

25. LA COSTUMBRE EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL SIGLO XVIII: EL CASO VALENCIANO

Aniceto Masferrer
Universidad de Valencia (España)

I. INTRODUCCIÓN: LA COSTUMBRE EN LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL

El artículo primero del vigente Código civil español, promulgado en 1889, dispone que las fuentes del Derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Preceptos idénticos o parecidos aparecen en otros países de nuestro entorno europeo, cuyos Códigos recogen estas mismas fuentes del Derecho, reconociendo el valor normativo de la costumbre, pero negando al precedente judicial o jurisprudencial esta condición de fuente del Derecho.

Al referirme al entorno europeo incluyo a la mayoría de los países que conforman Europa, aunque no todos, habida cuenta de que en el Reino Unido –como es bien sabido– la tradición jurídica se desarrolló por otros derroteros, dando origen a lo que ha venido a denominarse el *common law* o la tradición jurídica anglosajona.

Es bien conocido –aunque en ocasiones tiende a olvidarse– que ambas tradiciones jurídicas, esto es, la del *civil law* y la del *common law*, pertenecen a la gran ‘familia’ (empleando el término de los comparativistas)¹ de las tradiciones jurí-

¹ Al respecto, véanse R. David / J.E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law*. London, 1968; Konrad Zweigert / Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law* (Tony Weir, trans.), Oxford, UK: Clarendon Press, 3rd ed., 1998; M. A. Glendon / M. W. Gordon / Ch. Osakwe, *Comparative Legal Traditions*. St. Paul, MN: West Publ., 2nd ed., 1994 (una versión resumida puede verse en M. A. Glendon / M. W. Gordon / C. Osakwe, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*. West Publishing Co., 1982); C. Varga (ed.), *Comparative Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth, 1992; A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athens, GA: University of Georgia Press, 2nd ed., 1993; P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*. Cavendish Publishing, 1999, 2nd edition; H. P. Glenn, *The Legal Traditions of the World*. Oxford University Press, 2007.

dicas occidentales (o *Western legal traditions*)², y que es precisamente el valor y función del precedente judicial y de la costumbre (aunque ésta en distinta medida, como se verá), lo que distingue y justifica el que pueda hablarse de dos tradiciones jurídicas distintas en el mundo occidental: la europea o continental –como prefieren los propios ingleses–, a la que pertenecen la mayoría de los países del entorno europeo y otros fuera de éste³; y la anglosajona, a la que pertenecen –entre otros países– Inglaterra, EEUU, Canadá, Australia y Nueva Zelanda⁴.

En mi quehacer docente he constatado que el estudiante de Derecho del *civil law* conoce bien poco del *common law*, y viceversa: el estudiante del *common law* apenas conoce nuestra tradición jurídica. Cuando en el primer día de clase pregunto sobre las semejanzas y diferencias entre ambos sistemas, los estudiantes del *common law* suelen acertar al señalar la primacía de la ley como fuente normativa en la tradición jurídica europea, al igual que los del *civil law* al expresar la importancia –tan sólo algunos afinan más, refiriéndose al valor normativo– del precedente judicial. Pero poco más pueden decir al respecto. Así, si al estudiante europeo se le pregunta por el principio del *stare decisis* o por el Derecho estatutario (o el *statutory law*, en inglés), no sabe qué responder. Y lo mismo sucede con el estudiante anglosajón si se le pregunta por el principio de legalidad (*principle of legality*) en un Estado de Derecho, noción que –como es bien sabido– no cabe

² Véase el conocido –y clásico– artículo de J. Dainow, *The Civil Law and The Common Law: Some Points of Comparison*, 15 *American Journal of Comparative Law* 419 (1966-1967); para una breve aproximación a los elementos comunes de las tradiciones jurídicas occidentales, véanse C.M. Lawson, *The Family Affinities of Common-Law and Civil-Law Legal Systems*, 6 *Hastings Int'l and Comparative Law Review* 86 (1982-1983); R.H. Helmholz, *Continental law and common law: historical strangers or companions?* (1990) *Duke Law Journal* 1207; véanse también H.J. Berman, *Law and revolution I: the formation of the Western legal tradition* (1983); J.M. Kelly, *A short history of Western legal theory* (1992); A. Watson, *The evolution of Western private law* (revised edn, 2001); más recientemente se ha publicado un estudio más completo, a saber, K. Murchison / R. Trahan, *Western Legal Traditions*, Louisiana University Press, 2010.

³ Al respecto, M. Bellomo, *The common legal past of Europe, 1000-1800* (1995); J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 3rd edition, 2007; R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future* (Cambridge University Press, 2002); P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 2002.

⁴ R.C. van Caenegem, *The common law seen from the European continent*, *Legal history* (1990), 165-83; R.C. van Caenegem *The birth of the English common law*, 2nd edn., 1988; J.H. Baker, *The common law tradition: lawyers, books and the law*, London, Hambledon P., 2000; P. Brand, *The making of the common law*, London and Rio, The Hambledon Press, 1992; J.H. Langbein / R. Lettow Lerner / B.P. Smith, *History of the common law: the development of Anglo-American legal institutions*, Aspen Publishers, 2009.

confundir o identificar por completo con la noción de *rule of law*, tan importante en la tradición jurídica anglosajona.

En este terreno de las fuentes jurídicas en el Derecho histórico comparado existe, a mi juicio, mucha ignorancia y no menos tópico.

La costumbre, que ha constituido durante siglos la principal fuente jurídica de la civilización occidental, ha sido postergada, maltratada y denostada y, cuando ha interesado, ha sido utilizada (y manoseada) a fin de exaltar los sentimientos de un pueblo o nación desde una perspectiva meramente teórica, para luego ser finalmente traicionada, confinada y sepultada en el baúl de los objetos antiguos e inútiles, desprovista –casi por completo– de vigencia tanto oficial como efectiva. Y esto ha ocurrido tanto en la tradición jurídica continental como en la anglosajona. Respecto a ésta basta recordar la dudosa –e interesada– identificación entre el *common law* y la costumbre llevada a cabo por Blackstone y otros juristas del *common law*⁵, idea que luego sería empleada por algunos juristas anglosajones para afrontar y rechazar la técnica codificadora como instrumento de reforma y modernización del *common law* en el siglo XIX⁶. Respecto a la tradición continental, basta recordar la lamentable identificación a la que condujo la interpretación de la compilación justiniana entre *leges* y *iura*⁷, adquiriendo aquéllas una primacía que el paso del tiempo no haría otra cosa que intensificar y confirmar⁸,

⁵ Sobre la costumbre en la tradición del *common law*, véase A. Perreau-Saussine / J.B. Murphy (eds.), *The nature of customary law: legal, historical and philosophical perspectives*. Cambridge University Press, 2007, donde aparecen, entre otros, cuatro interesantes artículos de contenido histórico, a saber: Brian Tierney, *Vitoria and Suárez on ius gentium, natural law, and custom*, pp. 101-124; David Ibbetson, *Custom in medieval law*, pp. 151-175; Alan Cromartie, *The idea of common law as custom*, pp. 203-227; David Lobban, *Custom, common law reasoning and the law of nations in the nineteenth century*, pp. 256-278; véase también el estudio de A. Kiralfy, *Custom in mediaeval English law*, (1988) 9 *JLH* 26.

⁶ Al respecto, véase A. Masferrer, *The Passionate Discussion among Common Lawyers about postbellum American Codification: An approach to its Legal Argumentation*, *Arizona State Law Journal* 40, 1 (2008), pp. 173-256; del mismo autor, *Defense of the Common Law against postbellum American Codification: Reasonable and Fallacious Argumentation*, *American Journal for Legal History*, 50, 4 (2008-2010), pp. 355-430; véase también M. Reimann, *The Historical School against codification: Savigny, Carter, and the defeat of the New York Civil Code*, (1989) 37 *American Journal of Comparative Law* 95.

⁷ Ignazio Castellucci (2008), *Law v. Statute, Ius v. Lex: An Analysis of a Critical Relation in Roman and Civil Law*, *Global Jurist*: Vol. 8: Iss. 1 (Advances), Article 5 (available at: <http://www.bepress.com/gj/vol8/iss1/art5>).

⁸ A la primacía de la ley frente a las demás fuentes del Derecho contribuyó, y no poco, el poder real y –en su momento– el absolutismo monárquico, que fue el resultado de un proceso lento y gradual impulsado decisivamente por Jean Bodin (1530-1596) en el siglo XVI, quien llegó a sostener la soberanía real con los siguientes términos: «*Maiestas est summa in cives ac súbditos legibus solute potestas*» (*Six livres de la république*, libro I, cap. VIII). Se trata del texto clásico de la teoría moderna de soberanía. En efecto, esta definición de la *souveraineté* o de la *summa potestas* como *in cives ac súbditos legibus soluta potestas* ('poder sobre los ciudadanos y súbditos no

llegándose a un punto en el que la ley, entendida por Rousseau como 'expresión de la voluntad general'⁹, se erige en la principal y –casi exclusiva– fuente del Derecho, no sin antes haber utilizado la costumbre como instrumento para enarbolar y consagrar el principio de que el Derecho debe responder a los sentimientos o al espíritu de un pueblo (el *Volksgeist*, empleando la expresión alemana)¹⁰, para luego –como sucediera en el *common law*– relegarla y permitir su –casi completo– fenecimiento por pura inanición.

Quien suscribe estas líneas reconoce que la costumbre es una fuente normativa cuyo valor y predicamento han sido inversamente proporcionales al grado de desarrollo del poder público, y que, por este motivo, si el surgimiento de las monarquías europeas medievales ya trajeron consigo una forma de creación y desarrollo del Derecho al margen de las normas consuetudinarias, la creación del Estado en la época moderna relegó la costumbre, confiriéndole un valor y una función cada vez menores¹¹. Pese a ello, la costumbre no perdió su condición de fuente normativa y –como se dijo al principio– apareció recogida en el art. 1 del vigente

sujeto a las leyes'), constituye la base teórica del poder soberano del Estado como poder supremo, permanente, indivisible y, en un principio, jurídicamente irresponsable.

⁹ En efecto, en Francia y más tarde en los demás países de la Europa continental, la ley se erigió en la expresión de la voluntad general (al respecto, es bien conocida la obra de R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931), con arreglo a la conocida afirmación de Rousseau, quien defendía «...una forma de gobierno que ponga a la Ley por encima del Hombre», y advertía que «no habría libertad en un Estado en el que el cuerpo encargado de aplicar la Ley tuviese derecho a hacerla hablar según su fantasía, pues podría hacer ejecutar como Leyes sus voluntades más tiránicas». En esta línea, Rousseau señalaba: «Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las leyes, y es por la fuerza de las leyes por lo que obedece a los hombres (...). Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto» (J.J. Rousseau, *Letters écrites de la Montagne, Lettre VIII, Ouvres complètes de la Bibliothèque de La Pléiade*, v. III, Paris, 1964, p. 842).

¹⁰ Al respecto, véase F. J. Contreras, La idea de Espíritu del Pueblo en F.C.V. Savigny, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 35 (2001), pp. 161-187; véase también R. Zimmermann, Savigny's legacy: legal history, comparative law and the emergence of a European Legal Science, (1996) *Law Quarterly Review* 576.

¹¹ Al respecto, véase la nota 8; fue precisamente el establecimiento de límites al –entonces, generalizado– sistema político absolutista la razón de ser de la moderna noción de constitución, merced a la cual se perseguía salvaguardar al individuo del excesivo poder que el Estado, que terminó identificándose con el monarca ("el Estado soy yo", llegaría a decir Luis XIV: *L'État c'est le Roi* en su versión francesa, o *Der König is der Staat* en su versión alemana), había venido acumulando desde su creación a principios de la Edad Moderna (siglos XV y XVI), y sobre quien recaía la función de crear Derecho a través de la ley; una síntesis sobre el surgimiento del Estado moderno y la noción de soberanía en la época moderna hasta la Revolución francesa puede verse en E. García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994, pp. 97 ss.; sobre la noción de soberanía en la tradición jurídica anglosajona, véase M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 73-98 (en este sentido, resultan ciertamente acertadas las ideas recogidas en las pp. 72-73).

Código civil, permanencia que podría calificarse de 'milagrosa' si se desconociera la importancia que la costumbre ha revestido –*de iure et de facto*– durante muchos siglos en la tradición jurídica occidental¹².

El precedente judicial guarda ciertos paralelismos con la costumbre, aunque en la tradición del *civil law* –a diferencia de la del *common law*– apenas se le ha reconocido la condición de fuente del Derecho, constituyendo más bien una mera fuente autorizada de interpretación del Derecho. Sería erróneo pensar, sin embargo, que el precedente judicial jamás ha gozado del valor de fuente del Derecho, pues la historia –tanto remota como próxima– y el presente muestran más bien lo contrario¹³.

Así pues, tanto la costumbre como el precedente judicial han venido jugando un papel menor en la medida en que el poder público y la maquinaria político-

¹² Sobre la relación entre ley y costumbre en la tradición anglosajona, véanse S. Diamond, *The rule of law versus the order of custom*, (1971) *Social Research* 38; P. Karsten, *Between law and custom: "high" and "low" legal cultures in the lands of the British diaspora—The United States, Canada, Australia, and New Zealand, 1600-1900*, Cambridge University Press, 2002; D. Lieberman, *Law/custom/tradition: perspectives from the common law*, M. Salber Phillips / G. Schochet (eds.), *Questions of tradition*, University of Toronto Press, 2004; véase también D.R. Kelley, 'Second nature': the idea of custom in European law, society, and culture, A. Grafton / A. Blair (eds.), *The transmission of culture in early modern Europe*, University of Pennsylvania Press, 1990, pp. 131-72; respecto a la tradición continental, véanse L. Mayali, *La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Age, La coutume*, RSJB, LII, Deuxième partie, Europe Occidentale Médiévale et Moderne, Bruxelles, De Boek Université, 1990; L. Waelkens, *La théorie de la coutume chez Jacques de Revigny. Edition et analyse de sa loi De quibus (D.1.3.32)*, Leiden, E.J. Brill/Universitaire Pers Leiden, RechtsHistorische Studies, 10, 1984; A. Gouron, *Sur les origines de l'expression 'droit coutumier'*, *Glossae* 1 (1988), pp. 179-188; respecto al ámbito español, véanse R. Gibert, *Costumbre a partir de las Partidas, La coutume*, RSJB, LII, Deuxième partie, Europe Occidentale Médiévale et Moderne, Bruxelles, De Boek Université, 1990, pp. 150-180; J. Lalinde Abadía, *La costumbre en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón, La coutume*, RSJB, LII, Deuxième partie, Europe Occidentale Médiévale et Moderne, Bruxelles, De Boek Université, 1990, pp. 181-192; del mismo autor, *La creación del Derecho entre los españoles, Anuario de Historia del Derecho Español—AHDE—* 36 (1966), pp. 355 ss.; C. Petit, *Consuetudo y mos en la Lex Visigothorum*, *AHDE* 54 (1984), pp. 209-252; J. Egea Fernández / JM^a Gay i Escoda, *Eficacia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al decret de nova planta, Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), pp. 249-294 y 505-586; F.L. Pacheco, *Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular bajomedieval y moderna, El Dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional. Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda (Barcelona, 27-28 de maig de 1994)*, Barcelona, Fundació Noguera, 1995, pp. 75-146.

¹³ Respecto al presente es bien conocida la relevante función del precedente judicial en la tradición jurídica continental, iniciada con la introducción de la 'jurisprudencia constante' en el Derecho francés, referente seguido más tarde por la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico al regular el carácter vinculante de la jurisprudencia del tribunal supremo, y consumada por algunos ordenamientos en los que el propio Código civil reconoce expresamente la consideración del precedente judicial como fuente del Derecho. Nos referimos al Código suizo en cuyo art. 1.3 se reconoce *de iure* la fuerza normativa del precedente judicial; al respecto, véase Alfred E. von Overbeck, *Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code*, 37 *Louisiana Law Review* 681 1976-1977 (publicado también con el título *The Role of the Judge under the Swiss*

administrativa del Estado ha ido logrando imponer una ideología –de cuño francés– según la cual tan sólo el poder público puede crear el Derecho, y éste debe ser creado y desarrollado merced a la ley, pues es la ley –y no otra fuente del Derecho– la que –supuestamente– goza de una mayor legitimidad democrática –según la mencionada idea de Rousseau–, y a la ley debe someterse también el propio Estado (Estado de Derecho), protegiéndose o garantizándose así los derechos de los individuos frente a un posible uso arbitrario del poder del Estado. Según este esquema, la ley goza de una indiscutible primacía frente a las demás fuentes del Derecho, no teniendo el juez otra función –conforme a la citada ideología– que la de ‘juzgar y hacer ejecutar lo juzgado’, evitando incluso –y a ser posible– la interpretación del precepto legal, evitando así siquiera la menor desviación de la norma legal.

En este marco, el presente estudio plantea cuál fue el valor real y práctico de la costumbre en la Administración de Justicia del siglo XVIII, esto es, en la cotidiana práctica forense. Para llevar a cabo este análisis, me he servido de diversas fuentes, tanto forenses como doctrinales, si bien he empleado en mayor medida una fuente bien precisa: las alegaciones jurídicas que los abogados de las partes presentaban en el proceso en defensa de su parte.¹⁴ Tales alegaciones, editadas

Civil Code, *Problems of Codification*. The Australian National University, Canberra, 1977, pp. 135-150; véase también O. A. Haazen, Precedent in the Netherlands, vol 11.1 *Electronic Journal of Comparative Law* (2007), <http://www.ejcl.org/111/art111-12.pdf>.

¹⁴ Las alegaciones constituían –como es bien sabido– el último acto judicial, previo al pronunciamiento de la sentencia. En efecto, las partes o, en su defecto, sus abogados presentaban en el plazo de diez días, y en un único escrito (*scriptura resolutoria*), cuantas alegaciones jurídicas pudieran beneficiar a su causa; véase, al respecto, las referencias expresas recogidas en algunas fuentes normativas y doctrinales; véase, al respecto, *Furs* 4, 9, 35 : «Aprés que todes les assignacions seran pasades, e el escriba del fet apparellat dar copia del proces a les parts, de allí avant correguen a cascuna de aquelles deu dies peremptoris, dins los quals cascuna part sia tenguda, e puixa allegar tos ço que vulla, è entena, en aixi que pastas los dits deu dies, sia agut per renunciat, è conclus en aquell pleit per cascuna part»; Cortes de 1564, Cap. 69: «...com per experiència se haja vist que lo donar loch a multitud de scriptures, causa molt gran dilació, e impediment en la prosecució, e decisió de les causes, e fa que aquelles sien immortals, ... nos puixa posar mes de una sola scriptura resolutoria del proces per cascuna de les parts litigants...»; Durandus, *Speculum*, 2, 2, *De disputationibus*, 1: «Allegare seu disputare est intentionem suam per probationes in iudicium deductas ostendere et eam iuribus asseverare et colorare»; Matheu i Sanz, *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 5, num. 1: «Ultimus actus Iudicii per partes gerendus est allegandi, sive disputandi merita causae super cunctis actitatis atque probatis in eo, ut veritas faciliter a Iudicibus percipi valeat»; sobre esta fuente, véanse los estudios de C. Tormo Camallonga, *El Derecho en las alegaciones jurídicas del siglo XVIII*, *Saitabi* 50 (2000), pp. 277-317; *El abogado en el proceso y la argumentación en los informes jurídicos del XVIII*, *Ius fugit* 10-11 (2001-2003), pp. 887-939; Berní y Catalá, *el derecho común y las universidades*, *Cuadernos del Instituto de Antonio Nebrija* 3 (2000), pp. 279-316; *El Colegio de Abogados de Valencia entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, Universitat de València, Valencia, 2004; sobre las alegaciones jurídicas en el Derecho indiano, véase J. Barrientos Grandón, *La literatura jurídica indiana y el ius commune*, J. Alvarado Planas (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 2000, pp. 257-260.

a centenares a lo largo de todo el siglo XVIII¹⁵, al contener los razonamientos y argumentos esgrimidos por las partes, así como la invocación y cita de las fuentes normativas aplicables al caso concreto, constituye una fuente idónea para el objeto de este estudio. Más en concreto, las alegaciones empleadas corresponden a procesos incoados y resueltos en el siglo XVIII en la Audiencia Real valenciana.

Pese a ser innegable que la costumbre guarda estrecha relación con la ley o –en el caso valenciano, y en algunos supuestos– con el fuero,¹⁶ así como con el precedente judicial, el *ius commune* y el valor de la literatura jurídica, la limitación de espacio nos impide abordar aquí –como querríamos– estas otras fuentes¹⁷, no pudiendo ocuparnos por tanto su orden de prelación o relación jerárquica¹⁸.

II. LA COSTUMBRE EN LA PRÁCTICA FORENSE VALENCIANA DEL SIGLO XVIII

Con independencia de que la causa en curso debiera resolverse con arreglo al Derecho castellano o al foral valenciano, las alegaciones manejadas reflejan a las claras que la ley, tanto castellana como foral valenciana, era la primera fuente normativa a invocar y alegar. En efecto, los letrados eran, pese al innegable protagonismo general de la doctrina en las alegaciones –ya denunciado por Berní y

¹⁵ Lo que nos permitió publicar, hace ya tres años, un estudio monográfico, a saber, A. Masferrer, *La pervivencia del Derecho foral valenciano tras los Decretos de Nueva Planta. Contribución al estudio de la práctica forense del siglo XVIII*, Valencia, 2008; no exageramos si decimos que superan los dos centenares las alegaciones que fueron consultadas para la elaboración de este estudio (en la Biblioteca Antigua de la Universitat de València), habiendo obtenido una información a todas luces excesiva para ser analizada y expuesta en su totalidad dentro de los límites del mencionado libro. Presentamos –aquí y ahora– algunos aspectos concernientes al tratamiento de la costumbre. Téngase en cuenta que tan sólo citaremos directamente la referencia de la alegación (omitiendo el título, abreviado o completo), añadiendo el número de párrafo (n. o nn.), y en ocasiones –si se precisa– la página en la que se encuentra (p. o pp.); ejemplo: B.U.V., R-2/362, a.43, nn. 4-5, pp. 6-7.

¹⁶ Sobre el sentido de seguir invocándose los fueros valencianos en el siglo XVIII, cuando teóricamente éstos no estaban ya vigentes merced a su supresión por Felipe V tras la Guerra de Sucesión, véase mi estudio *La pervivencia del Derecho foral valenciano tras los Decretos de Nueva Planta*, ya citado.

¹⁷ Compartimos, sin embargo, el parecer de Pacheco según el cual «quien pretenda hablar del uso o de la costumbre (...) no puede renunciar a hablar de la ley, no para esbozar su teoría, sino porque (...), la ley se presenta, desde antiguo, como una especie de antecedente necesario para el tratamiento de la costumbre» (Pacheco, *Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular...*, *ob. cit.*, p. 75).

¹⁸ Respecto al sentido de la expresión ‘jerarquía’ o principio de ‘jerarquía normativa’ (o fuentes jurídicas ‘preferentes’ y ‘subsidiarias’) en el periodo medieval y moderno, véase E. Álvarez Cora, *La producción normativa medieval según las Compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla*, Milano, 1998, pp. 13 ss.

Catalá¹⁹— los primeros en reconocer la primacía de la ley foral frente a cualquier otra fuente, y por supuesto frente a las citas de autores:

«...pues no ay mas equidad que la misma Ley no corregida, ni mas verdad, que lo prevenido por ella, aunque fuere duro y riguroso...»²⁰.

Como es sabido, la vigencia de la fuente normativa consuetudinaria, cuya vigencia resultaba indiscutida en la etapa bajomedieval,²¹ inició desde entonces un considerable retroceso que iría en aumento hasta finales del siglo XVIII, ya en los albores de la Codificación decimonónica. A lo largo de los siglos medievales y modernos, la noción de costumbre fue objeto de una alteración cuyo desconocimiento dificultaría comprender la evolución de esta fuente del Derecho. Si el “Derecho común” se contraponía al “Derecho foral” (o el “general” al “especial”, que es lo mismo), el contenido de la noción de “Derecho municipal” o “Fuero municipal” experimentó una transformación radical a partir del Decreto abolicionista. Y es que el contenido de estas expresiones con anterioridad y posterioridad a la Nueva Planta cambió por completo. Veámoslo brevemente.

Con independencia de que, en sus orígenes, los *Furs* se concedieran como Derecho municipal para la ciudad de Valencia (1238), y de que éstos se fueran concediendo más tarde a otras localidades del *Regne* (también como Derecho municipal o local), lo cierto es que el Derecho foral valenciano se componía de un Derecho general, emanado de las Cortes y del monarca²², y de un Derecho municipal (al

que acabamos de aludir), emanado de los órganos municipales en el ejercicio de su propia autonomía²³, y cuya vigencia se extendía tan sólo en los límites de una localidad o municipio dentro del Reino de Valencia.

Esta noción de Derecho municipal como una parte del Derecho foral, cuyas fuentes normativas —locales— gozan de vigencia tan sólo dentro de los límites de una localidad o municipio, cambió por completo con el establecimiento de la Nueva Planta. Desde entonces, al poco de su vigencia, precisamente por la contraposición entre “Derecho común” (el castellano) y “Derecho foral” (el valenciano), y entre el “general” (cuya vigencia se extendía a toda la Monarquía) y el “especial” (de vigencia meramente local), empezó a identificarse por los tratadistas castellanos entre “Derecho foral” y “Derecho especial”, esto es, de vigencia meramente local o municipal, no general, para terminar identificando y considerando el “Derecho foral” como “Derecho municipal”, identificación que traicionaba por completo el tradicional sentido y contenido de ambas expresiones, pero que, tras el golpe mortal de los Decretos a los Derechos forales, tal identificación encajaba perfectamente con el sistema de fuentes establecido en el Ordenamiento de Alcalá (1348), que, sin prohibir ni derogar abierta y expresamente la costumbre, confirió a los usos o derecho municipal de base consuetudinaria un papel notablemente restrictivo dentro del sistema jurídico castellano, aplicable ahora a toda la Monarquía.

Ésta fue la estrecha y restrictiva vía por la que se mantuvieron algunas instituciones forales valencianas. Los demás territorios de la Corona de Aragón, a los que se les devolvió con carácter general su Derecho foral recogido por escrito en un cuerpo legal, pudieron afrontar en mejores condiciones la mencionada identificación entre “Derecho foral” y “Derecho municipal” y, en particular, a las

¹⁹ Berní y Catalá, *El Abogado instruido en la Practica Civil de España*, cap. IV, n. 2, p. 33: «Toda la confianza de los abogados para proporcionar causa se reduce, à que su pretensión procede de derecho según la comun de los Autores, ò que están à dos particularidades, la una apoyada por derecho comun, y la otra por la Ley del Reyno; ò que todos los Autores estan por una parte exponiendo una Ley Real; pero que todo esto no basta me parece constante. En primer lugar, que la comun de los Doctores este de un parecer, esto no basta para asegurar al Abogado en la causa, porque su majestad como legislador puede quitar, y poner Leyes, y por consiguiente puede hallarse una Ley Real contra la comun de los autores: luego procede mal el abogado que solo se funda en lo comun de los Autores sin contar con las Leyes del Reino».

²⁰ B.U.V., R-2/361, a.46, n. 10; véanse también B.U.V., R-2/ 360, a.12, n.56, p. 26: «Pero no es menester valernos de autores, ni de amontonar citas, quando tenemos expressa Ley...»; B.U.V., R-2/362, a.37, n.65, p.37: «Por todo lo qual, y mas por lo que habran de suplir los señores que han de votar estos pleytos, segun lo que previene la ley...».

²¹ Partidas I, 2, 7, por poner ejemplo, sancionaba la validez de la costumbre entre las fuentes normativas existentes; al respecto, véase la bibliografía recogida en la nota 12; más en concreto —y para el territorio peninsular—, véase Pacheco, *Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular...*, *ob. cit.*, pp. 75-92.

²² La idea de la ley como norma consensuada entre el rey y la comunidad aparece reiteradamente en Matheu y Sanz: así, cuando sostiene «Regem disponere non posse per modum legis contra concessa in foris, sed simul cum Curia; et cum ibi dixerimus, Regem in Corona Aragonum legislatorem esse simul cum Curia» (Matheu i Sanz, *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 3, rub. 2, num. 127); o cuando afirma «Regem Dominum majorem potestatem se ipso habere simul cum Curia, quod absit» (Matheu i Sanz, *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 3, rub. 2, num. 131), lo que no implica la negación de la potestad legislativa del monarca (Matheu i Sanz, *Tractatus de*

regimine, Lib. 1, Cap. 3, rub. 2, num. 128: «In reliquis vero Rex solus est legislator, et sine Curia potest constituere quidquid in commune bonum expedire sibi visum fuerit, cum ad eum pertineat ratione supremae potestatis. De Valentinis, et Catalaunis tradidi num. 43 quomodo id fiat per pragmaticas sanctiones: De Aragonensibus vero minime: ... dicendo non posse sine Curia legibus aliquid jubere...»), habida cuenta de que éste puede dictar normas al margen del reino, al estar las Cortes sometidas a la voluntad del monarca (véase, al respecto, Matheu i Sanz, *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 3, rub. 2, num. 132).

²³ Sobre la noción, ejercicio y límites de la potestad y autonomía municipales, véase A. Masferrer, *Autonomía municipal y potestad normativa: espacios de jurisdicción criminal en el municipio catalán bajomedieval y moderno*, R. Ferrero Micó (ed.), *Autonomía municipal en el mundo mediterráneo: Historia y perspectiva* (Actas de la IV Reunión Científica de Equipos de Investigación Universitarios, Universidad de Valencia, 16-19 de noviembre). Valencia, 2002, pp. 45-57; así como los numerosos estudios de R. Ferrero Micó al respecto, varios de ellos citados en la mencionada publicación.

restrictivas consecuencias de este sobrevenido encuadramiento consuetudinario en el sistema de fuentes castellano dispuesto en el siglo XIV²⁴.

Tanto la doctrina como la práctica forense del siglo XVIII se hace eco de tal identificación entre "Derecho foral" y "Derecho municipal"²⁵. No son pocas las ocasiones en las que tanto juristas como abogados emplean la expresión "Ley municipal" (o "Leyes municipales") para referirse al Derecho foral valenciano, no sólo

²⁴ Es cierto que Valencia no recibió jamás un Decreto que, como el de Aragón, tuviera por objeto el restablecimiento formal de sus Fueros (pese a la promesa dada por el propio Felipe V en 1719), pero ello no significa que todos los Fueros valencianos perdieran su vigencia como ley, habida cuenta de que al Decreto de 29 de junio de 1707 le siguieron tres promulgaciones normativas posteriores que permitían la vigencia de aquellos Fueros valencianos que no fueran contra los privilegios y regalías del monarca. Nos referimos al Decreto de 29 de julio de 1707 (NR 3, 2, 4; NoR 3, 3, 2), la Real Cédula de 7 de Septiembre de 1707 (Nueva Recopilación 2, 3, 5; NoR 5, 7, 1) y la Resolución de 5 de noviembre de 1707 (Nueva Recopilación 3, 2, 8; NoR 3, 3, 3). Más en concreto, según la citada Real Cédula, Felipe V declaró, entre otras cosas, que pese a la derogación de los fueros, «había sido y era su Real ánimo mantener todos los fueros, usos y costumbres favorables a sus regalías», quedando los Tribunales y jueces nuevos subrogados en la potestad y jurisdicción de los antiguos. Así lo recoge una alegación jurídica de mediados del siglo XVIII: la abolición de 29 de junio, conforme tal auto de septiembre, «debía entenderse sin perjuicio de la inmunidad personal y local de la Iglesia que quería mantener, como también la jurisdicción eclesiástica, todas las regalías y jurisdicción Real, uso de la potestad económica para con los Eclesiásticos, y los demás fueros, usos y costumbres favorables a las regalías: de modo que en todo y por todo se conservase lo practicado en el Reyno de Valencia sin distinción alguna, subrogando los Tribunales y los Jueces nuevos en potestad y jurisdicción de los antiguos» (B.U.V., X-47, a.21 p. 129).

²⁵ Tal identificación provenía ya de los siglos anteriores; en este sentido, véanse Bas y Galcerán, *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 11: «... et esto quoad Dominum Regem fori nostri jus municipale sint, ..., et quoad nos, jus commune nostrum sunt»; León, *Decisiones*, Lib. 1, Decis. 12, num. 14: «... foros sive leges Regias esse ius commune»; Crespí de Valdaura, *Observationes, Pars 2, Observatio 111*, num. 21: «Quia licet quoad observantiam Fori nostri sunt jus commune nostrum»; T. Cerdán de Tallada, *Comentaria super Foro qui testamentum facere possunt*. Valencia, 1568, num. 10, quien, siguiendo a Belluga, afirma: «et ideo dicuntur ius commune regni Valentiae»; Morlá, *Emporium*, Tit. 1, *quaestio 16*, num. 15; con relación a este último aspecto, véase el estudio de F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1951, pp. 31-76; del mismo autor: *Medio evo del diritto*. Milán, 1954, pp. 453, 458-59 y 462; esta doctrina la haría suya la literatura jurídica valenciana al afirmar, dentro del orden de prelación de fuentes, que los fueros adquieren el papel preponderante, al ser concebidos no sólo como el *ius municipale*, sino, *ad similitudinem legum curiatarum*, como el Derecho general de un reino (Bas y Galcerán, *Theatrum, Pars I, Praeludium*, num. 48, tomando la fuente toma de C. 1.14.3), a cuya observancia se deben todos los habitantes (Belluga, *Speculum*, rúbrica 39, versículo *Novissime*, num. 1: «Item quia Iudaei et Sarraceni vivere debent secundum legem regni, sicut alii Iudaei imperii, secundum legem imperii, ...») y villas del reino (Bas y Galcerán, *Theatrum, Pars I, Praeludium*, num. 44: «Non debet in alicua Regni Valentiae parte, juxta alios judicari foros, quam juxta foros Regni Valentiae, non enim sunt observandi Aregonum fori, prout antiquitus in multis Regni partibus observabantur»); con todo, observa Bas cómo hubo villas en las que se aplicaron los fueros de Aragón, pues los aragoneses contribuyeron a vencer a los infieles (Bas y Galcerán, *Theatrum, Pars I, Praeludium*, num. 44-45); por todo ello, afirma que únicamente sean observados los fueros de Valencia (Bas y Galcerán, *Theatrum, Pars I, Praeludium*, num. 46), lo que impedía la aplicación de cualquier otro Derecho, en especial del Derecho aragonés (Belluga, *Speculum*, rúbrica 27, versículo *Iesu Christi*, num. 18 y rúbrica 32, versículo *Populati ad forum*, num. 1).

—ni fundamentalmente— para referirse a su abolición²⁶, sino —y sobre todo— para ser alegada en una causa en la que el ordenamiento foral debía ser aplicado²⁷, trayéndose a colación instituciones forales —tanto de base consuetudinaria como legal— que, no devueltas por ningún monarca y, en consecuencia, carentes en pura teoría de vigencia alguna, permanecían vivas —y aplicables— sin embargo, ya por su carácter consuetudinario —conforme al sistema de fuentes castellano proveniente de Alcalá²⁸—, ya por haber constituido el marco o referente legal de un negocio jurídico contraído con anterioridad a 1707.

Como es sabido, los Decretos abolicionistas de Felipe V no llevaron a cabo una supresión de todo el Derecho foral valenciano. En efecto, poco después de la "resolución" abolicionista de finales de junio²⁹, y merced a los Decretos de 29 de julio de 1707 y 5 de noviembre de 1708, Felipe V dispuso una excepción a la total extinción del Derecho valenciano antiguo, confirmando a sus fieles nobles y, en cualquier caso, a los titulares de las antiguas jurisdicciones señoriales concedidas por Alfonso II (denominadas, por ello, "jurisdicciones alfonsinas"), sus privilegios personales. Por otra parte, los Decretos abolicionistas tampoco afectaron a los eclesiásticos, a los que se les respetaron sus Privilegios y fueros, esto es, sus regalías, jurisdicción, así como ciertas facultades de orden económico³⁰.

Al margen de estos ámbitos, cuyo concreto alcance no resulta completamente nítido, aunque los Decretos felipistas hubieran abolido todo el Derecho foral sin

²⁶ Véase, en este sentido, el siguiente fragmento de una alegación jurídica: «Alegaron los Acrehedores contra esta pretension, el que dicha Pragmática, como Fuero, se hallaria abrogada en la general derogación de las Leyes municipales, y Privilegios de este Reyno» (B.U.V., R-2/361, a.16, n. 9).

²⁷ B.U.V., Varios 237, a.14, n. 16, p. 31; B.U.V., Varios 239, a.17, n. 60, p.29; B.U.V., R-2/360, a.22, n.12, p.7; B.U.V., R-2/361, a.19, n. 7; B.U.V., R-2/362, a.16, n.56, p.20; B.U.V., R-2/362, a.31, nn.46, 93 y 100; entre otras.

²⁸ Y así lo ponía de manifiesto la propia doctrina valenciana; véase, al respecto, Berní y Catalá, en *El Abogado instruido en la Práctica Civil de España*, cap. II, n. 3, p. 16: «Mas: quando en las sobredichas Leyes no encontrare el Abogado la especie que se le ofreciere, debe recurrir a los Estatutos, y Fueros Municipales del Lugar en que se hallare. Pues tiene ancha facultad para ello...».

²⁹ P. Pérez Puchal, en La abolición de los Fueros de Valencia y la Nueva Planta, *Saitabi* 12 (1962), pp. 194-195, llama a la atención sobre el instrumento normativo con el que se dictaminó y ordenó la abolición de todo el Derecho foral valenciano el 29 de junio de 1707, siendo una mera *breve resolución a consulta* y no propiamente un Decreto, empleado para los Reinos de Aragón, Mallorca y Cataluña.

³⁰ Cédula Real de 7 de septiembre de 1707 (Nueva Recopilación 2, 3, 5; NoR 5, 7, 1), por el que Felipe V declaró, entre otras cosas, que pese a la derogación de los fueros, «había sido y era su Real ánimo mantener todos los fueros, usos y costumbres favorables a sus regalías», quedando los Tribunales y jueces nuevos subrogados en la potestad y jurisdicción de los antiguos; así lo recoge una alegación con estos términos: la abolición de 29 de junio, conforme tal auto de septiembre, «debía entenderse sin perjuicio de la inmunidad personal y local de la Iglesia que quería mantener, como también la jurisdicción eclesiástica, todas las regalías y jurisdicción Real, uso de la potestad económica para con los Eclesiásticos, y los demás fueros, usos y costumbres favorables a las

excepción, cosa que no hizo, la introducción del Derecho castellano con su sistema de fuentes proveniente de Alcalá (1348), dejó otra puerta abierta a la vigencia y desarrollo de las instituciones genuinamente forales, de raíz consuetudinaria, siempre y cuando no hubieran caído en desuso, en cuyo caso sólo por ese motivo ya no podrían ser alegadas ni aplicadas por los tribunales.

En efecto, dejando aparte las jurisdicciones tanto alfonsina como eclesiástica, con las que Felipe V quiso congregar el estamento eclesiástico y parte del secular, en los procesos posteriores a los Decretos que versaran sobre relaciones jurídicas surgidas con posterioridad a 1707, pero pertenecientes a una institución foral consuetudinaria, se podía seguir alegando y aplicando sin temor alguno el Derecho valenciano no sólo por la sanción de la costumbre emanada en Alcalá, sino –y sobre todo– porque el mismo monarca había expresado –mediante Cédula Real– su ánimo de «mantener todos los fueros, usos y costumbres favorables a sus regalías»³¹.

De ahí que tanto juristas como abogados valencianos no desdeñaran la fuente normativa consuetudinaria, al tiempo que procuraban no desperdiciar las oportunidades que se les planteaba para alegarla e invocarla en los juicios ante la Real Audiencia. En este sentido, tenían claro que determinadas instituciones debían regirse con arreglo a «la ley y costumbre de su país»³², si bien la aplicación de esta última exigía, en todo caso, probar ante los tribunales su efectivo uso³³. De hecho,

regalías: de modo que en todo y por todo se conservase lo practicado en el Reyno de Valencia sin distinción alguna, subrogando los Tribunales y los Jueces nuevos en potestad y jurisdicción de los antiguos» (B.U.V, X-47, a.21 p. 129).

³¹ Véase las notas 24 y 30.

³² B.U.V, M-623, a. 6, n.11, p.11; en ocasiones, sin embargo, los letrados utilizan el término «costumbre» en sentido amplio, no estricto, identificando costumbre con ley escrita o Fuero, como se deduce de B.U.V, Varios 239, a.17, n. 60, p.29: «Y aunque esta conjetura pudiera ser de algún peso en las Provincias en donde la costumbre de juzgar la apoya, pero en este Reyno, ni aun el nombre de tal merece, por estar excluida por la ley municipal, que es el fuero 44. *rub. de testam.*».

³³ B.U.V, Varios 237, a.9, n.57, p.21: «Entiendo que vamos conformes en esso, para prueba de la observancia, se han presentado por los actores tres instrumentos. De dos certificaciones de libramientos de la passada Real Audiencia del año 1650, a favor de Don Francisco Zapena, como padre y legitimo administrador de hijos, y a favor de Don Fernando Diez Giron de Rebollo, quienes inferir dicha observancia»; B.U.V, Varios 237, a.11, n.10, p.6: «Y para comprobación de que no se necessita probar la dicha costumbre, y que de dichas tierras se hayan pagados quindenios, se haze preciso extender el capitulo 243 foy 72 de las Cortes del año 1626 donde el Común y Villa de Villarreal, expreso a la Real Majestad de Felipe Cuarto, que poseia tres molinos arineros, tenidos a dominio mayor de su majestad, y que del uno nunca se havia pedido, ni pagado quindenio y que de los otros dos les havia pagado cada quinze años; y que se hallava muy atrasada, y gravada de deudas; por lo que suplicaba a su majestad...»; B.U.V, R-2/361, a.16, n. 59: «De todo lo que queda demostrado, y fundado, parece resulta comprobado, que la presente causa, con todas sus declaraciones, y proveidos, es nula, y de ningún efecto, y como à tal se deve declarar, aora se considere dicha Pragmatica como Ley general absoluta, aora como Fuero de los abolidos del presente Reyno: y mas quando queda justificada plenamente la observancia de dicha Pragmatica hasta el

la vigencia de la costumbre en la práctica forense valenciana aparece expresamente reconocida en algunas alegaciones jurídicas al referirse a las «leyes, fueros, derechos y costumbres del Reyno de Valencia»³⁴.

En efecto, según el parecer de Berní y Catalá –siguiendo a Mayans y Siscar³⁵–, en la práctica forense las costumbres tan sólo «aprovechan en quanto no hay Ley del Reyno»³⁶, y lo mismo sucedía cuando la causa debía resolverse con

presente; y parece, que la misma Real Sala lo concibió assi, pues en la sentencia de Vista...»; B.U.V, R-2/362, a.3, n.54: «Y en este Reyno lo vemos en practica: pues en las Cortes del año 1626 (...) el Pilon de la Carniceria, que se concedia à la Villa de Alzira, paga Quindenio, porque fue concedido, y establecido con la expresa mencion del Quindenio»; B.U.V, R-2/362, a.6, n. 33: «Fuera de que la costumbre es cosa de hecho, el qual debe probarse, y de otra forma no hace el Juez merito de ella; el Señor Crespi obs. 27. num. 8. *Y la probanza ha de ser en los mismos terminos en que se supone la costumbre*»; B.U.V, R-2/362, a.6, n.7, p.5: «...en varias Sentencias dadas en la Real Audiencia pasada, por la que se havia observado la costumbre de los Quindenios»; B.U.V, R-2/362, a.34, n.25, p.12: «El Señor Crespi afirma, que era costumbre en nuestros Fueros el condenar en los intereses (...) y esta costumbre se ha justificado en Autos con el exemplar de la misma causa: pues litigando con la herencia jacente Doña Victoria Artès obtuvo Sentencia en favor, no solo por su dote y aumento sino por los intereses»; al respecto, véase Pacheco, *Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular...*, *ob. cit.*, p. 84.

³⁴ Véase, por ejemplo, B.U.V, Varios 237, a.14, n. 16; B.U.V, Varios 237, a.14, n. 17; véanse también la Real Cédula de 7 de septiembre de 1707 (Nueva Recopilación 2, 3, 5; NoR 5, 7, 1) y la Resolución de 5 de noviembre de 1707 (Nueva Recopilación 3, 2, 8; NoR 3, 3, 3), las cuales se referían al ánimo de Felipe V de «mantener todos los fueros, usos y costumbres favorables a sus regalías», así como de «mantener (...) y los demás fueros, usos y costumbres favorables a las regalías...» (véase B.U.V, X-47, a.21 p. 129); véanse las notas 24 y 30.

³⁵ Quien afirmaba que «los Abogados todos los años deben jurar la observancia de las leyes: luego no pueden introducir costumbre contra ley» (Carta XI, n. 8), si bien reconocía que «la costumbre de cada Reyno tiene fuerza de Ley» (Carta XI, n. 5); véanse tales afirmaciones en J. Villarroya, *Colección de Cartas Eruditas Escritas por don Gregorio Mayans y Siscar*, Valencia, 1791, tomo I, p. 61.

³⁶ «En practica tambien ay derecho no escrito, qual es la costumbre, que no opuesta à Ley del Reyno se deve observar (...). Quando se sigue pleyto, y la Parte funda su accion en la costumbre del Lugar, en las probanzas se deve articular ser tal costumbre, y que à su tenor siempre se ha juzgado, y declarando Escrivanos, o Abogados ser cierto, se tendrá por justificada la accion. Siguiendo esta norma practica, algunos quieren probar la no obsevancia de la Ley del Reyno, y van errados; porque la no observancia de la Ley es cosa absolutamente negativa, y lo que es tal, no puede abrogar el derecho positivo: y será cosa estraña, que ignorara un Alcalde la Ley del Reyno, siguiera a un Autor Reyniculo, y que esto valiera por costumbre, quedando à un lado la Ley justa! Quanto, y mas, que los usos, costumbres, y Fueros de este Reyno están derogados, *Auto 157. part. 2* y en tanto aprovechan en quanto no ay Ley del Reyno, *L.3.tit.I.lib.2.Recop.* entrandó en todo caso la consulta de la *L.7.tit.I.lib.2.Recop.*» (J. Berní y Catalá, *Instituta civil y real, en donde se explican los SS. de Justiniano, y en su seguida los casos prácticos, según las Leyes reales de España, muy útil y provechoso a los que deseen el bien común*, Valencia, 1745, lib. I, Tit. II, *Sine scripto*, n. 2, p. 11); este principio provenía de las fuentes romanas y gozó de predicamento entre la doctrina del *ius commune* (Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De legibus, lex 31*, num. 5: «Consuetudo est ius non scriptum moribus et usibus populi vel a amiori parte ipsius ratione initiatum et continuatum et introductum habens vim legis»; seguimos la edición de Bartholus de Saxoferrato *Comentaria*, G. Polara, Roma, 1996), así como en Valencia y demás reinos de la Corona de Aragón: Trobat, *Tractatus de effectibus immemorialis, questio 3*, num. 17; Crespi de Valdaura, *Observationes, Pars 2, observatio 63*, num. 16: «Et ob eandem rationem etiam in univer-

arreglo al Derecho foral valenciano³⁷. Pese a la primacía de la ley sobre la costumbre, no faltan casos en los que el letrado, si así convenía a los intereses de su cliente, podía sostener lo contrario. Así, por ejemplo, defendía un letrado la tesis de que «no puede dudarse ser la costumbre más poderosa, que la misma ley; [pues] ésta recibe el ser por la mera voluntad del Príncipe, aquella tiene su origen por el suave uso del Pueblo...»³⁸. El jurista valenciano Crespí de Valldaura afirmaba, a este respecto, que en Valencia una ley no podía abrogar una costumbre antigua que estuviera arraigada³⁹, y la misma tesis aparece en alguna alegación jurídica.⁴⁰

La costumbre guardaba, además, una estrecha relación con el precedente judicial o la jurisprudencia. En esta línea, Berní y Catalá, siguiendo una ficción jurídica creada por la doctrina del *ius commune*⁴¹, sostenía que mayor valor que

sitate, quae potest condere legem, observantia minoris partis populi non sufficeret ad inducendam consuetudinem, quemadmodum neque expressus consensus minoris partis ad ferendam legem»; Belluga, *Speculum*, rub. 4, num. 4: «consuetudo quae pro lege servatur»; rub. 9, num. 15: «maxime quando consuetudo tanti temporis, cuius initii memoria non existit, ...»; Belluga, *Speculum*, rubrica 11, versículo *His igitur*, num. 7: «Et tunc aut consuetudo iuvatur de novo ratione seu utilitate, et valet consuetudo... Et potest esse ratio, quia eo casu rationabilis est consuetudo. Aut non iuvatur nova ratione seu utilitate, et tunc non valet. ... Et in quibus permittendo, ut sciant iudicantes quem bonam terrae consuetudinem futuram reprobando, in quibus nesciant iudicantes quomodo bonam terrae consuetudinem servare habeat: ut a gravaminibus se abstinent. Nam transgressores bonae et rationabilis consuetudinis, ut legis transgressores, puniendi sunt, nam ampliorem potestatem habet consuetudo, quam privilegium vel lex»; Belluga, *Speculum*, rubrica 11, versículo *Ex quo praediximus*, num. 1: «...quia contra fori dispositionem nequit consuetudo allegari, et ius fororum potest consuetudinem reprobare...»; Belluga, *Speculum*, rubrica 22, versículo *Sed pone*, num. 14: «Neque obstat si replices quod contra forum nequit consuetudo introduci, quia potest dupliciter solvere...»; Belluga, *Speculum*, rúbrica 4, versículo *ut vocati ad curiam personaliter veniant, cessante impedimento* (criterio tomado de D. 1,3,32 pr.: «De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Romana utitur, servari oportet»); Belluga, *Speculum*, rúbrica 11, versículo *Et quia quotidiana*, nums. 11, 13 y 32; *Ibidem*, rúbrica 11, versículo *Restat*, num. 6; al respecto, véase Pacheco, *Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular... ob. cit.*, pp. 85 ss.

³⁷ En efecto, se recurría a la costumbre cuando no se encontraba un Fuero aplicable al caso en un proceso que versara sobre una relación jurídica celebrada con anterioridad a la Nueva Planta, como lo prueba la siguiente alegación: «...por cuanto en nuestros abolidos Fueros no se halla disposición, que el contrato emphiteusis sea, o no prescribible, y se halle dispuesto en el fuero primero (...). Que faltando fuero, o costumbre, se debe recurrir a la ley natural...» (B.U.V. R-2/362, a.17, n.2, p.3).

³⁸ B.U.V. R-2/362, a.5, n.19-20.

³⁹ Véase la contundente afirmación de Bas y Galcerán, *Theatrum*, I, cap. 30, num. 182: «Et nulla alia lege debet solvi, quam ex consuetudine inveterata, et introducta in nostro Regno».

⁴⁰ Véase, por ejemplo, B.U.V. R-2/362, a. 5, n.19: «...el derecho del Convento se funda en la costumbre, que por la misma ley tiene fuerza de tal».

⁴¹ En efecto, la doctrina del *ius commune* creó, sobre los principios del Derecho romano (véanse D. 1, 4, 38: «Imperator noster Severus rescripsit, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpretis consuetudo»; y C. 7,45,13), una ficción jurídica en virtud de la máxima *prohibitio faciendi legem uno modo non impedit illam facere alio* (Crespí de Valldaura, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 86), lo que permitió afirmar

la costumbre del lugar tenía «la costumbre de juzgar (...) del Supremo Consejo», la cual «es válida, y debemos seguirla»⁴², porque esa jurisprudencia no gozaba de la consideración de costumbre, sino de ley⁴³. Ahora bien, si las sentencias no procedían del Supremo Consejo sino de otros tribunales —como es el caso de la Audiencia de Valencia—, se entendía en este caso que tales precedentes formaban costumbre, obligando al propio órgano jurisdiccional a adoptar futuras resoluciones en el mismo sentido⁴⁴.

Otro aspecto relativo a la costumbre es el de su interpretación, esto es, a cómo el juez debía interpretarla antes de proceder a su aplicación al caso concreto. Una vez una de las partes hubiera invocado la norma consuetudinaria aplicable al caso concreto, y probado que ésta no había caído en desuso, el juez procedía a su

que las sentencias judiciales adquirían fuerza de ley cuando éstas hubieran sido introducidas como costumbres jurídicas: «Et tamen certissimum est Consuetudinem iudicandi introducere, quae vim legis habet; et per indirectum lex ab eis constituitur» (Crespí de Valldaura, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 89); al respecto, véase también Trobat, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 25: «...quod et si leges facere non possit, bene vero legem consuetudinis in iudicando»; P. J. Fontanella, *Tractatus de pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus*. I-II. Ginebra, 1648, claus. 7, glo. 2, part. 8, num. 59; B. Tristany, *Sacri Supremi Regii Senatus Catholoniae Decisiones*. Barcelona, 1686-1701, tomos I, dec. 27, n. 1: «sententiae Tribunalium Supremum vim legis habent»; en virtud de esta ficción se sostenía que, introducidas las costumbres judiciales, éstas debían ser observadas tanto por la Real Audiencia como por los tribunales inferiores (Bas y Galcerán, *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, num. 119: «Limita doctrinam a nobis traditam, si introducta fuerit consuetudo iudicandi in nostro Regio Senatu, quia debet omnino servari, et iudicandum erit juxta Senatus sententias... Et consuetudine iudicandi extante, non solum Curiae inferiores debent juxta consuetudinem iudicare, sed ipse Senatus tenetur servare consuetudinem, et iudicare juxta illam»; Crespí de Valldaura, *Observationes, Pars 1, Observatio 5*, num. 231; MATHEU Y SANZ, *Tractatus de regimine*, cap. 8, tit. 2, num. 14; cap. 12, tit. 1, num. 91), por lo que una sentencia que pudiera contradecir una costumbre judicial, debía entenderse como nula, pues se consideraba que la costumbre introducida judicialmente tenía fuera de ley (véase, al respecto, Crespí de Valldaura, *Observationes, Pars 2, Observatio 103*, num. 71: «Sententia contra consuetudinem, vel contra opinionem in unaquaque Curiae, sive Tribunali recepta nulla est»; Bas y Galcerán, *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, num. 120: «Adeo, quod si Senatus, contra iudicandi consuetudinem sententiam tulerit, nulla erit, et insubsistens»; Matheu y Sanz, *Tractatus de regimine*, cap. 12, tit. 1, num. 93; Bas y Galcerán, *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 120; Crespí de Valldaura, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 89); añade Juan A. Obarrio que «la doctrina, con objeto de solventar la posible fragilidad de esta concepción, exigirá para su legitimación que las mismas cumplan tres requisitos, a saber: pluralidad de actos, que no se hallen fundadas en un error y que no atenten contra el Derecho foral» (J.A. Obarrio, *De Iustitia et Iure Regni Valentiae*, Madrid, 2005, p. 243).

⁴² «Pero si la costumbre de juzgar fuere del Supremo Consejo es válida, y debemos seguirla» (Berní y Catalá, *Instituta civil y real...*, lib. I, Tit. II, *Sine scripto*, n. 2, p. 11).

⁴³ B.U.V. Varios 239, a.17, n. 53, p.27: «Esfuerza la parte otra la citada autoridad de Trobat, diciendo: Que la sentencia que dicho Autor refiere, por ser del Supremo Consejo de Aragon, se debe mirar como à ley, pues éstas antes en el Reyno tenían fuerza de tal...».

⁴⁴ No compartimos, sin embargo, el parecer de quienes afirman que «el recurso a la costumbre es prácticamente inexistente», no obstante resulte notorio su menor protagonismo con respecto al de la ley, y menos reducir su ámbito tan sólo en este «sentido (...) de las sentencias judiciales» (Tormo Camallonga, *El Derecho en las alegaciones jurídicas del siglo XVIII, ob. cit.*, p. 313).

interpretación como paso previo a su aplicación. Llegado este momento, el juez no procedía a interpretar la costumbre como si de una ley se tratara pues ésta carecía de la cláusula restrictiva de interpretación propia de la costumbre. Al entenderse que la costumbre era una “cosa de hecho”, no sólo debía probarse su existencia, sino que además debía interpretarse conforme a sus estrictos términos. No digamos ya si la costumbre era “odiosa” o contra derecho, en cuyo caso no cabía jamás extenderla a otros casos⁴⁶. Esto nos lleva a una institución consuetudinaria existentes en el Derecho foral valenciano que suscitó no pocas controversias en la Real Audiencia valenciana a lo largo del siglo XVIII, y que obligó tanto a juristas como jueces a invocar, alegar y aplicar la costumbre foral: se trata del quindenio⁴⁶.

El quindenio, institución perteneciente al censo enfitéutico, consistía en el pago de una cantidad que debía realizar el propietario útil al directo cada quince años como medida compensatoria por no haber podido cobrar éste el luismo, entendiéndose que éste era el período medio en el que solía transmitirse o enajenarse una finca o propiedad, pero cuya enajenación no se había realizado por impedirlo el dueño útil. Era, pues, una cantidad dineraria que no se pagaba por la adquisición de la cosa —como en el caso del Privilegio de Amortización, concedido por el monarca—, «sino por la retención de la cosa censida, por espacio de quince años»⁴⁷.

Fue en el contexto de esta institución consuetudinaria, calificada de “odiosa” y “contra derecho”, en el que un letrado, defendiendo a la parte deudora, sostenía que su interpretación debía hacerse restrictivamente, no extendiéndola a más supuestos que los estrictamente previstos por esta costumbre, saliendo al paso

⁴⁶ B.U.V., R-2/362, a.6, n.33: «Fuera de que la costumbre es cosa de hecho, el qual debe probarse, y de otra forma no hace el Juez merito de ella; el Señor Crespi (...) y la probanza ha de ser en los mismos terminos en que se supone la costumbre, porque ésta es odiosa y debe interpretarse strictamente, segun lo defienden con muchos Valenzuela ..., el Señor Molina (...) quien dice, que quando la costumbre es contra el drecho, no puede extenderse à otros casos, lo que funda con muchos Autores...».

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, las siguientes alegaciones: B.U.V., R-2/362, as.1-6 y 8; B.U.V., Varios 237, a.11.

⁴⁷ B.U.V., R-2/362, a.5, n.37; sobre la institución del quindenio, véase Bas y Galcerán, *Theatrum*, I, cap. 30, num. 181 ss.

así de las desmesuradas e injustas pretensiones de los dueños directos, quienes deseaban hacer universal una costumbre limitada⁴⁸.

Al margen de los problemas que generó esta institución genuinamente valenciana, inexistente —salvo en Cataluña⁴⁹— en otros territorios peninsulares⁵⁰, lo que sí aparece claro en las fuentes es su naturaleza consuetudinaria⁵¹, no existiendo

⁴⁸ B.U.V., R-2/362, a.6, n. 32: «Y en conclusion, en materia de Quindenios, la costumbre no debe extenderse à otros casos...»; B.U.V., R-2/362, a.6, n.33: «Fuera de que la costumbre es cosa de hecho, el qual debe probarse, y de otra forma no hace el Juez merito de ella (...). Y la probanza ha de ser en los mismos terminos en que se supone la costumbre, porque ésta es odiosa y debe interpretarse strictamente, segun lo defienden con muchos (...), quien dice, que quando la costumbre es contra el drecho, no puede extenderse à otros casos, lo que funda con muchos Autores, segun lo qual influyen en el presente las demás doctrinas, porque la costumbre de los Quindenios, es contra el drecho»; B.U.V., R-2/362, a.8, n. 7: «Y supongo, que siendo los Quindenios hijos de la costumbre, no se pagan de las fundaciones de mayorazgo, o fideicomiso, por no estar radicada, o introducida en estos»; B.U.V., R-2/362, a.8, n. 33: «Y así espero que, absolutamente se confirme la Sentencia de vista, y que en lo posible se ataje este contagio de los Quindenios, que segura se pretenden dilatar por los Dueños directos, se ve que desean hacer universal una costumbre limitada, y erronea dede el principio, a mas de que resultarían pleytos a influencia de otro Dueño directo...»; véanse, al respecto, J.B. Valenzuela Velázquez, *Consilium sive responsorum iuris*. Mariti, 1653, Consil. 4, num. 42; Crespi de Valdaura, *Observationes*, Pars 2, *Observatio* 106, num. 15 y 16, y *Observatio* 63, num. 29 y 30; Bas y Galcerán, *Theatrum*, I, cap. 30, num. 197; Matheu y Sanz, *Tractatus de regimine*, Lib. 1, cap. 2, num. 19 ss.

⁴⁹ B.U.V., R-2/362, a.3, n.41: «Porque en Cataluña se paga por Quindenio, o Amortización (que assi se dize) la mitad del precio de toda la cosa emphiteutica vèdida (...) y en este Reyno solo se paga la dezima (...). El Quindenio, que por costumbre aquí se paga de 15 en 15 años, (...) en Cataluña no se paga si de 30 ó de 40 en 40 y aun de à mas tiempo, segun el valor de la cosa, y la costumbre de cada Diocesi»; respecto a la doctrina valenciana, véanse Bas y Galcerán, *Theatrum*, I, cap. 12, num. 23, y cap. 30, num. 123, 136 y 181-184; Matheu y Sanz, *Tractatus de regimine*, Lib. 2, cap. 5, num. 113 *in fine*; Crespi de Valdaura, *Observationes*, Pars 2, *Observatio* 61, num. 2, y *Observatio* 106, num. 3; León, *Decisiones*, I, Decis. 1, num. 3 y 8, y Decis. 77; respecto a la catalana, véanse F. Solsona, *Stylus capibreviandi, cum quodam utili clausularum...*, Barcelona, 1547 (existe otras ediciones de 1561 y 1594), fol. 84, num. 1; Fontanella, *Tractatus de pactis*, t. 1, claus. 4, num. 23, glos. 12; Cortiada, *Decisiones Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathalonie...*, Pars prima, Decis. 284.

⁵⁰ B.U.V., R-2/362, a.6, n. 25: «...en ningún otro Reyno de Epaña, ni de la Corona de Aragon avia tal costumbre, y en Castilla, ni la ay, ni la huvo, faltando en todos el motivo justo de la introducción, que parece no podía serlo en este Reyno»; B.U.V., R-2/362, a.8, n. 33: «...y que este drecho, ni en Castilla, Aragón, u otra parte de España se paga, y casi ni se conoce».

⁵¹ B.U.V., R-2/362, a.2, n.30, p.14: «La costumbre recibida de este Reyno de pagarse los quindenios»; B.U.V., Varios 237, a.11, n.7, p.5: «Por lo qual el dicho contrato de la emphiteusis se ha de gobernar por la costumbre, que en razon de quindenios avia en el reyno»; B.U.V., Varios 237, a.11, n.10, p.6: «Y para comprobación de que no se necessita probar la dicha costumbre, y que de dichas tierras se hayan pagados quindenios»; B.U.V., R-2/362, a.1, n.2: «Mas el Clero que se allana por la costumbre ya radicada en este Reyno à pagar los quindenios que se causaren en adelante, contando desde el dia 25 de Octubre de 1738».

en el Derecho foral un solo precepto legal que regulara esta parcela del régimen jurídico de la enfiteusis⁶².

Como puede verse, la costumbre resultaba en el siglo XVIII una fuente normativa controvertida. Por una parte, se presentaba con la autoridad que le confería la imagen de haberse originado por la voluntad –más o menos consciente– del pueblo, legitimidad popular (o ‘democrática’, en términos actuales) que llevaba a algunos autores a defenderla y darle primacía incluso frente a leyes. Por otra parte, en ocasiones se presentaba como el reflejo o residuo histórico de unas prácticas abusivas ejercidas por quienes ostentaban una posición preeminente en el marco de una sociedad feudal o –cuanto menos– estamental.

⁶² B.U.V., R-2/362, a.3, n.35: «Y porque es digno de tener presente, que los AA. que defienden este contrato condicional, y no puro por el pacto de retro, no hablan *in viam juris*, sino sujetos à la costumbre de la Provincia donde escribieron; pues como la materia de los Quindenios, o luismos, no proviene de otro, que de la general costumbre, o convencion»; B.U.V., R-2/362, a.5, n.38: «Todavía subsiste otro motivo mas poderoso para no univocar el origen de uno, y otro drecho, sin omitir la razon general, de que la Amortización procediò por ley, y el quindenio por costumbre»; véase, al respecto, León, *Decisiones*, I, Decis.77, num. 8.

SECTION V :

AUTRES DOMAINES DU DROIT ET MŒURS

Chapitre 26 :

Las costumbres y usos en el urbanismo bizantino

Rosalía Rodríguez López. Universidad de Almería (España)

Chapitre 27 :

Las reducciones de juros de 1480, de las Cortes a las Declaratorias

Teresa Martialay Sacristán y Fernando Suárez Bilbao. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid (España)

Chapitre 28 :

La costumbre en una institución palatina y sacra: el Confesor del Rey en la Edad Moderna

Leandro Martínez Peñas. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid (España)

Chapitre 29 :

La doble moral en la política legislativa contra la población gitana en relación a la crisis demográfica en la Castilla del Antiguo Régimen (siglos XV, XVI y XVII)

Alejandro Martínez Dhier. Universidad de Granada (España)

Chapitre 30 :

Derecho y costumbre en la educación superior femenina (1880-1910)

María del Carmen Sáenz Berceo. Universidad de La Rioja (España)