esa lista de características adjudicadas a la costumbre reconstruir a qué se refiere cuando utiliza el término. En primer lugar, la costumbre es considerada en su función totalizadora: ella determinaba todos aspectos esenciales de la vida de la sociedad; todas las cuestiones y conflictos del grupo se resolvían remitiendo a una forma de hacer tradicional. En segundo lugar, las costumbres como consecuencia de su carácter universal no se encontraban codificadas ni redactadas por entero. La codificación se presentaba como un imposible para un conjunto de normas que tenían por finalidad reglar todos los aspectos, aun los más recónditos de la vida de los hombres. Sin embargo, este carácter universal no significaba que la costumbre fuera igual en todos lados; muy por el contrario cada localidad tenía sus propias costumbres. Aspecto que formaba parte de la definición misma de costumbre: nunca era general sino local. Imposible de codificar, la dimensión oral se tornaba en su aspecto distintivo. Por último, como dijimos más arriba, su característica fundante parece ser el no haber perdido el lazo que la unía con el hacer cotidiano de los hombres y con la sociedad. Caracterizada como predominantemente oral, regulando todos los ámbitos de la vida y como algo específico de cada región, la costumbre no parece distinguirse, según Guriévich, de la tradición, con la que aparece equiparada. La costumbre puede definirse según el autor como una forma de hacer tradicional o ancestral. GURIÉVICH, A., *Las categorías de la cultura medieval*, Taurus, Madrid, 1990.

Recapitemos para ordenar lo dicho hasta aquí. Hemos señalado varios hitos que van indicando un corrimiento que terminó por asociar costumbre a derecho popular. Un primer corrimiento se produce en el siglo XIX con la Pandectística que junto a Savigny concibió a la costumbre como “espíritu del pueblo”, un derecho popular que se oponía al derecho legal codificado. Un segundo corrimiento, tal vez de tinte más antropológico que enlazó a la costumbre con la cultura popular. Un tercer hito que hizo de la costumbre voz, ideario o mentalidad de los campesinos medievales.

Advertir estos deslizamientos es un buen ejercicio que permite estar alerta respecto del sustrato “populista” que tienen las interpretaciones que ven en el derecho consuetudinario medieval un derecho popular que expresa la voz de los campesinos, idea anacrónica, como vimos, respecto del pensamiento de los propios juristas medievales. En conclusión, debemos estar atentos a los supuestos que se encuentran escondidos bajo tópicos naturalizados, como ser la identificación de la costumbre con el derecho popular, para no caer en anacronismos y sobre todo, para no silenciar el estricto sentido jurídico que la *consuetudo* tenía en el aquellos tiempos.

Bibliografía

Fuentes primarias

- Digesto. Corpus Iuris Civilis* (ed. Th. Mommsen), Editio stereotypa, Berlín, 1905.
- Las Siete Partidas* (ed. G. López), Salamanca, 1555 (reproducción anastática, Ed. Boletín Oficial del Estado, 1984).
- Institutiones. Corpus Iuris Civilis* (ed. P. Krueger), Editio stereotypa, Berlín, 1905.
- Documentación Medieval del Archivo Municipal de Ciudad Rodrigo*, Barrios García, A., Monsalvo Antón, J.M. & Del Ser Quijano, G. (ed.) Salamanca, 1988
- Documentación medieval del Asocio de la Extinguida Universidad y Tierra de Ávila I*, López C., y Del Ser Quijano G., (ed.), Ávila, 1990.

Fuentes Secundarias

- ASCHERI M., “Tra legge e consuetudine: qualche problema dell’Alto Medioevo (e dell’età contemporanea)”, en G. Rossetti y G. Vitolo (eds.), *Medioevo, Mezzogiorno, Mediterraneo. Studi in onore di Mario Del Treppo*, Liguori-Gisem, Nápoles, 2006, pp. 313-327.
- ASSIER-ANDRIEU L., “La formation historique du concept de coutume et les origines de l’anthropologie sociale, XVIII^e-XIX^e”, en M. MOUSNIER Y J. POUMAREDE (eds.), *La coutume au village dans l’Europe médiévale et moderne*, Université de Toulouse II-Le Mirail, Presses Universitaires du Mirail, Tolosa, 2001, pp. 229-245.
- BARRIOS GARCÍA C., *Estructuras agrarias y de poder en Castilla. El ejemplo de Ávila (1085-1320)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2 vols., 1983-84.
- BETTINI, M., *Le orecchie di Hermes. Studi di antropologia e letterature classiche*, Giulio Einaudi Editores, Turín, 2000.
- BLACK A., *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- BLACK A., *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, Cornell University Press, Nueva York, Londres, 1984.
- CALASSO F., *Medioevo del diritto. Le fonti*, Giuffrè, Milán, 1954.
- CANNING J. P., “The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries”, *History of Political Thought*, 1, 1980, pp. 9-32.
- CANNING J. P., *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge University Press, Cambridge. (1987).
- CORTESE E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè Editore, Varese, tomo II, 1962.
- COSTA P., “La soberanía en la cultura político-jurídica medieval: imágenes y teorías”, *Res publica*, 17, Universidad de La Rioja (España), 2007, pp. 33-58.
- DAMIATTA, M., *Plenitudo potestatis e universitas civium in Marsilio da Padova*, Edizioni ‘Studi Francescani, Florencia, 1983.
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto. 1. Antichità e Medioevo*, Laterza, Roma, 2001.

GARRÉ R., "La teoria della continuità del diritto romano nell'Alto Medioevo nell'opera di F. von Savigny", *Cenobio*, 41, 1992, pp. 359-374.

GARRÉ R., *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Metho-denlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, Klostermann, Fráncfort, 2005.

GONZÁLEZ VICEN F., "La Escuela Histórica del Derecho", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19, Universidad de Granada, Granada, 1978-79, pp. 1-48.

GRIGNON C. y PASSERON J.C., *Lo culto y lo popular. Miserabilismo y populismo en sociología y literatura*, La piqueta, Madrid, 1992.

GROSLEY P.J., *De l'influence des lois sur les mœurs*, Mémoire à la Société royale de Nancy, Nancy, 1757

GUERREAU A., *El feudalismo un horizonte teórico*, Crítica, Barcelona, 1984.

GURIÉVICH, A., *Las categorías de la cultura medieval*, Taurus, Madrid, 1990.

IZQUIERDO MARTÍN J., *El rostro de la comunidad. La identidad del campesino en la Castilla del Antiguo Régimen*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2008.

IZQUIERDO MARTÍN, J. "Significación e identidad en el campo español. Una desnaturalización del sujeto de la modernidad", en P. MICELI y J. GALLEGOS (eds.). Ver cita entera en nota 55, pp. 355-379.

GONZÁLEZ ALCANTUD J. A. y ROBLES EGEA A. (eds.), *Intelectuales y ciencias sociales en la crisis de fin de siglo*, Antrophos, Barcelona, 2000, pp. 190-203.

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

KANTOROWICZ H., "Volksgeist und historische Rechtsschule" en *Rechts-historische Schriften*, Karlsruhe, 1970, [1912], pp. 435-456.

KASSER, M., "«Mores maiorum» und Gewohnheitsrecht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 59, 1939, pp. 52-101, 1939.

LÓPEZ BENITO C., "Usurpación de bienes concejiles en Salamanca durante el reinado de los Reyes Católicos", *Studia Historica. Historia Moderna*, 1, 1983, pp. 169-183.

MAIOLO, F., *Medieval Sovereignty. Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Eburon, Amsterdam, 2007.

MALINOWSKI B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ariel, Barcelona, 1985.

RADCLIFFE-BROWN A.R., *Estructura y función en la sociedad primitiva*, Península, Barcelona, 1996.

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

MICHAUD-QUANTIN P., Universitas. *Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, Librairie Philosophique J. Vrin, París. 1970.

MOLINA MOLINA A.L. y ASIS VEAS ARTESEROS F., "Las tierras comunales del concejo de Murcia en el siglo XV", en *Estudios de historia medieval en Homenaje a Luis Suárez Fernández*, Valladolid, 1991, pp. 349-360.

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 S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO Y E. TORIJANO (eds.), *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Centro de Estudios Registrales, Salamanca, 2006, pp. 15-70.

MONSALVO ANTÓN J.M., "Paisaje agrario, régimen de aprovechamientos y cambio de propiedad en una aldea de la tierra de Ávila durante el siglo XV. La creación del término redondo de Zapardiel de Serrezuela", *Cuadernos Abulenses*, 17, Ávila, pp. 11-110, 1992.

MONSALVO ANTÓN J.M., "Poder político y aparatos de Estado en la Castilla Bajomedieval. Consideraciones sobre su problemática", *Studia Historica. Historia Medieval*, 2, Salamanca, 1986, pp. 100-167.

MORSEL J., "Señores y villanos", en P. MICELI y J. GALLEGOS (eds.), *Habitar, producir, pensar el espacio rural. De la Antigüedad hasta el Mundo Moderno*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2008, pp. 185-256.

OBARRIO MORENO J.A., "El valor de la costumbre en el Reino de Valencia", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, Coruña, 2005, pp. 637-662.

ORTÍ A., y GÓMEZ BENITO C., "Costumbre contra ley en la vida del derecho: razón histórica. Soberanía popular y libertad civil en la filosofía social de Joaquín Costa", en S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO y E. TORIJANO (eds.) *Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción. IV Encuentro Disciplinar*, Salamanca, 2006, pp. 411-496.

PÉREZ-PRENDES, J.M., *Curso de historia del derecho español*, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

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

QUILLET, J., “*Universitas populi et représentation au XIV^e siècle*”, *Miscellanea Mediaevalia*, 8, Berlín- Nueva York, 1971.

RODRÍGUEZ MOLINERO M., “Derecho y pueblo en Savigny”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19, Universidad de Granada, 1978-79, pp. 219-241.

SKINNER Q., *The Foundations of Modern Political Thought. 1. The Renaissance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978.

TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, Crítica, Barcelona, 1995

ULLMANN W., *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ariel, Barcelona, 1997.

ULLMANN W., *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, 1966.

VALLEJO J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

WOOLF E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, JCB Mohr, Tubinga, 1913.