

## CAPÍTULO 9

# LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PROCESAL Y EL TRIBUNAL DE LAS AGUAS

*Juan Cámara Ruiz*

Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidade da Coruña

### I. INTRODUCCIÓN

CON carácter general, el Legislador ha establecido que la costumbre constituye una fuente del ordenamiento jurídico español junto a la ley y los principios generales del derecho (art. 1.1 CC).

Asimismo, ha dispuesto que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable y siempre que no sea contraria a la moral y al orden público (art. 1.3 CC).

De lo que se desprende la prevalencia de la ley sobre la costumbre y el carácter subsidiario o supletorio de esta última.

En el ámbito del Derecho procesal, las distintas leyes procesales ni contemplan ni establecen una relación de fuentes del derecho procesal. Cuestión que sí ha sido abordada y analizada por la doctrina procesal, y casi con total unanimidad con relación a la costumbre los procesalistas le han negado el carácter de fuente del derecho procesal atribuyendo dicha naturaleza solamente a la ley y a los principios generales del derecho.

Así por ejemplo, entre otros, le han negado dicha condición Gómez Orbaneja manifestando que, *“la sola costumbre que reconoce nuestro derecho como fuente de regulación jurídica es la “del lugar”, no –al menos directamente– la costumbre general; y para el proceso, dada su regulación común, no puede admitirse que rijan, ni siquiera con carácter supletorio, normas jurídicas distintas en unos lugares del territorio nacional que en otros”*<sup>1</sup>.

En un sentido similar se pronuncia Cortés Domínguez, argumentando que la costumbre no puede ser manifestación normativa de Derecho procesal porque no emana del Poder Legislativo y añade *“que si se permitiera que la costumbre fuese fuente de creación del Derecho procesal tendríamos que admitir la existencia de distintos Derechos procesales según el territorio en el que se desarrollase el proceso, lo que pugnaría con los prin-*

<sup>1</sup> E. Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal Civil* (con V. Herce Quemada), Madrid, 1949, vol. I, p. 35.

*principios elementales que consagra la Constitución. Todo ello sin olvidar el principio de legalidad establecido en los distintos cuerpos legislativos procesales que como hemos visto imponen la aplicación estricta de sólo y exclusivamente las normas contenidas en ellos*"<sup>2</sup>.

También le niega dicho carácter De La Oliva Santos pero invoca otras razones como fundamento de dicha negativa, concretamente, afirma lo siguiente: *"Entendemos que el carácter público del Derecho Procesal no es, por sí solo, motivo suficiente para excluir la costumbre, como tampoco constituye tal motivo el que se proclame, en los arts. 1 de la LEC y de la LECr, la relevancia del principio de legalidad, puesto que basándose en él no cabe eliminar –ni nadie lo pretende– los principios generales como fuente del Derecho procesal. Lo relevante –aunque está, por cierto, relacionado con aquel carácter público– es que el proceso no puede ser sustancialmente regulado por decisión de sus protagonistas actuales o futuros, ni de forma directa y expresa (pacto o convención), ni indirecta y tácitamente (mediante la costumbre en sentido estricto)"*<sup>3</sup>.

Por su parte Montero Aroca<sup>4</sup> también le niega dicho carácter a la costumbre y justifica dicha opinión, entre otras, en dos razones principales. Por una parte, considera que *"si las normas procesales se aplican sólo por los tribunales (y dentro de ellos siempre por profesionales del Derecho), no cabe la existencia de una norma creada por la actividad de los particulares en el seno de la sociedad"*, esto es, *"en el Derecho jurisdiccional ni la opinio iuris por sí sola tiene poder suficiente para producir Derecho, ni los hechos en que se expresa pueden crear normas procesales, porque están fuera de la acción de los particulares"*.

Por otra parte, invoca como segunda razón que, *"el principio de legalidad viene establecido en los arts. 1 tanto de la LEC como de la LECrim, y aunque en ellos no se pretendiera establecer la ley como fuente única de ambos procesos (lo que es discutible), sí que tienen por objeto decir que los procesos se han de desarrollar con arreglo a ellas"*.

Llama la atención que tanto estos autores como otros muchos, no se planteen la posibilidad de que aun de forma excepcional la costumbre pueda constituir fuente del derecho procesal. No obstante, en este sentido sí que se lo planteó Ortells Ramos que después de valorar la opinión casi unánime de la doctrina, se pronunciaba sobre la costumbre *praeter legem* manifestando, por una parte que, *"sin perjuicio de comprender todas las razones que la excluyen como fuente del Derecho de la organización judicial y procesal, no hay que olvidar la existencia de preceptos que se refieren a la misma en supuestos particulares. Así, en el aspecto orgánico, la referencia del art. 125 CE a los "tribunales consuetudinarios y tradicionales", que excluye cualquiera creado por la voluntad del Estado formalmente expresada (STC 56/1990, FJ 47º –Tribunales Arbitrales de Censos en Cataluña–)"*<sup>5</sup>. Asimismo, en su momento, también manifestó lo siguiente: *"Una correcta interpretación de esta norma conduce a entender que el origen de estos tribunales debe ser exactamente consuetudinario, no atribuible a la voluntad del Estado formalmente*

<sup>2</sup> V. Cortés Domínguez, *Introducción al Derecho procesal*, (con V. Moreno Catena), Valencia, 2012, p. 28.

<sup>3</sup> A. De La Oliva Santos, *Derecho Procesal. Introducción*, (con I. Díez Picazo Giménez y J. Vegas Torres), Madrid, 2004, p. 130.

<sup>4</sup> J. Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, (con J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar), Valencia, 2012, p. 351.

<sup>5</sup> M. Ortells Ramos, *Introducción al Derecho Procesal* (con M. J. Mascarell Navarro; J. Cámara Ruiz; R. Juan Sánchez; J. Bonet Navarro; R. Bellido Penadés; L. A. Cucarella Galiana; J. Martín Pastor), Cizur Menor, 2011, p. 468.

expresada, sin perjuicio de la intervención posterior de la norma estatal reconociendo el hecho social y jurídico del origen y subsistencia de estos tribunales”<sup>6</sup>.

Por otra, refiriéndose al aspecto procesal, trae a colación el caso previsto en el artículo 667 LEC, afirmando que, “más ilustrativo que el ejemplo del art. 645, I LEC (donde “costumbre” se usa con la acepción vulgar de repetición de conducta lugar donde siempre se fijan los edictos sin que pueda reclamarse ninguna opinio iuris que la legitime), es el del art. 677 LEC, según el cual la costumbre del país es norma (supletoria) de una actividad del proceso de ejecución (la administración forzosa por el ejecutante de los bienes productivos embargados)”<sup>7</sup>.

En último lugar, debemos referirnos a Guasp, por tratarse prácticamente del único autor que no sólo defiende que la costumbre pueda ser considerada, excepcionalmente, fuente del Derecho procesal sino que afirma con rotundidad y con carácter general dicha naturaleza. Al respecto, manifestaba, entre otras las siguientes razones: “también en el derecho público existen auténticas normas consuetudinarias, como se observa, sobre todo, en el derecho internacional, y que el precepto invocado de la ley procesal se refiere sólo a la comparecencia en juicio, sin que, de otra parte, la referencia a la ley suponga una eliminación de la costumbre. Y, en efecto, en algún caso concreto, como el del artículo 269, la Ley de Enjuiciamiento Civil alude expresamente a la costumbre en calidad de norma que establece el sitio público donde los edictos de una notificación deben ser fijados. Por encima de todo hay que recordar que la determinación de la fuerza de la costumbre es un problema metajurídico que el legislador, en cuanto tal, resulta impotente para dominar, y que por ello la costumbre, allí donde existe realmente, en cualquiera de sus tipos, tiene que ser forzosamente reconocida”<sup>8</sup>.

Por su parte, Aragoneses Alonso, en la revisión de la obra de GUASP añadió a las razones apuntadas las siguientes consideraciones: “La realidad jurídica española nos ofrece un ejemplo decisivo de la eficacia del derecho consuetudinario, incluso contra legem. No obstante lo dispuesto en el artículo 2º de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870, según el cual la potestad de juzgar correspondía, exclusivamente, a los Jueces y Tribunales, por costumbre venía funcionando, entre otros, el Tribunal de las Aguas de Valencia. ‘Los privilegios y autonomía de jurisdicción’ de que disfrutaba dicho Tribunal, fueron reconocidos y confirmados por Decreto de 5 de abril de 1932, y ahora por la propia Constitución (art. 125) y el artículo 19.8 de la vigente LOPJ. El hecho de que la complejidad de la vida jurídica, y el carácter marcadamente técnico de la función jurisdiccional, haga que sea cada vez más extraordinaria la existencia de costumbres procesales, no puede servir de argumento para negar el carácter normativo a la costumbre”<sup>9</sup>.

Por nuestra parte, y será la tesis que defendamos a lo largo del trabajo, entendemos que la costumbre sí que es fuente del Derecho procesal pero no con carácter general sino excepcionalmente. Asimismo, consideramos que junto a otros supuestos el caso más significativo de esta postura lo representa el Tribunal de las Aguas por cuanto la costumbre no sólo inspira y está presente en su aspecto orgánico sino también en su actividad procesal y, finalmente, en las clases de tutela que le solicitan y éste dispensa.

<sup>6</sup> M. Ortells Ramos, *Derecho Procesal. Introducción*, (con J. Cámara Ruiz y R. Juan Sánchez), Madrid, 2006, p. 431.

<sup>7</sup> M. Ortells Ramos, *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 431.

<sup>8</sup> J. Guasp, *Derecho procesal civil, Introducción, Parte general y Procesos declarativos y de ejecución ordinarios*. Madrid, 1998, tomo I, pp. 70-71.

<sup>9</sup> P. Aragoneses Alonso, en J. Guasp, *Derecho procesal civil, Introducción, Parte general y Procesos declarativos y de ejecución ordinarios*. Madrid, 1998, tomo I, p. 71.

## II. LA COSTUMBRE Y EL TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE VALENCIA COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL

Consideramos que el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia es paradigmático como supuesto en el que la costumbre, excepcionalmente, es fuente del Derecho procesal, entendiendo que el objeto de este último no lo constituye solamente el proceso sino también la jurisdicción y la acción entendida como derecho a la tutela judicial efectiva.

Tal y como iremos desarrollando la costumbre informa y es fuente no sólo del Tribunal de las aguas como órgano jurisdiccional sino también del proceso que se desarrolla ante él y de la tutela judicial dispensada.

Partimos de la idea de que la Jurisdicción como una de las partes de la materia objeto del Derecho procesal puede ser abordada desde dos aspectos:

Por un lado, cabe entenderla como la actividad que sólo pueden desarrollar determinados órganos del Estado (juzgados y tribunales) y que reviste una serie de notas que la distinguen del resto de potestades estatales (régimen funcional de la jurisdicción).

Por otro, se encuentra el régimen orgánico de la jurisdicción, con la regulación de los órganos que tienen atribuidas y que pueden ejercitar unas potestades específicas.

A continuación, desarrollaremos este segundo aspecto y como la costumbre está en la base tanto de la creación del Tribunal de las Aguas como en su mantenimiento y modificación.

### 1. La creación del Tribunal de las Aguas

Una manifestación evidente de que la costumbre, en determinados supuestos es fuente del Derecho procesal lo constituye la propia creación del Tribunal de las Aguas como órgano jurisdiccional. Precisamente, porque su instauración no se debe ni a la voluntad del Constituyente (en la Constitución vigente sí que se contempla la previsión de la existencia de Tribunales consuetudinarios, art. 125 CE) ni del Legislador, tal y como se establece en la Constitución, al disponer que la ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales (art.122.1CE).

Al contrario, se desconoce con certeza tanto el momento de su creación como el modo en que se creó. Se baraja la posibilidad de que su origen se remonte a la época romana o bien a la época de ocupación musulmana. En cambio, su pervivencia desde hace más de 1000 años y la circunstancia de la inexistencia de una norma que lo regule obliga a reconocerle su carácter consuetudinario.

Una exposición resumida de su evolución evidencia los siguientes momentos de su historia:

En cuanto al origen, no hay un acuerdo unánime. Una de las teorías más extendidas es la propugnada por Francisco Xavier Borrull, y que la defendió por su condición de diputado ante las Cortes de Cádiz en 1813 para intentar salvar al Tribunal de las Aguas de su desaparición. Su hipótesis consiste en afirmar que ya existía un antecedente en la época romana, pero que su fundación tal y como funciona hoy en día se produjo durante los reinados de los califas Abd al-Rahman III y al-Hakam II, en concreto en el año 960 de nuestra era.

Esta fecha fue la que se tomó de referencia para que en 1960 se celebrara el Milenario del Tribunal de las Aguas, impulsado por Vicente Giner Boira, asesor jurídico del Tribunal en aquel momento, y principal defensor de esta teoría en el siglo xx.

A partir de ese momento se coincide en la continuidad del Tribunal en época feudal por el Fuero XXXV del rey Jaime I el Conquistador, de 1239, por el que ordena que las acequias se rigen “*segons que antigament és e fo establít e acostumat en temps de sarràhins*”.

A partir de esa fecha, tal y como señala Mascarell Navarro, el Tribunal de las Aguas ha funcionado ininterrumpidamente, no obstante su subsistencia no ha sido siempre fácil, pues durante algún tiempo se ha mantenido en contra de la legalidad vigente. A continuación, ajustándonos al estudio de esta autora<sup>10</sup> repasaremos brevemente la historia del Tribunal hasta llegar a la constitución de 1978:

Durante la época foral, los reyes D. Jaime II y D. Pedro II, sucesores de D. Jaime I, procuraron que se respetaran las competencias del Tribunal de acequeros. Prueba de ello lo constituye el contenido de algunos privilegios concedidos por estos monarcas.

Concluida la etapa foral con el Decreto de Nueva Planta, otorgado por el rey D. Felipe V el 29 junio 1707 tras la conquista del reino de Valencia, que supuso la abolición de los Fueros y privilegios del reino de Valencia, el Tribunal de las Aguas siguió funcionando (F. X. Borull y Vilanova, M. Peset, V. Graullera y M. F. Mancebo) teniendo en cuenta, además, la aprobación por D. Felipe V y sus sucesores de las Ordenanzas de algunas acequias de la Vega valenciana en las que se menciona al Tribunal de las Aguas.

En la época constitucionalista, las Constituciones de 1812, 1837, 1856, 1869 y 1876 proclamaron la unidad de fuero, principio que resultaba contrario al desempeño de la función jurisdiccional por el Tribunal de las Aguas de Valencia. Lo cual no impidió, que también durante la vigencia de estas constituciones el Tribunal de las Aguas siguiera funcionando tal y como ha sido suficientemente acreditado, entre otras, por Órdenes de la regencia provisional del reino expedidas el 1 de diciembre de 1840 y el 26 abril 1841 que autorizaron la continuación del Tribunal de las Aguas. O por el Real decreto de 27 octubre 1848 en el que se declaraba que ni por el nuevo Código penal, ni por la ley provisional dada para su ejecución, se entendieran suprimidos los juzgados privativos de riego de Valencia, Murcia... También, en el preámbulo de la Ley de aguas de 3 agosto 1866 se menciona al Tribunal de las Aguas de Valencia.

En tiempos de la II República, el Decreto de 5 abril 1932, que fue dictado al tiempo de constituirse el Tribunal de las Aguas de Valencia bajo la autoridad del Presidente de la República, reconocía expresamente la jurisdicción de dicho tribunal.

Asimismo, el Tribunal de las Aguas funcionó durante la Guerra Civil y también en el régimen político surgido tras ella.

En la actualidad, el Tribunal de las Aguas como órgano judicial que desempeña función jurisdiccional, encuentra amparo en los siguientes textos: La Constitución de 1978, el Estatuto de autonomía de la Comunidad valenciana y la Ley orgánica del Poder Judicial de 1985. Asimismo, el tribunal fue reconocido como tal en el preámbulo de la Ley de aguas de 1985.

---

<sup>10</sup> M. J. Mascarell Navarro, “El Tribunal de las aguas: su proceso histórico y documental”, en *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Patrimonio cultural inmaterial de la humanidad* (con D. Sala Giner y R. Tarín L6pez), Valencia, 2010, pp. 5-9.

La previsión que realiza el art. 125 de la Constitución en relación con el art. 19.3 de Ley Orgánica del Poder Judicial establece expresamente que, *“tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana”*. Lo anterior se completaría con el art. 36.1.3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (LO 5/1982, de 1 de julio, reformada mediante LO 1/2006, de 10 de abril), que también viene a reconocer su naturaleza jurisdiccional cuando prevé que *“en relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, corresponde a la Generalitat... coadyuvar en la organización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, en especial en la del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia”*.

También el propio Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter jurisdiccional del Tribunal de las Aguas: Por una parte, de forma indirecta, en el Auto 5/1986, 8 de enero, FJ 2, en el que para negar la condición de “órgano judicial” al Consulado de la Lonja de Valencia, se refiere a la condición de tribunal consuetudinario o tradicional que mencionan los arts. 125 CE, 39.3 del Estatuto de la Comunidad Valenciana y 19 de la LOPJ *“que sólo definen expresamente como tal al Tribunal de las Aguas de la Vega Valencia”*.

Por otra, de un modo más expreso en la Sentencia 113/2004, 12 de julio, FJ 2, dictada con ocasión de la impugnación de una sentencia del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia, y en la que se refiere al Tribunal de las Aguas resaltando dos aspectos:

Por un lado, lo considera como uno de los Juzgados y Tribunales de Aguas, o de los Jurados de Riego, y *“seguramente, el más conocido es el Tribunal de las Aguas que desde tiempo inmemorial existe en Valencia para ‘fallar verbal y ejecutoriamente sobre las infracciones de las ordenanzas y reglamentos en lo relativo a distribución, uso y aprovechamiento del agua, [y de] los daños causados en sus obras’, según recuerda la exposición de motivos de la Ley de aguas de 1866”*.

Por otro, señala que *“es hoy communis opinio la de que ejercían en parte funciones de carácter jurisdiccional en materia de aguas”*. Asimismo, después de afirmar *“la naturaleza simplemente administrativa de los Jurados de Riego”* concluye claramente que *“los Tribunales consuetudinarios y tradicionales son, en efecto, por decisión constitucional, órganos que ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, bien que limitadas dentro de los estrechos márgenes que resultan de la atribución a su conocimiento de las cuestiones simplemente de hecho que se susciten entre los usuarios de la comunidad”*.

La cuestión que suscitan estos reconocimientos es si el carácter consuetudinario del Tribunal de las Aguas se desvanece por mor de los mismos o si se mantiene a pesar de ellos.

La respuesta es que el carácter consuetudinario del Tribunal de las Aguas no se extingue por los sucesivos reconocimientos, tanto reales como constitucionales o legislativos. Pues dichos reconocimientos no suponen ni la creación ni la instauración de dicho órgano sino que, por el contrario, supone un claro refuerzo a su carácter consuetudinario. Al respecto, y con alusión al reconocimiento de los Tribunales consuetudinarios efectuado en el artículo 125 CE, Ortells Ramos argumentaba, como ya hemos adelantado, lo siguiente: *“Una correcta interpretación de esta norma conduce a entender que el origen de estos tribunales debe ser exactamente consuetudinario, no atribuible a la voluntad del Estado for-*

malmente expresada, sin perjuicio de la intervención posterior de la norma estatal reconociendo el hecho social y jurídico del origen y subsistencia de estos tribunales”<sup>11</sup>.

Por su parte, y al respecto, Casinos Mora en el capítulo 2 de esta obra señala que, “el Tribunal es depositario del conocimiento de un derecho sustantivo y procesal naturalmente tradicional, consuetudinario, y es la costumbre inveterada la que constituye su verdadera fuente, sin que haya quedado transformada esa naturaleza por la ‘positivización’ normativa llevada a cabo principalmente en el siglo XVIII a través de las Ordenanzas de las acequias, básicamente relativas a cuestiones técnicas o de detalle sobre la administración y buen gobierno de las acequias y a las infracciones y ‘penas’ a irrogar a los reagentes condenados en juicio”.

## 2. Modificación de la composición del Tribunal de las Aguas

Desde su creación, el Tribunal de las Aguas ha venido funcionando, sin solución de continuidad, durante siglos. No hay constancia hasta tiempos recientes de posibles cambios en la composición de los miembros que forman dicho tribunal.

Con carácter general, no cabe duda de que tratándose de un órgano jurisdiccional tanto su composición originaria como los posibles cambios deberían aparecer regulados en la correspondiente ley, en nuestros días por la Ley Orgánica del Poder Judicial que determinaría la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales (art. 122 CE). Extremo que no ocurre en el caso del Tribunal de las Aguas y que evidencia una manifestación más de que la costumbre no sólo es fuente informadora de la creación y supervivencia de este tribunal sino también de posibles modificaciones en la composición del mismo. Concretamente, la modificación que se produjo a principios del siglo XX consistió en el aumento del número de miembros del tribunal (Síndicos) que lo componen.

En la actualidad, el Tribunal de las Aguas está compuesto por ocho Síndicos que representan a ocho acequias que toman sus aguas del río Turia y riegan la Vega de Valencia. Concretamente, son las siguientes: la acequia de Cuart, la acequia de Benacher y Faitanar, la acequia de Favara, la acequia de Robella y la acequia de Mislata, que toman sus aguas de la margen o ribera derecha del río Turia, y la acequia de Mestalla, la acequia de Tormos y la acequia de Rascaña, que toman sus aguas de la margen izquierda del río Turia.

Corresponde a estos síndicos elegir al Presidente y al Vicepresidente del Tribunal. Si bien debe traerse a colación una salvedad: En dicha elección, también participa el Síndico representante del brazo de Chirivella. Este Síndico no forma parte del Tribunal de las Aguas (no tiene asignada la correspondiente silla) pero sí concurre a la reunión administrativa de los Síndicos, o Junta administrativa, que tiene lugar una vez concluidos los juicios.

En el caso de que se prevea que los Síndicos no podrán asistir a las sesiones del Tribunal son sustituidos por los Subsíndicos (previsión que ha sido recogida en las Ordenanzas) lo que garantiza que pueda constituirse el Tribunal con los representantes de las ocho acequias.

La actual composición del tribunal integrada por ocho síndicos no se corresponde con la composición del Tribunal que durante siglos se mantuvo y que estuvo formada por siete. Aspecto que tiene su manifestación en los siguientes testimonios:

<sup>11</sup> M. Ortells Ramos, *Derecho Procesal. Introducción*, (con J. Cámara Ruiz y R. Juan Sánchez), Madrid, 2006, p. 431.

Borrull y Vilanova decía en 1831 que eran siete los Síndicos que formaban el Tribunal<sup>12</sup>. Por otra parte, en la pintura de Bernardo Ferrándiz *El Tribunal de las Aguas en Valencia en 1800* (fecha en 1864) son siete los miembros del Tribunal<sup>13</sup>. Asimismo, el escritor Vicen-te Blasco Ibáñez se refiere a siete jueces en su obra *La Barraca* (escrita 1898).

La exposición de cómo se produjo la incorporación del octavo Síndico ha sido realizada excelentemente y con profusión de datos por Mascarell Navarro, de ahí que nos ajustemos a su trabajo<sup>14</sup>.

La incorporación del octavo Síndico que integra el Tribunal de las Aguas parece que tuvo lugar en el momento en que *motu proprio* el Síndico de la acequia de Benacher y Faitanar, puso una silla más en el recinto en que el Tribunal ejerce su función jurisdiccional para sentarse junto a los Síndicos-jueces. Este Síndico, hasta entonces gozaba de representación, a través del Síndico de la acequia de Cuart (téngase en cuenta que la acequia de Cuart y la acequia de Benacher y Faitanar comparten el mismo azud).

Esta actuación y modo de proceder del Síndico de la acequia de Benacher y Faitanar, que se incorporó como un miembro más del Tribunal de las Aguas dio lugar a protestas por parte del Síndico de la acequia de Cuart que, en 16 de enero de 1913, dirigió un escrito al Tribunal de acequeros de la Vega de Valencia argumentando que el Síndico de la acequia de Benacher y Faitanar no debía ser admitido como Juez del Tribunal porque estaba realizando funciones que no tenía atribuidas<sup>15</sup>.

En la medida que las protestas del Síndico de la acequia de Cuart no fueron atendidas, el Ingeniero Jefe de Obras Públicas de la Provincia de Valencia reiteró las oportunas peticiones al Presidente del Tribunal de las Aguas (en escrito de fecha 25 de abril de 1919).

Finalmente, el Presidente el Tribunal de las Aguas, Don José Peris, respondió, en escrito de 27 de junio de 1919, manifestando entre otras, las siguientes razones:

1) *“Resulta que desde inmemorial vienen asistiendo al Tribunal de las Aguas los Síndicos de las acequias de Cuart y de Benacher y Faitanar tomando ambos parte en las dis-*

<sup>12</sup> F. X. Borrull y Vilanova, *Tratado de la distribución de las aguas del río Turia y del Tribunal de los Acequeros de la Huerta de Valencia*, Valencia, Imprenta de D. Benito Monfort, diciembre 1831. El libro ha sido reeditado en 1995 por la Empresa general valenciana del agua S.A. y la Diputación de Valencia, y a la misma se acompaña una noticia bibliográfica de F. X. Borrull realizada por E. La Parra López, p. 144.

<sup>13</sup> Sobre esta pintura de Bernardo Ferrándiz vide D. Sala Giner, “El Tribunal de las aguas: su proceso histórico y documental”, en *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Patrimonio cultural inmaterial de la humanidad* (con M. J. Mascarell Navarro y R. Tarín López), Javier Boronat Editor, Valencia, 2010, pp. 145-148.

<sup>14</sup> M. J. Mascarell Navarro, “El Tribunal de las aguas: su proceso histórico y documental”, en *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Patrimonio cultural inmaterial de la humanidad* (con D. Sala Giner y R. Tarín López), Javier Boronat Editor, Valencia, 2010, p. 22. Y con mayor desarrollo en el capítulo 13 de esta obra: “Las sentencias del Tribunal de las Aguas”.

<sup>15</sup> En dicho escrito, el Síndico de la acequia de Cuart expuso entre otras las siguientes razones:

“Las funciones jurisdiccionales son de orden público, no son de aquellas que penden de la voluntad del individuo y puede por tanto libremente ejercerlas ó rehuirlas. La constitución de un Tribunal arranca de jerarquía mas alta; es atribución de la ley que lo ordena, regula y fundamenta y, por ello, el Código Penal señala como uno de los delitos el de usurpación de funciones, calidad y título”

“...es de creer que cometerá el delito antes indicado, quien se atribuya el concepto de Juez, sin serlo; quien se atribuya jurisdicción careciendo de ella, y no alcanzaria la responsabilidad á él solo, si que también á todos aquellos que sin su intervención, sin su directa cooperación ó amparo, el delito no se hubiera ejecutado”.

“El fallo dictado por un Tribunal en el que existe un individuo que por ministerio de la ley se le tenga prohibido el ejercicio de jurisdicción ha de ser notoriamente nulo y ha de redundar en mengua de tal organismo, que cual el de que se trata, muchas generaciones miraron con venerando respeto”.

El escrito lleva fecha de 16 de enero de 1913 y la firma de Don Mariano Andrés.



cusiones, pero para las deliberaciones y demás asuntos sometidos á votación como la dobla, tandeo y otros se les considera como un solo voto”.

2) “Que de las Ordenanzas de la acequia de Cuart nada se desprende respecto á la jurisdicción del Síndico en el Tribunal, pero acude y forma parte del mismo como Síndico de una de las siete presas del rio; y en las de Benacher y Faitanar en un artículo 127 consigna expresamente como obligación del Síndico el asistir todos los jueves de once á doce de la mañana á la Lloncheta de la plaza de la Seo para conocer y tratar de los asuntos y negocios de dicha acequia en lo referente al agua y su partición y á ver si alguno ha incurrido en pena y demás que se ofrezca”.

3) “Desde hace muchos años, casi desde inmemorial, vienen juntándose en el Tribunal de las Aguas y forman parte del mismo tanto el Síndico de Cuart como el de Benacher y Faitanar sin que haya habido dificultades por parte de alguno de ellos ni de los demás del Tribunal”.

4) “Es mas, el Tribunal no tiene inconveniente ni ha puesto traba alguna á que funcionen los dos Síndicos siquier sea como corresponde con un solo voto”.

Después de esta última actuación no se produjo ninguna otra y desde el momento en que el Síndico de la acequia de Benacher y Faitanar, tomó asiento en el Tribunal éste ha pasado a estar formado por ocho Síndicos.

Como decíamos al comienzo de este apartado, la modificación de la composición de los miembros del Tribunal de las Aguas no se produjo por una determinada ley sino por la decisión del propio tribunal lo cual representa una manifestación clara de que la costumbre informa también el aspecto orgánico de este órgano jurisdiccional.

En la medida de que la acequia de Chirivella<sup>16</sup>, en fecha 30 julio 2009, pidió formalmente al Tribunal de las Aguas que su Síndico forme parte del Tribunal podremos tener ocasión de comprobar una nueva actuación de dicho tribunal que evidencie su carácter consuetudinario<sup>17</sup>.

Téngase en cuenta además que la costumbre no es algo estático sino es algo vivo que el propio Tribunal actualiza a medida que avanzan los tiempos.

Al respecto, Fairén manifestó sobre el Tribunal que, “su jurisprudencia oral, transmitida de generación en generación de jueces, ha causado costumbre jurídica, y cada vez que se halla ante un caso nuevo, sigue creando doctrina procesal”<sup>18</sup>.

En la misma línea, Casinos Mora en el capítulo 2 de esta obra señala, refiriéndose al derecho material y procesal que el Tribunal aplica que, “corresponde también al Tribunal o a sus síndicos o bien ‘revelarlo’ o bien ‘moldearlo’ y ‘aumentarlo’ con una proyección ejemplarizante y enlazando siempre con un remoto marco fundacional. Así, pues, la tarea de los síndicos es, por un lado, como la del jurista romano, la revelación del dere-

<sup>16</sup> La acequia de Chirivella es un brazo de la acequia de Mislata y, como su Síndico no es Juez del Tribunal de las Aguas, está representada en el Tribunal por el Síndico de la acequia de Mislata, sin perjuicio de que cuando un litigio afecte a la acequia de Chirivella se invite a su Síndico a acudir al Tribunal a los únicos efectos de informar sobre la infracción denunciada.

<sup>17</sup> Según Mascarell Navarro, *op. cit.*, “Seguida la tramitación pertinente, quedan dos Comunidades de regantes por pronunciarse sobre la petición de la acequia de Chirivella. Las restantes Comunidades sí han aprobado la petición a través de sus Juntas Directivas o Generales, pero dejando al Tribunal de las Aguas la decisión del momento en que procedería otorgar al Síndico de la acequia de Chirivella la condición de miembro del Tribunal, ya que el Decreto 73/2006, de 26 de mayo, del Consell de la Generalitat Valenciana que declara Bien de Interés Cultural Inmaterial el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, describe el Tribunal de las Aguas con su actual composición (Anexo 1.1)”.

<sup>18</sup> V. Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 2ª ed., 1988, pp. 86-9.

*cho aplicable o la reflexión sobre él para 'aumentarlo' y es, por otro lado, como la del pretor, la formulación o dicción del derecho".*

Por su parte, en el mismo sentido, Bonet Navarro, en el capítulo 8 de esta obra alude a la función creadora que realiza el Tribunal a partir de las peticiones de los usuarios, "*así como de la necesaria adaptación de las costumbres a las concretas necesidades y a la evolución de los tiempos, como necesidad para su subsistencia pues, de otro modo, los cambios de circunstancias y de situación consecuencia del devenir del tiempo harían inaplicable la costumbre y, por tanto, no sería posible mantener su vigencia*". Buena prueba de ello la tenemos en la extensión de la jurisdicción del Tribunal de las Aguas a "terceros" que cada vez con más frecuencia suelen intervenir en los juicios en calidad de denunciados (por ejemplo, el constructor que ocasionó daños en una acequia cuando transportaba materiales de obra o la empresa que pasó cables por debajo de una acequia sin pedir permiso a la respectiva Comunidad de regantes).

### 3. El Tribunal de las Aguas como órgano jurisdiccional y como supuesto de quebrantamiento o ruptura constitucional

Tras la afirmación de que en supuestos concretos la costumbre es fuente de derecho procesal y que un caso paradigmático de ello lo constituye el Tribunal de las Aguas (en este apartado como órgano jurisdiccional) la cuestión que se plantea es su conceptualización como supuesto de quebrantamiento o ruptura constitucional teniendo en cuenta que nos encontramos, por una parte, ante una excepción al principio de unidad jurisdiccional *ex* artículo 117.5 CE, y, por otra, ante una excepción a la previsión constitucional *ex* artículo 122 CE, de que la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales debe realizarse por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No plantea demasiadas dudas que estas dos excepciones a los mandatos constitucionales, desde un punto de vista de la Teoría de la Constitución deben ser consideradas como quebrantamientos o rupturas constitucionales, en la medida que en ellas concurren los requisitos que la doctrina constitucional viene exigiendo en estos casos.

Concretamente, el quebrantamiento o ruptura constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) según Ruipérez Alamillo<sup>19</sup> (siguiendo la línea trazada por C. Schmitt, P. De Vega, S. M. Cicconetti y P. Lucas Verdú) consiste en el fenómeno de la violación —entendida aquí como la no aplicación o inobservancia— a título excepcional, y para supuestos concretos, de una o varias normas constitucionales que, sin embargo, conservan su plena validez y eficacia respecto de los demás casos objeto de su regulación, y que será admisible cuando sea el propio Texto Constitucional quien lo prevea o cuando se introduzca mediante la técnica a la reforma constitucional.

Asimismo, este autor, siguiendo a Schmitt, apunta como notas características de este instituto las siguientes:

1) En el supuesto de la ruptura no se produce, ni tampoco se pretende, la reforma de la norma constitucional; lo que sucede es que se adopta una disposición que, para un caso concreto y excepcional, desvía dicha norma.

2) En el quebrantamiento constitucional la norma afectada pierde, efectivamente, su validez y eficacia para un supuesto concreto, pero la conserva con carácter general. Es-

<sup>19</sup> J. Ruipérez Alamillo, "Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional" en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, 1992, núm. 75, pp. 253-256.

to significa que en las rupturas constitucionales no sólo no se pretende reformar la Ley Fundamental para suprimir alguna norma, sino que, además, se presupone que esta última seguirá vigente, y sin modificación alguna, para todos los demás supuestos a que se refiere.

3) A partir de estas notas podemos referirnos a quebrantamientos constitucionales jurídicamente admisibles frente a los “quebrantamientos inconstitucionales de la Constitución”, es decir, aquellos supuestos en que, a título excepcional, no se observa una norma constitucional sin que dicha inobservancia se encuentre autorizada por la Constitución ni tampoco se haya atendido al procedimiento de reforma para quebrantarla, en cuyo caso nos encontraremos ante una auténtica violación del Texto Constitucional.

Aplicando estas notas a las excepciones apuntadas comprobamos lo siguiente:

Por una parte, y frente al mandato constitucional de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE) el propio Constituyente establece la excepción a dicho principio en el artículo 125 CE que contempla la posibilidad de que los ciudadanos participen en la administración de justicia a través de los Tribunales consuetudinarios. Por su parte, Fairén Guillén en cambio, considera que la autorización proviene ex artículo 149.1.6<sup>o</sup> CE<sup>20</sup>.

Por otra, y frente al mandato de que una “ley orgánica del poder judicial” determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, el propio Constituyente establece la excepción a dicho principio, de modo genérico, en el artículo 125 CE que prevé la existencia de Tribunales consuetudinarios. Es cierto que en el artículo 19.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se recoge que tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana, pero dicho reconocimiento no supone ni la constitución ni la determinación de su funcionamiento y gobierno, precisamente, porque debido a su carácter consuetudinario dicho tribunal ya preexistía a la promulgación de la ley y tanto su funcionamiento como su gobierno no está regulado en ninguna ley sino que tanto el gobierno como su funcionamiento se rigen por la costumbre.

En conclusión, podemos afirmar que estas excepciones constituyen quebrantamientos o rupturas constitucionales.

### III. LA COSTUMBRE Y LA ACTIVIDAD PROCESAL DEL TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE VALENCIA

Tal y como habíamos adelantado la costumbre no sólo informa y es fuente del Tribunal de las aguas en su consideración de órgano jurisdiccional sino también de la actividad procesal y del proceso que se desarrolla ante él.

Dicha actividad y proceso son los que han sido objeto de mayor atención y estudio por los especialistas, precisamente por tratarse de un proceso cuya principal fuente es la costumbre. Al respecto, Fairén formuló con meridiana claridad, entre otras, las siguientes

<sup>20</sup> V. Fairén Guillén, “El principio de unidad jurisdiccional y el tribunal de las Aguas de Valencia”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 85, 1978, p. 10. Propiamente, Fairén formuló el argumento a la vista del Anteproyecto de Constitución publicado el 5 enero 1978 en el “Boletín Oficial de las Cortes”. Concretamente, afirmó lo siguiente: “En efecto, el artículo 138 –párrafo 7 del mismo texto (encuadrado en el título VIII ‘De los Territorios Autónomos’) y refiriéndose a las ‘exclusivas competencias del Estado’, se consigna, en el número 8, la de (promulgar) ‘Leyes procesales, sin perjuicio de las especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo del Territorio Autónomo’”.

afirmaciones<sup>21</sup>: Por una parte que, “Desde el punto de vista procesal, la fuente más importante de la actuación del Tribunal es la costumbre. El proceso del Tribunal de las Aguas ha sido construido a base de normas jurisprudenciales dictadas y reiteradas por él mismo, las cuales se conservan ‘por memoria’, dado el principio de la oralidad no protocolizada; por pura transmisión oral de sus miembros a sus sucesores a lo largo de muchas generaciones”.

Por otra que, “El Tribunal, desde el punto de vista procesal, se nutre de su propia doctrina consuetudinaria, o de su interpretación de las Ordenanzas. Una clara y fundamental muestra de ello la recordamos de nuevo, en el hecho de venir interpretándolas de modo continuado, en el sentido de que el principio ‘quitar el agua al deudor’ en ellas contenido se aplica también a los deudores por razón de una condena que no ejecutan voluntariamente, lo cual da lugar a uno de los dos tipos de ejecución forzosa, y precisamente a aquél en el que el tribunal tiene jurisdicción propia”.

## 1. La costumbre y el proceso ante el Tribunal de las Aguas

Es notorio que el proceso que se desarrolla ante el Tribunal de las Aguas no viene regulado por la correspondiente ley, tal y como sí ocurre, por ejemplo, con la Ley reguladora del proceso ante el Tribunal del Jurado, del proceso civil, penal, etc.

Consecuentemente, tampoco existe ningún precepto que establezca y ordene la observancia y respeto al principio de legalidad procesal (tal y como sí existen para otros procesos, como por ejemplo, artículo 1 de LEC o LECrim).

La razón es obvia, la base del proceso y la fuente informadora del mismo es la costumbre.

Resultan muy ilustrativas las palabras de FAIRÉN con ocasión de describir el desarrollo del proceso ante el Tribunal de las Aguas al invocar todos los años en que acudió a presenciar el desarrollo de los juicios que se celebraban ante este Tribunal y que le sirvieron para llegar a conocerlo, teniendo en cuenta que no existe norma escrita que lo regule pues se creó y perdura por la fuerza de la costumbre. Manifestaba sobre las sesiones de los juicios lo siguiente: “Ésta, como toda sesión oral y concentrada de actividades procesales diversas (alegaciones, pruebas), puede parecer confusa; pero con el hábito –que nosotros adquirimos: 23 años de presenciar sesiones– se llega a diferenciar claramente sus fases”<sup>22</sup>.

Asimismo, Fairén señalaba con rotundidad que la costumbre es la fuente inspiradora del proceso en los siguientes términos: “*el proceso ante el Tribunal de las Aguas es de*

<sup>21</sup> V. Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 2ª ed., 1988, p. 89. Tras dichas afirmaciones, matizó lo siguiente: “alguna norma ha sido creada por el Pleno de los Síndicos –actuando como Sala de Gobierno y no como Tribunal–; así, por ejemplo, su Sesión de 21 de septiembre 1939, adoptó, tras discusión, un acuerdo declarando que ‘la comparecencia ante el Tribunal de las Aguas es personalísima’. Pero no hallamos sino muy pocas o casi ninguna de este origen”.

<sup>22</sup> V. Fairén Guillén, “Breve examen del Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso”, en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXV, 691, 2003, p. 1302. En otro momento de este trabajo (p. 1304) señala: “Es curioso que la sentencia se elabore en público, pero la deliberación del Tribunal sobre la misma es sólo ‘aparentemente pública’: y decimos ‘aparentemente’, pues el Presidente toma la voz y el voto de los demás miembros del Tribunal –excepto los del Síndico de la Comunidad en donde tuvo lugar la infracción, el Instructor, que aquí ni tiene, como se ha dicho, ni voz ni voto por razones de imparcialidad– ‘en voz baja’ y con tal maestría que, pese a habernos hallado sentados al lado mismo del Tribunal durante años, jamás hemos podido entender ni una sola palabra del debate”.

creación jurisprudencial. Es el propio tribunal quien, sobre la base de los principios de oralidad y concentración, lo ha construido. Su jurisprudencia oral, transmitida de generación en generación de jueces, ha causado costumbre jurídica, y cada vez que se halla ante un caso nuevo, sigue creando doctrina procesal. De ese modo, puede afirmarse que el proceso del Tribunal de las Aguas, salvo contadas excepciones, ha sido construido a base de 'normas' jurisprudenciales dictadas y reiteradas por él mismo, las cuales se conservan por memoria y por pura transmisión oral"<sup>23</sup>.

Además, la costumbre no sólo es fuente del proceso sino también del procedimiento, como por ejemplo, las "citaciones para juicio oral": "Si el denunciado no comparece ante el Tribunal a la primera citación y llamamiento público por el Alguacil, ya en sesión, el Guarda lo comunica al Presidente del Tribunal y este ordena al Guarda que, durante la semana, le cite por segunda vez (también oralmente); si a la segunda citación la parte no comparece tampoco, se efectúa una tercera citación a domicilio, por cédula y por el Alguacil, en la que se le conmina con juzgarle en rebeldía si no concurre el jueves siguiente. Y si tampoco acude, se le juzga en su ausencia o contumacia"<sup>24</sup>.

También los plazos han sido creados por fuerza de la costumbre. Así por ejemplo en los casos de suspensión de la sesión iniciada, ésta se reanuda el jueves siguiente: "Si la prueba pericial se propone 'ex novo' y el Tribunal acuerda su admisión, si los peritos no se hallan presentes, se suspende el desarrollo del juicio hasta el jueves siguiente, en que ya dan cuenta de su informe"<sup>25</sup>.

Otro ejemplo es el relativo al lugar, día y hora de celebración de las sesiones del Tribunal de las Aguas: "El Tribunal se constituye bajo la Puerta de los Apóstoles de la Catedral, en plena Plaza de la Seu (que ha cambiado históricamente de nombre en varias ocasiones; el que no cambia es el Tribunal), a las doce en punto de cada jueves del año (excepto los festivos) y abre su sesión"<sup>26</sup>.

## 2. El proceso ante el Tribunal de las Aguas como supuesto de quebrantamiento o ruptura constitucional

Tras la afirmación de que la costumbre también es fuente del proceso que se sustancia ante el Tribunal de las Aguas, la cuestión que se suscita es su conceptualización (tal y como lo planteábamos respecto del Tribunal como órgano) como supuesto de quebrantamiento o ruptura constitucional teniendo en cuenta que nos encontramos, por una parte, ante una excepción al principio de legalidad procesal y procedimental *ex* artículo 117.3 CE, y por otra, ante una excepción a la previsión constitucional *ex* artículo 149.1.6<sup>a</sup> CE, que establece la competencia exclusiva del Estado, entre otras, respecto de la legislación procesal.

No plantea demasiadas dudas que estas dos excepciones a los mandatos constitucionales, desde un punto de vista de la Teoría de la Constitución, deben ser consideradas como quebrantamientos o rupturas constitucionales, en la medida que en ellas concurren los requisitos que la doctrina constitucional viene exigiendo en estos casos.

<sup>23</sup> V. Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas...*, cit., pp. 86-9.

<sup>24</sup> V. Fairén Guillén, "Breve examen del Tribunal de las Aguas...", cit., pp. 1301-2.

<sup>25</sup> V. Fairén Guillén, "Breve examen del Tribunal de las Aguas...", cit., p. 1303.

<sup>26</sup> V. Fairén Guillén, "Breve examen del Tribunal de las Aguas...", cit., p. 1302.

Concretamente, y por una parte, frente al principio constitucional de legalidad procesal y procedimental (art. 117.3 CE) que exige que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso se desarrolle según las normas de competencia y procedimiento que establezcan las leyes, el propio Constituyente establece la excepción a dicho principio, por un lado, en el artículo 125 CE que contempla la posibilidad de que los ciudadanos participen en la administración de justicia a través de los Tribunales consuetudinarios y, por ende, a través del proceso que se desarrolle ante ellos.

Y, principalmente, por otra, porque frente al mandato de que la legislación procesal es una competencia atribuida exclusivamente al Estado, el propio Constituyente establece la excepción a dicho principio, en el artículo 149.1.6<sup>a</sup> CE que prevé la posibilidad de que dicha competencia se transfiera a las Comunidades Autónomas en atención a las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de éstas<sup>27</sup>.

Sobre esta excepción, referida concretamente a la costumbre como fuente de derecho procesal tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, tal y como señalábamos en nuestro trabajo sobre “La nueva casación civil de Galicia”<sup>28</sup>: “La conclusión es evidente, no existe coincidencia entre lo dispuesto sobre la carga de la prueba de la costumbre, con carácter general, en la LECiv y lo previsto en la Ley de Derecho civil de Galicia y en el párrafo 2º del art. 2 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, declarado constitucional, este último, por el Alto Tribunal.

Precisamente, el propio Tribunal Constitucional puso de manifiesto esta divergencia y se decantó por el mantenimiento de la especialidad procesal sobre la carga de la prueba fundamentando con las palabras siguientes: *‘En efecto, dado que la costumbre como fuente del Derecho ha de resultar probada, tal como exigen el art. 1.3 del Código Civil y el art. 281.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, la notoriedad del Derecho consuetudinario gallego dispensa de su prueba cuando tal fuente del Derecho foral sea invocada como fundamento o motivo del recurso de casación. En consecuencia, la especificación o concreción contenida en este segundo párrafo se inscribe en el ordenamiento procesal de la casación foral de Galicia y, en cuanto trae causa de la particularidad de su Derecho sustantivo civil de basarse en un sustrato de carácter consuetudinario, informador de muchas de sus instituciones jurídico-privadas, según antes dijimos, nos hallamos ante una especialidad o singularidad procesal, en el ámbito de la actividad probatoria, que tronca de manera directa con el derecho sustantivo que se trata de proteger a través del instrumento procesal del recurso de casación’*”<sup>29</sup>.

En conclusión, podemos afirmar que estas excepciones referidas a la costumbre como fuente del proceso que se sustancia ante el Tribunal de las Aguas constituyen quebrantamientos o rupturas constitucionales en la medida que se tratan de excepciones a mandatos constitucionales pero que el propio Constituyente ha autorizado en la propia Constitución.

<sup>27</sup> También Fairén Guillén consideraba que la autorización a esta excepción proviene ex artículo 149.1.6<sup>a</sup> CE (“El principio de unidad jurisdiccional y el tribunal de las Aguas de Valencia”, cit., p. 10).

<sup>28</sup> J. Cámara Ruiz, “La nueva casación civil de Galicia” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, A Coruña, 2006, p. 159.

<sup>29</sup> STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 14º.

#### IV. LA COSTUMBRE Y LAS CLASES DE TUTELA SOLICITADAS Y DISPENSADAS POR TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE VALENCIA

En tercer lugar, analizaremos y podrá constatarse que la costumbre también es fuente de Derecho procesal desde otra perspectiva: Podemos afirmar que está en la base e informa la tutela judicial privada que semanalmente, cada jueves, se le solicita al Tribunal de las Aguas y que éste en su labor jurisdiccional viene dispensando desde tiempo inmemorial.

Al igual que hemos señalado que no existe norma reguladora del proceso que se desarrolla ante el Tribunal de las Aguas, del mismo modo tenemos que afirmar que no existe norma que establezca las clases de tutela judicial que pueden solicitarse ante este Tribunal, tal y como efectúa con carácter general el artículo 5 de LEC, al disponer que podrá pretenderse ante los tribunales tutela declarativa (de condena, meramente declarativa y constitutiva), ejecutiva y cautelar.

Además, puede constatarse durante el desarrollo de las sesiones que los demandantes de tutela judicial no suelen concretar ni la clase de tutela ni el *petitum* que solicitan, sino que por el contrario lo habitual es que los solicitantes describan los hechos denunciados y, finalmente, es costumbre que sea el propio tribunal quien otorgue la clase de tutela que considera oportuna y más adecuada ante los hechos probados.

##### 1. La tutela declarativa de condena

Se trata de la clase de tutela que en la inmensa mayoría de los casos se solicita (habitualmente de modo implícito) al Tribunal de las Aguas y que éste suele dispensar.

En estos casos la sentencia de condena, se emite *in voce* y su formulación es muy breve y sencilla. De modo inveterado se utiliza la siguiente fórmula: “*Este Tribunal li sentencia a pena i costes, danys i perjuis, en arreglo a Ordenances*”<sup>30</sup>, esto es, “Este Tribunal le condena a ‘pena’ y costas con daños y perjuicios según Ordenanzas”<sup>31</sup>.

Cabe señalar, a la vista de esta sencilla fórmula, que las sentencias de condena que dicta el Tribunal de las Aguas en su inmensa mayoría son ilíquidas y de carácter dinerario, de modo que debe procederse a su liquidación. Esta tarea está encomendada al respectivo órgano administrativo de la acequia en que se ha cometido la infracción (por ejemplo, Junta Directiva, Junta de Gobierno).

Ahora bien, en determinados casos, cuando la reparación del daño lo exija, la sentencia puede consistir en la condena a otro tipo de pronunciamientos como hacer o a deshacer. Siguiendo la clasificación realizada por Mascarell Navarro en el capítulo 13 de esta obra podemos citar algunos ejemplos:

Condena a deshacer las obras de obturación realizadas en varios cauces (sentencia de 18 abril 1985); a obturar la conexión realizada por haber conectado un desagüe sin haber cumplido con las condiciones de la concesión (sentencia de 3 diciembre 1987); a retirar la valla de la acequia (sentencia de 16 marzo 1989); a deshacer las obras ejecutadas incorrectamente en la acequia (sentencia de 17 octubre 1991).

<sup>30</sup> V. Giner Boira, *Tribunal de las Aguas de Valencia*, 2 ed., ed. J. Boronat, Valencia, 1995, p. 48.

<sup>31</sup> V. Fairén Guillén, “Breve examen del Tribunal de las Aguas...”, cit., p. 1304.

A veces, las sentencias condenatorias se dictan en rebeldía del denunciado. Asimismo, en ocasiones, cabe la posibilidad de que se condene a persona distinta del denunciado.

## 2. La tutela meramente declarativa

Esta clase de tutela se dispensa normalmente cuando se dicta sentencia absolutoria, que puede haberse pronunciado en presencia del denunciado y también en casos de rebeldía del denunciado. Estas sentencias no son frecuentes.

No obstante, sobre esta clase de tutela, Plaza Penadés en el capítulo 4 de esta obra señala, con cita de Glick, refiriéndose a una del las épocas iniciales del Tribunal que, *“la función inicial del Tribunal en la Edad Media, no fue realizar un juicio, sino una consulta entre aquellos que conocían mejor la costumbre de la Huerta. Parte de la autoridad del cequier se sometía así al examen y consideración de todos los regantes de la Huerta, por medio de sus oficiales delegados y con la presencia de los regantes en general, y asimismo, los asuntos no judiciales del riego eran sometidos a su auctoritas”*.

Este precedente nos lleva a concluir que esta clase de tutela, además de los supuestos de absolución, sería totalmente admisible siempre que el denunciante manifestara un interés digno de protección.

## 3. La tutela ejecutiva

Esta clase de tutela normalmente no suele ser solicitada ni dispensada, en la medida que la mayoría de las sentencias de condena son cumplidas voluntariamente por los condenados debido principalmente a la *auctoritas* de que goza el Tribunal de las Aguas y para evitar sanciones mayores.

Tal y como señala Fairén y, asimismo, desarrolla Martín Pastor en el capítulo 15 de esta obra, los medios de que dispone el Tribunal para hacer efectiva la sentencia son los siguientes: la de “quitar el agua al deudor” que es una medida coercitiva y la de “apremio” que es un medio de subrogación.

Sobre la medida de quitar el agua Fairén manifestaba lo siguiente: *“La vía de ‘quitar el agua al deudor’, aparece en el Ordenamiento español, con gran antigüedad; y actualmente se halla –aunque no nos afecte para nada– en la Ley de Aguas de 1985, art. 75-4. ‘Nihil novum sub iove’. En las Ordenanzas de las Comunidades de la Huerta valenciana, del siglo XVIII, vemos campear este principio de retorsión, muy sencillo como procedimiento [En esta ejecución, si se trata de metálico o deuda ilíquida, o de prestación no identificada, lo primero de todo es efectuar tal liquidación, lo cual se hace por el Síndico-Instructor –que aquí vuelve a aparecer–; el cual puede ordenar una visura de especificación y aun de tasación]. Requerido de pago el condenado –cumplimiento de la sentencia ya líquida– el Síndico-ejecutor (que lo es el de la Comunidad interesada), acompañado del Guarda, se persona en el lugar en donde se halla la toma de agua de riego del acreedor vencido y recalcitrante; allí hace pintar, a ambos lados de la misma, unas barras verticales, con pintura blanca; lo cual significa, para su conocimiento y en general, para el de todos, que le está prohibido tomar agua; la ‘boquera’ queda así simbólicamente precintada. Y si el condenado, pese a ello, regase o utilizase el agua prohi-*



vida, incurriría en violación de la cosa juzgada y desacato –'contempt'– al Tribunal, y sería por él condenado a 'pena' aún más grave"<sup>32</sup>.

En esta modalidad o vía de ejecución se evidencia que el solicitante de la tutela de condena no tiene que instar la ejecución forzosa sino que a partir de la sentencia condenatoria y ante el incumplimiento del deudor las distintas actuaciones se realizan de oficio con el auxilio del Síndico y del Guarda.

En cuanto a la vía de apremio en los supuestos de prestaciones dinerarias, en el caso de que el ejecutado no pague, el Tribunal mediante la colaboración de la Administración puede, mediante la vía administrativa de apremio, afectar bienes suficientes del patrimonio del deudor para su enajenación forzosa.

Al respecto, Fairén afirmaba lo siguiente: "*El de deudas en metálico, la verifica el Tribunal de las Aguas por el procedimiento de 'apremio administrativo', de carácter general para reclamaciones de la Hacienda Pública y demás entes públicos; Regl. General de Recaudación de 1969, Instrucción General de Recaudación y Contabilidad del mismo año. Falta una ley –no un Reglamento que, en concreto vuelva a desarrollar el Privilegio de 1250 –ratificado por el Decreto de la II República de 1932, no derogado éste– según el cual, correspondía a los cequiarios de Valencia el 'exhigant et extorqueant penas' –el exigir y proceder a la exacción de 'penas', de sanciones–; el que sea un Reglamento el que sustituya a una ley para regir una ejecución forzosa que debía ser jurisdiccional, contraviene, no sólo al espíritu del art. 9º.-3 de la Constitución, sino también al 117-3 de la misma*"<sup>33</sup>.

Por su parte, Mascarell Navarro manifiesta lo siguiente: "*La vía administrativa de apremio es uno de los medios por los que la Administración puede ejecutar forzosamente sus propios actos (arts. 96 y 97 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), pero en nuestro caso, en que lo que se ejecuta por la vía administrativa de apremio es una resolución de un órgano judicial, la utilización de esta vía supone el carácter administrativo del órgano encargado de ejecutar la sentencia. La vía administrativa de apremio se tramita por el agente ejecutivo de la acequia correspondiente*"<sup>34</sup>.

Tal y como hemos señalado respecto de la modalidad de "quitar el agua" en esta vía de apremio también se evidencia que el acreedor no tiene que instar la ejecución forzosa sino que a partir de la sentencia condenatoria y ante el incumplimiento del deudor las distintas actuaciones se realizan de oficio con el auxilio del Síndico y la colaboración de la Administración pública.

#### 4. La tutela cautelar

Al igual que manifestábamos respecto de la tutela de condena, consideramos que la tutela cautelar en la mayoría de los casos no será solicitada por los denunciados sino que a la vista de los hechos denunciados será dispensada en los momentos iniciales por el Síndico o Subsíndico instructor auxiliados por el Guarda<sup>35</sup>. Al respecto Fairén detallaba lo si-

<sup>32</sup> V. Fairén Guillén, "Breve examen del Tribunal de las Aguas...", cit., p. 1306.

<sup>33</sup> V. Fairén Guillén, "Breve examen del Tribunal de las Aguas...", cit., p. 1307.

<sup>34</sup> M. J. Mascarell Navarro, "El Tribunal de las aguas: su proceso histórico y documental", cit., pp. 41-2.

<sup>35</sup> Al respecto Mascarell Navarro documentó dos casos manifestando lo siguiente: "Es en este sentido que el capítulo XXXII de las Ordenanzas de la acequia de Mestalla dispone: 'Establecemos y ordenamos que si en

guiente: “*El Guarda o el particular denuncian los hechos al Síndico de la Comunidad correspondiente; éste, con los ‘veedores’, si es del caso, efectúa una inspección de los lugares, una ‘visura’ (inspección ocular y pericial); puede interrogar testigos y adoptar medidas cautelares para evitar mayores daños*”<sup>36</sup>.

Asimismo, una vez iniciado el juicio oral pueden ser ordenadas por el propio Tribunal sobre todo en los casos en que deba suspenderse el juicio, por ejemplo, para realizar una inspección ocular. También puede acordarse cuando el plazo para la ejecución del fallo sea largo y las circunstancias del caso lo requieran.

## V. CONCLUSIÓN

Consideramos que ha quedado suficientemente acreditado lo que manifestábamos al principio de este trabajo. De ahí que, nos reafirmemos en la defensa de la tesis propuesta consistente: que la costumbre es fuente del Derecho procesal pero no con carácter general sino excepcionalmente.

Asimismo, consideramos que, junto a otros supuestos, el caso más significativo de esta postura lo representa el Tribunal de las Aguas, por cuanto la costumbre no sólo inspira y está presente en su aspecto orgánico (pues tanto su creación como su modificación tienen un origen consuetudinario), sino también en su proceso y actividad procesal. Finalmente, la costumbre también es la base de las clases de tutela que le solicitan y éste dispensa.

---

la parte o territorio donde habitare el subsíndico, ocurriere algún suceso o daño que pida pronta providencia, pueda darla dicho subsíndico aquella que juzgare conveniente, debiendo sucesivamente con la brevedad posible dar cuenta al síndico, para que la mejore o confirme; y en caso de ausencia larga del síndico procurador general, tenga obligación de dar cuenta a los electos, para que providencien lo que fuere más conveniente, debiendo dicho subsíndico solamente ser franco de cequiage hasta quince cahizadas de tierra’. También en el capítulo XIV de las Ordenanzas de la sequía de Tormos, referido a las obligaciones del subsíndico, se lee: ‘A más de cumplir con los deberes y obligaciones del síndico, cuando haga sus veces, deberá providenciar lo conveniente, caso de ocurrir algún exceso que pida pronto remedio, en la parte del territorio donde habitare, dando cuenta a la brevedad posible al síndico’” (“El Tribunal de las aguas: su proceso histórico y documental”, cit., p. 43).

<sup>36</sup> V. Fairén Guillén, “Breve examen del Tribunal de las Aguas...”, cit., p. 1301.