

EL VALOR DE LA COSTUMBRE EN EL REINO DE VALENCIA*

Juan Alfredo Obarrio Moreno

La literatura jurídica valenciana, una vez abordado la naturaleza, carácter y requisitos de la ley, inicia el estudio de las distintas disposiciones legales, no tanto como instituciones en sí mismas, sino como normas vinculadas, en mayor o menor grado, a la ley.

Dentro de la compleja configuración de las fuentes medievales, la costumbre ocupa un lugar destacado, al estar estrechamente vinculada a la realidad de un *populus* con potestad originaria para crear leyes¹.

El carácter normativo que va adquiriendo el Derecho consuetudinario queda reflejado ya en las primeras *Summae* bajomedievales, en las que se reitera que la costumbre prolongada en el tiempo y sostenida por la comunidad *pro lege servantur*².

En el ámbito normativo valenciano, no hallamos, por parte de la jurisprudencia valenciana, un intento por dar una construcción sistematizada de la *consuetudo*, como así se dio entre la *communis opinio* medieval; pero sí se observa la pretensión por delimitar sus perfiles jurídicos, así como de encuadrarla dentro del conjunto normativo del reino de Valencia, con especial referencia a la relación entre *lex* y *consuetudo*.

Asimismo, cabe observar que si bien se hace una precisa mención de las costumbres inmemoriales, *secundum y praeter legem*; sin embargo, cuando se estudian las caracte-

* El presente trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación I+D: *Parlamentos y ciudades en la Corona de Aragón. De la historia a la modernidad*. Subvención otorgada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, 2002-2003. Proyecto BJU2003-05935.

1 CORTESE, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico. II*. Milano, 1962-1964, pp. 101 ss.

2 *SUMMA CODICIS DES IRNERIUS*. Ed. FITTING, H. Berlín, 1894, rub. *Quae sit longa consuetudo: Huc usque de iure scripto, nunc de iure non scripto edisserendum est. Quemadmodum ius scriptum auctoritate populi romani nititur; imo eius cui a populo hoc permissum est, ita ius non scriptum rebus ipsis et factis eodem iudicio declaratur: nichil enim interest, populus suffragio voluntatem suam declaret, an ipsis negotiis cotidie ex usu et consuetudine hoc ostendit. Diuturni enim mores consensu utentium comprobati pro lege servantur ...*; *PETRI EXCEPTIONES LEGUM ROMANORUM*. Ed., Savigny. F. C. De, *Storia del Diritto Romano nel medio evo*. Lib. 4, cap. 10, *De Regionis Consuetudine: In testamentis faciendis vel aliis negotiis solennitatem desiderantibus, regionis consuetudinem legis vicem obtinere legis auctoribus placuit*; *LO CODI*. Ed. Fitting, H. Halle, 1906 Reed. Aalen, 1968. Rub. *De longa consuetudine: Consuetudo lingua tantum valet quantum lex, si ipsa non est contra legem. set si ipsa est contra legem, non valet et non debet teneri,* Vid. GOURON, A., "Le fondement de la coutume chez les civilistes avant Azon". *El dret comú i Catalunya*. Barcelona, 1996, pp. 19-34. Con relación al Derecho romano CTh. 5,201 (Brev. Th. 5,12,1): *Venientium est temporum disciplina instare veteribus institutis. Ideoque cum nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt permanebunt ... INTERPRETATIO: Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur*; I. 1,2,9: *Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*.

terísticas y naturaleza de la costumbre, fundamentalmente se remiten a la costumbre *contra legem*. Esta práctica, habitual entre la canonística medieval, se fundamentaba en que, al tener ésta una naturaleza jurídica más compleja, se podía contemplar en la misma todas las objeciones y efectos jurídicos que pudieran darse en las demás costumbres³.

I. CONCEPTO

La variedad terminológica que caracterizó al Derecho consuetudinario durante el periodo visigótico y altomedieval –*consuetudo, usus, mos, vetustas, antiquitas, observantia, usatge, costum, etc*⁴– vino a ser reducida por el reconocimiento del valor jurídico alcanzado por la costumbre en el orden de prelación de fuentes de la Baja Edad Media⁵.

A este intento por delimitar su naturaleza jurídica contribuyó, con especial relevancia, los comentarios de Azón en su *Summa Codicis* a la rúbrica *Quae sit longa consuetudo*, donde no sólo define a la misma como el Derecho no escrito⁶ introducido por la inveterada costumbre del pueblo –*Videamus ergo quid sit consuetudo et unde dicatur. Et quidem consuetudo est ius non scriptum moribus populi diuturnis inductum, ...*⁷–, sino que vino a establecer los criterios para resolver los posibles conflictos que se pudieran suscitar entre ley y *consuetudo*⁸.

3 ARIAS GÓMEZ, J., *El consensus communitatis en la eficacia normativa de la costumbre*. Pamplona, 1966, p. 23, para quien: “Al probar, por tanto, la eficacia jurídica de la costumbre *contra legem* quedan resueltas todas las dificultades sobre cualquier clase de costumbre”.

4 WEHRLÉ, R., *De la coutume dans le Droit Canonique*. París, 1928, pp. 1-8; SCHERILLO, G., “Sul valore della consuetudine nelle Lex romana Wisigothorum”. *RSDI*, 5 (1932), pp. 451-491; GARCÍA-GALLO, A., “Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda”. *AHDE*, 13 (1936), pp. 168-264; “Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas”. *AHDE*, 44 (1974), pp. 343-464; PETIT, C., “Consuetudo y Mos en la Lex Visigothorum”. *AHDE*, XLIV, (1974), pp. 208-252; GILISSEN, J., *La coutume*. Fasc. 41, A-III,1. Brepols, 1982, pp. 42-54; LALINDE ABADÍA, J., “La costumbre en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón”. *Studia historica in honorem Vicente Martínez Morellá*. 1985, pp. 171-174.

5 WEHRLÉ, R., *De la coutume*, ob. cit., p. 197. Cabe observar que ya en el *Usatge Unaunque gens* se hace referencia al valor prevalente de la costumbre frente al derecho escrito: *Unaunque gens propriam sibi ex consuetudine elegit legem. Longa enim consuetudo pro lege suspicitur. Lex autem juris est species; mos autem, longa consuetudo de moribus tractatur tantundem. Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur; nam igitur quia rex vel imperator edicit, constitucio vel edictum vocatur. Omne jus ex legibus et moribus constat; mos autem est vetustate probata consuetudo. Institucio equitatis duplex est, nunc in legibus, nunc in moribus. Los Usatges de Barcelona*. Ed. VALLS TABERNER, F. Barcelona, 1984.

6 BARTOLUS DE SAXOFFERATO, *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem*. Augustae Taurinarum, 1589. Rub. *De legibus, lex 31, num. 6: licet consuetudo feudorum sit in scriptis redacta, hoc fuit ad consuetudinis memoriam, ... Quandoque consuetudo sonat in nomen iuris, quia descendit ex moribus, et tacito consensu populi: et ista consuetudo dicitur esse ius non scriptum*; num. 7: *Breviter aut queris de consuetudine introducendam in eius introductione non requiritur scriptura. Nam non differet a statuto, si adsit tacitus consensus populi. Circa eius tamen observantiam, et ut melius possit teneri menti potest redigi in scriptis ad memoriam eius: ut videmus in usibus feudorum*, BALDUS DE UBALDIS, *Ad Tres Priores Libros Decretalium*. Ed. Lugduni, 1.585. Reed. Aalen, 1.970. Lib. 1, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 22-24: *... sed tacitus consensus populi non potest esse scriptus, quia si scriptus ergo expressus, ..., quod scriptura non sit ad esse consuetudinis*.

7 AZO, *Summa Codicis. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. III. Reed. 1965. Rub. *Quae sit longa consuetudo*.

8 Así, Azón, ante la pregunta ¿qué autoridad tiene la costumbre?, advierte que si bien para un sector doctrinal la misma se ha de entender como creadora, derogadora o interprete de la ley; para otros, tales leyes se han quedado anticuadas. Más en particular, para resolver el conflicto suscitado entre ley y costumbre, establece dos criterios: en primer lugar, diferencia entre costumbre especial, esto es, la que una ciudad establece como

Dentro del ámbito jurídico de la Corona de Aragón⁹, y en especial del reino de Valencia, la doctrina foral desarrolla su planteamiento acudiendo tanto a las palabras de los jurisconsultos romanos y tardomedievales¹⁰ como a la concepción dada por San Isidoro¹¹. Y así, Trobat define la costumbre como el Derecho instituido por los *mores*, que se toma como ley a falta de ésta: *Ius quoddam moribus institutum quod pro lege suscipitur dum deficit lex*¹².

De la propia definición se desprende que la costumbre, como fuente de Derecho, queda relegada a un segundo plano, identificándose con el *ius non scriptum* que, en defecto de ley, se introduce por el uso¹³ —*ex frequentia actuum inducta*— y por la aceptación de, al menos, una parte notoria de la comunidad: *A communitate, ut a populo, ..., et non est necesse, quod sit ex totius populi consensu, quia sufficit a maiore parte, non contradicente*¹⁴.

norma prevalente, y la general, la cual, a diferencia de la primera, no deroga a la ley ; en segundo lugar, establece un criterio de temporalidad: si la ley es más moderna, deroga a la costumbre, si es posterior, la costumbre deroga a la ley, salvo que se hubiera introducido por error. Vid AZO, *Summa Codicis*, rub. *Quae sit longa consuetudo: Quanta est consuetudinis auctoritas?*. *Et quidem videtur quod consuetudo sit conditrix legis, abrogatrix, et interpretatrix, ut ff. de leg. et senatus consuler, ... Sed quidam dicunt quod illae leges antiquae sunt, hodie, hodie contra, ut I. eo 1 consuetudinis. His enim legibus translata erat omnis potestas in principem. Vel ibi loquitur de eo, quod civitas sibi constituit per consuetudinem, namque ea vel scripta vel contraria consuetudine tollitur: lex autem scripta, tantum lege scripta. Vel ibi loquitur de generali consuetudine, id est quam princeps patitur, quae ex certa scientia inducta videtur: hoc de speciali alicuius loci, quae legem non abrogat, etiam si ex certa scientia sit inducta: licet in eo loco servetur, ... Sed distingue, utrum lex sequantur consuetudini, cui ipsa est contraria, an praecedat. Si lex sequatur, quia posterior est, derogat consuetudini, cui ipsa est contraria, an praecedat. Si lex sequatur, quia posterior est, derogat consuetudini, quae praecessit: alioquin legi consuetudo derogat: nisi lex consuetudinem prohiberet admitti, ut in usuris habemus. Si vero per errorem inducta esset: nec in eo loco legi derogaret: licet quidam contradicant, qui aliter, quam nos, casum illius legis, ff. de legi et senatus, Vid. D. 1,4,33: *Diuturna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet*. Para el concepto de costumbre medieval puede acudirse, entre otros, a MAYALL, L., “La costume dans la doctrine romaniste au Moyen Age”. *RSJB*, LII, 1990, pp. 11-31.*

9 VALLET DE GOYTISOLO, J. B “Las fuentes del Derecho contempladas a través del “Apparatus” de Tomás Mieres”, *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*. 1892, pp. 274-277; EGEA I FERNÁNDEZ, J. y GAY I ESCODA, J. M., “Eficacia de les normes a la tradició jurídica Catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta. *RJC*, 1979, pp. 508-509.

10 BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem*, rub. *De legibus*, lex 31, num. 6 : *Primo, igitur quaero, quid sit consuetudo? ... Ius non scriptum, moribus et usibus populi vel a maiore parte ipsius, ratione initiatum et continuatum et introductum, habens vim legis; In secundam Codicis Partem Praelectiones*. Rub. *Quae sit longa consuetudo*, num. 2: *Consuetudo est ius moribus, vel usibus totius populi, vel maioris partis initiatum, continuatum et constitutum, habens legis auctoritatem*; BALDUS DE UBALDIS, *Ad tres priores libros Decretalium Commentaria*, rub. *De consuetudine*, num. 1: *Consuetudo, est ius non scriptum rerum experientia comprobatum, et quia supponitur iustitiae usitatae saltem vulgari, et populari, eius pars debet esse constans, et perpetua voluntas*. Con relación a la obra de Bártolo, ULLMANN, W., “Bartholus of Customary Law”, *JR*, 52 (1952), pp. 267-269.

11 ISIDORUS, *Etymologiarum*, Ed. Madrid, 1982. Lib. 2, cap. 10, *De lege*, nums. 2-3: *Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex; ... Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu*.

12 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis praescriptionis, et consuetudinis, omnibus in scholis, et foro versantibus necessarius*. Valentiae, 1690. *Quaestio* 3, num. 10. Definición que toma de ISIDORUS, *Etymologiarum*, 2,3, cap.10 (*Decreto Graciano* D. 1, c. 5. *Quid sit consuetudo: Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex*. Vid., entre otros, CAMPITELLI, A., “Spunti su una teoria della consuetudine accolta nell’apparato accursiano”. *El Dredt Comú i Catalunya*. 1996, pp. 38-49.

13 En este sentido, *Partidas* 1,2,4: *Costumbre es derecho o fuero que non es escrito: el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudandose de el en las cosas e en las razones, sobre lo que usaron*.

14 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 3, num. 17. Criterio seguido por la mayoría de la doctrina medieval; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ, et Regiæ Audientiae Valentinae*. Lugduni, 1.730. *Pars* 2, *observatio* 63, num. 16. *Et ob eandem rationem etiam in universitate*,

Al constituirse la costumbre en un hecho normativo que nace del consentimiento tácito de la comunidad¹⁵, se diferencia así de otras figuras jurídicas como el *mos –est imperfecta consuetudo–*, el *stylus –pertinet ad praxim curiae–* o la prescripción¹⁶. Esta última se desvincula claramente del ámbito jurídico de la costumbre en virtud de los siguientes criterios de autoridad¹⁷:

Prima differentia: derivatur, seu est eius etymologia, ab eo quod est in communi usu; Praescriptio vero est ius privati. Así, si bien el beneficiario de la prescripción únicamente puede ser un sujeto particular, el destinatario de la costumbre, al no transmitir un derecho adquirido, y por tanto *non appropriabile*, puede serlo la comunidad¹⁸.

*Secunda differentia inter praescriptio, et consuetudinem erit, quod illa requirit titulum, ista non*¹⁹.

*Tertia differentia est, quod praescriptio est odiosa, et consuetudo favorabilis, ..., praescriptio vero particularem, ..., consuetudo –siempre que ésta no sea contra ius– est extendenda de loco ad locum, et de casu, ad casum, et de persona, ad personam*²⁰.

Cuarta diferencia: *Ad consuetudinem, non requiritur bona fides, ..., haec est alia differentia, ad praescriptione. Quod populus cum mala fide potest inducere eam, et etiam sine titulo*²¹.

quae potest condere legem, observantia minoris partis populi non sufficeret ad inducendam consuetudinem, quemadmodum neque expressus consensus minoris partis ad ferendam legem; 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*, POLARA, G. Roma, 1996.

15 BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria*, rub. *De legibus, lex. De quibus*, num. 6, subraya que, en el concepto de costumbre, el elemento sustancial se halla en el consentimiento tácito del pueblo, lo que le hará rechazar la definición aportada por Azón: *Expeditus de contrariis venio ad questiones primo quod sit consuetudo. dicunt quidam quod est ius non scriptum moribus et usibus comprobatum haec diffinitio non est bona: quia non habet substantialia. nam ad confirmandum consuetudinem requiritur tacitus consensus populi.*

16 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 155. El jurista valenciano toma como referencia a AUGUSTO BARBOSA, *Collectanea docturum, tam veterum quam recentiorum, in jus pontificium quam recentiorum, in jus pontificium universum. Tomus Primus, in quo duo priores decretalium libri continentur.* Lugduni, Tit. 4, rub. *De consuetudine*, num. 5: *Iuxta quae licet mos, usus, stylus, et observantia aliquando pro eodem usurpentur; nihilominus tamen inter se maxime differunt, siquidem mos proprie sumptus consuetudo est imperfecta, ..., stylus vero nihil aliud est, quam praxis Curiae recepta, seu confirmata, ...* Vid. GOURON, A.: “Sur les origines de l’expression droit coutumier”. *GLOSSAE*, 1 (1988), p. 186, “le fondement de la coutume”, ob. cit. pp. 20 y ss.

17 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, questio 3*, num. 10 et seq.. Vid. CORTESE, E., *La norma giurica*, ob. cit., II, p. 143 y ss; MIER VÉLEZ, A., *La buena fe*, ob. cit. 221 y ss; VALLEJO, J., *Ruda equidad*, ob. cit. 122 y ss.

18 Véase, en este sentido, HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, lib. 1, rub. *De consuetudine*, num. 13, cuya clasificación fue observada atentamente: *Secunda haec est: quia praescriptio acquiritur singulari et privato. Sed consuetudo non acquiritur magis isti quam illi;* BALDUS DE UBALDIS, *Ad Tres Priores Libros Decretalium*, lib. 1, rub. *De consuetudine*, num. 1: *consuetudo est praescriptio cuiusdam civilis vel moralis observantiae quae pro lege habetur; sed mera praescriptio est alieni vel quasi alieni usurpatio;* cap. 11, num. 16: *Quaerunt doc quae differentia est inter praescriptionem et consuetudinem, et dico quod praescriptio est de rebus acquiritur, sed consuetudo est de bono et aequo servando, et de rebus disponendis.*

19 Su paralelismo en HOSTIENSIS, *Summa Aurea*. Venetiis, 1537. Lib. 1, rub. *De consuetudine*, num. 14: *Tertia est quia in praescriptione exigitur titulus ... Sed in consuetudine non requiritur titulus ... hic enim non requiritur nisi usus et tempus completum; habetur ergo usus loco tituli ...*

20 HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, lib. 1, rub. *De consuetudine*, num. 3: *Consuetudo et privilegium equiparantur: ergo consuetudo amplianda est sicut privilegium. Ded praescriptio odiosa, et ideo restringenda, ff....*

21 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 3-49, 118-124, PEDRO BELLUGA, *Speculum principum ac iustitiae*. Paris, 1.530., rub. 22, num. 66: *... in praescriptione est necessari allegato titui,*

La quinta diferencia estriba en la posibilidad que posee el soberano para derogar los *iura quaesita* de los súbditos, sin que concurra una *causa publicae utilitatis*. Y así, a juicio de Belluga, el *ius quaesitum ex consuetudine potest per principem tolli, ..., sed ius quaesitum per praescriptionem non potest tolli per principem*²².

Por último, se advierte que si para la introducción de una costumbre son suficientes *duobus vel tribus actibus*, para la admisión de la *praescriptio* se necesitaba *continuata possessione plurium actuum*²³.

La costumbre, así concebida en la obra de Belluga y Trobat, se diferencia de la mera prescripción, en que ésta tiende a la adquisición de un derecho subjetivo, mientras que la primera es, como el propio Antonio de Butrio afirmara, una fuente de Derecho: *Dico substantialem forem differentiam inter consuetudinem et praescriptionem, quia finis consuetudinis ut plurimum ordinatur in finem creandi ius ut publicum et non appropriabile sed commune, praescriptio ordinatur in finem quaerendi ius ut privatum et appropriabile, quod alii appellant dispositum, et sic consuetudo publica est lex, praescriptio privata*²⁴.

II. VALOR JURÍDICO DE LA COSTUMBRE

Delimitada conceptualmente la costumbre, la doctrina se cuestiona qué valor jurídico tuvo, y si éste pudo llegar a prevalecer, como se afirma en la decretal de Gregorio IX, sobre un derecho positivo cuando ésta fuera racional y legítimamente prescrita: *Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura ut vel iuri positivo debeat preiudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta*²⁵.

Este planteamiento lo hallamos en Pedro Belluga, al afirmar, en su rúbrica 11, versículo *His igitur*, que si el príncipe o sus oficiales van contra las buenas costumbres,

22 PEDRO BELLUGA, *Speculum principum*, rub. 22, num. 3.

23 PEDRO BELLUGA, *Speculum principum*, rub. 22, num. 4.

24 ANTONIUS DE BUTRIO, *Super Primo*, fo. 5, nun. 5. Tomo la nota de MIER VÉLEZ, A., *La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el siglo XV*. 1966, ppp. 222-223. Los criterios establecidos por la canonística, en especial el seguido por el Hostiense en su *Summa Aurea*, fueron asumidos por la doctrina estatutaria. Así ALBERICUS DE ROSATE, *Commentarii in Primam Digesti Veteris Partem*, rúb. *De legibus*, num. 105-107.

25 c. 1,X,1,14; LEYES DE ESTILO, ley 238: *Otrosí, es a saber, que cinco cosas son que embargan los derechos escripto. La primera la costumbre usada, ques llamada consuetudo en latin, si es razonable. Sobre la controversia que en el Derecho medieval se dió sobre la posibilidad de la aceptación de una costumbre contraria a una norma escrita puede ser un buen reflejo el planteamiento llevado a cabo por BARTOLUS DE SAXOFERRATO, Commentaria, rub. De legibus, lex De quibus, num. 5: dic aut consuetudo est secundum legem aut praeter legem aut praeter legem. Primo casu quandoque lex interpretatur: quandoque eam confirmat. et dicitur potius confirmatio legis quod consuetudinis, ... Secundo casu quando est praeter legem indistincte servanda est ... Tertio casu quando est contra legem subdistingue: quia aut contra legem divinam et eam abrogare non potest, quia par in parem non habet imperium ... Si vero est contra legem naturalem: et tunc consuetudo non potest eam tollere: quia est ius naturale et immutabile ... et eodem modo non potest tollere ius gentium quod est iure naturali inductum ... Si vero est contra ius civile: et tunc contra libertatem ecclesiae et non valet, ... Aut contra publicam utilitatem, et adhuc non valet contra legem, sicut nec lex, ... Si vero est contra utilitatem privatam: et tunc aut lex est derogatoria consuetudinis, aut non. Primo casu consuetudo non operatur contra legem, ... In secundo casu aut lex praecedat, et consuetudo sequitur: aut e contra. Primo casu atut consuetudo est generalis et generaliter vincit legem, ... Aut est specialis, et tunc non vincit legem generaliter, ..., et hoc obtinet nisi consuetudo esset erronea: quia tunc non habet effectum ut servetur in similibus casibus, ... Si vero praecedat consuetudo, et lex sequitur, tunc non tollit legem, Con carácter general, GOURON, A. "Coutume contre loi chez les premiers glossateurs". *Droit et coutume en France aux XIIe et XIII e siècles*, 1993, num. 9, pp. 117-130.*

esto es, las que no están reprobadas por las leyes, se actúa contra justicia, por cuanto están obligados a cumplirlas, como así lo hacen con los fueros: *Idem dicas quod si princeps vel sui officiales faciunt contra bonam terrae consuetudinem, non reprobata a lege regni, pro tali casu etiam contra iusticiam faceren, quia tenentur ad illius observantiam, et contrarium faciendo gravant partem, ... Et ideo dicit Baldus ..., quod assessores debent observare consuetudinem sicut statutum*²⁶.

No en vano, siguiendo el planteamiento de Bártolo²⁷, *et de alios scribentes*²⁸, sostiene que toda transgresión al cumplimiento de las costumbres debe ser penado como si de los *Furs* se tratara, toda vez que *consuetudo esset servanda de iure*²⁹: *Et ideo debet puniri, de transgressione consuetudinis, sicut legis scriptae: dummodo sit consuetudo publica, et notoria*³⁰.

Admitido el valor jurídico de la costumbre³¹, éste está subordinado al carácter vinculante de la ley, esto es, la costumbre tiene fuerza legal siempre que éstas sean *bonae et rationabilis*³² y no atenten al Derecho foral³³, por entender que éste prevalece sobre los *mores* - *Ideo dixi contra consuetudinem non reprobata a lege regni ... Et ideo contra fores, et consuetudines regnorum, prohibita sunt consuetudines, et non potest consuetudo allegari contra forum. Et hoc bene potest virtuti fori introduci, quia ius scriptum, vincit non scriptum*-. Criterio que le lleva a sostener que, en defecto de ésta *consuetudo quae pro lege servatur*³⁴, *consuetudo et privilegium aequiparan-*

26 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rubrica 11, versículo *His igitur*, num. 5-6; rubrica 22, versículo, *Et quia quotidiana*, num. 39: *Item id videtur melius probari posse quod iudices teneantur servare consuetudinem, ..., imo ibi dicit Bartolo quod iudex de per se debet illam quaerere, merito debeat servare consuetudinem maxime praescriptam, per quam merum imperium est translatum in militem vel alium praescribentem*.

27 La razón, a juicio de autores, ANTONIUS DE SAXOFFERATO, *In Primam Digesti Veteris Partem, Commentaria*, rub. *De legibus, lex 21*, num. 7, se halla en que la costumbre *est paris potentiae cum lege*; asimismo, BALDUS DE UBALDIS, *Ad Tres Priores Libros Decretalium Commentaria*, lib. 1, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 44: *... sed dico quod ubi non deficit lex, valet consuetudo*.

28 Véase, entre otros autores, ANTONIUS DE BUTRIO: *Super Prima Primi Decretalium Commentarii*. Venetiis, 1578. Rúb. *De Consuetudine*, cap. ultimo, ff. 84 ra: *Et dic ad Si constat, quod vel illa (consuetudo) erit generalis omnium, vel in assueta pro publica utilitate, et non totaliter privata*.

29 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rubrica 24, versículo *Et primo videamus*, num. 12: *Hanc consuetudinem multum dico attendendam, quia cum sint iura consuetudinaria illius consuetudine, dicimus observandam. ... Nam minime sunt mutanda quae longam consuetudinem habuerunt ... ex quo ex lege vel consuetudinis dipositione vocatur*.

30 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rubrica 27, versículo *Milites*, num. 34: *... ita debent observare consuetudinem sicut statutum, et ita debent puniri sicut transgressione legis scriptae, dum modo sit consuetudo publica et notoria ... quia in statutis non habet locum argumentum de eo de quo est maior ratio ad id de quo est minor ratio, neque habet locum fictio, et ita dicit servari consuetudine, ...*

31 PEDRO 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, ...*

32 PEDRO 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 abstineant. Nam transgressores bonae et rationabilis consuetudinis, ut legis transgressores, puniendi sunt, nam ampliorem potestatem habet consuetudo, quam privilegium vel lex*.

33 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rubrica 11, versículo *Ex quo praediximus*, num. 1: *quia contra fori dispositionem nequit consuetudo allegari, et ius fororum potest consuetudinem reprobare*, rub. 22, versículo *Sed pone*, num. 14: *Neque obstat si replices quod contra forum nequit consuetudo introduci, quia potest dupliciter solvere: ...*

34 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rubrica 4, versículo, *ut vocati ad curiam personaliter veniant, cessante impedimento*. Criterio que toma 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*.

tur³⁵, toda vez si la costumbre atenta al derecho *potest per principem tolli, qui potest reprobare et suppressere consuetudine*³⁶.

El carácter subsidiario de la costumbre, con relación al fuero, se reitera no sólo como un criterio propio del reino de Valencia, sino extensible a la Corona de Aragón: *Item debet princeps, et alii iudices, bonas tenere consuetudines observare, ... Et istae in Aragonia observantiae notantur, et ita princeps in Aragonia illas iurat quemadmodum foros, et non est mirandum cum habeant vim legis, ... Si ergo casus non esset a lege regni provisus, standum est longevae consuetudini, lege diuturna ff. de legibus*³⁷.

Esta concepción, nos dirá el tratadista valenciano, posee tres excepciones, a saber: la primera hace referencia al valor de las costumbres que, por ser tan antiguas y estar legítimamente prescritas, *vincit legem*³⁸; la segunda se hallaría en la posibilidad de introducir nuevas costumbres si expresamente el legislador hubiera incluido la cláusula *non obstante*, en cuyo supuesto *contra talem legem bene potest consuetudo de novo introduci*³⁹; por último, se admite la inversión del orden de prelación de fuentes en el supuesto en que se incumpla con la prohibición de la venta del poder jurisdiccional⁴⁰.

En análogo sentido se manifestará la doctrina del *mos italicus* tardío, al sostener que la costumbre, siempre que no sea contraria a la razón, a los fueros y a los privilegios⁴¹, debe observarse en el reino⁴², por cuanto tienen fuerza de ley: *Consuetudines legitime praescriptae, non contrariae foris, et privilegiis, debent in Regno observari tanquam lex, et juxta eas debet judicari, ex juris principio docente debere observari pro lege, et vim legis habere consuetudines legitime praescriptas*⁴³.

35 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúbrica 22, versículo, *Et quia quotidiana*, num. 11 y 32

36 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúbrica 22, versículo, *Et quia quotidiana*, num. 13.

37 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúbrica 11, versículo *Restat*, num. 6.

38 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúbrica 32, versículo *Populati ad forum*, num. 3: ... *quoniam hoc ex consuetudine tam antiqua, cuius initium non est memoria, et sic legitur praescripta et vincit legem*. Contradice el tenor de C. 8,53,2: *Consuetudinis usque longeavi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*.

39 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúbrica 11, versículo *His igitur*, num. 7.

40 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rub. 22, num. 1: *quod ideo prohibitum est, ne iurisdictiones vendantur, ne subditi graventur per illarum empoteres illicitis extortionibus, ... Et ido antiquitus, neque iurisditio neque merum imperium vendi neque obligari poterat, licet de consuetudine sit usurpatum, ..., Baldus, ibi dicit quod ratio est quia consuetudo vincit legem,*

41 Por entender, a juicio de la doctrina, que cabe reprobar una costumbre cuando ésta contradice los fueros y los privilegios. Así, NICOLÁS BAS Y GÁLGERÁN, *Theatrum Iurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae*. Valencia, 1.690. *Pars 1, Praeludium*, num. 37: *Debet, prout diximus in Regno juxta foros judicari, etiam si aliqua consuetudo, aut stylus contra illos fuerit introductus, nam prohibitum particulariter habemus in Regno, quod adversus foros allegetur consuetudo, observantia, aut usus, ..., et de simili prohibitione allegandi consuetudinem contra statutum ...*; num. 131: *Intellige tamen haec quae docemus, quando consuetudo non est contra foros, et privilegia, nam si contarietur fori, et privilegiis Regni, no deberet juxta consuetudinem judicari, quia improbatum consuetudo, contra foros, aut privilegia*.

42 Lo que permitirá afirmar a Matheu que las mismas únicamente se podrán aplicar dentro del Reino, no pudiéndose extender, por lo tanto, más allá del mismo. LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali*. Lugduni, 1675. *Controversia* 26, num. 41: *Quibus addi poterat, quod Doctores pro fisco adducti, potius consuetudines locorum comprabant, quam jura tradunt quibus sua sententia nitatur: et cum consuetudo stricti juris sit, ita ut extendi non possit de loca ad locum*.

43 NICOLÁS BAS Y GÁLGERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 128; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, observatio* 1, num. 162: *Nec enim Consuetudinis tam magna est potestas aut vis, ut non possit legibus vinci. Ipsa enim obtinet vim legis; sed non majorem*; PEDRO A. MORLÁ, *Emporium utriusque iuris quaestionum in usu forensis ad modum frequentium*. Valencia. 1599. *Summariium Praemissorum*, num. 24: *Neque obstat, quod consuetudo rationalis, quae a populo induci potest, vim legis habeat*.

III. REQUISITOS

Una vez determinado el valor jurídico de la costumbre, la literatura valenciana, siguiendo los postulados de los postglosadores y decretalistas⁴⁴, establecen una serie de requisitos que, por su propia naturaleza, determinan la *vis iuridica* de la *consuetudo*, a saber: racionalidad, el compromiso, el tiempo, la buena fe, su conocimiento por parte del monarca o la prueba de su uso continuado⁴⁵.

III.1. *Quod sit rationabilis*

El requisito de racionalidad fue prontamente asumido, tanto por la tradición textual como por literatura romanística⁴⁶, como un elemento imprescindible a toda norma jurídica: *Notatur ad hoc*, -afirma Barbosa- *quod consuetudo ad hoc ut valeat, debet esse rationabilis*⁴⁷.

En esta misma línea de pensamiento se halla la doctrina foral valenciana⁴⁸, para la cual la costumbre, si se encuentra desprovista de esta característica, no podrá alcanzar la categoría de ley -*non posset valere*-⁴⁹.

La primera referencia expresa a este requisito la hallamos en la obra de Belluga, quien viene a dar un contenido positivo a la racionalidad, al entenderla como un elemento constitutivo tanto de la ley como de la costumbre⁵⁰.

En este sentido, entenderá, siguiendo el planteamiento de buena parte de los decretalistas medievales⁵¹, que la prohibición de una costumbre, cuando ésta no viene

44 BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem, comentaria*, rub. *De legibus*, lex 21, num. 3: *Item notatur quod ad esse consuetudinis requiritur longum tempus, ut hic, et tacitus consensus populi, ... Item requiritur frequentia actum*. Vid. MIER VELEZ, A., *La buena fe*, ob. cit., pp. 169-224; FORNÉS, J., "La costumbre *contra legem*, hoy". *La norma en el Derecho canónico*. I. pp. 754-771; ARIAS, J.: "Valor normativo del acto *contra legem*". *La norma en el Derecho canónico*. I. pp. 863-868, BALBI, R.: "Riflessioni sulla legge nel *Decretum* di graziano". *El Dret Comú i Catalunya*. 1996, pp. 127-156.

45 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, questio* 14, art. 6, num. 61: *... requisitis consuetudinis, quod sit rationabilis, animo inducendi eam, et non per errorem a populo, cum consensu Principis, et quod sit legitime praescripta,* Requisitos que CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 2, observatio* 63, num. 15 reduce a tres: a un reconocimiento tácito de la comunidad, a una continuidad de los actos y a una vigencia prolongada en el tiempo: *Ad esse consuetudines, sive haec sit ad legem abrogandam, sive ad ejus observantiam semel deletam restituendam, tria necessario desiderantur. Primo, tacitus consensus populi. Secundo, frequentia actuum. Tertio, longum tempus.*

46 Criterio que se halla presente en toda la tradición textual. Vid. C. 8,52,2; Nov. 24,3; c. 11,X,1,4: *Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura ut vel iuri positivo debeat preiudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta*; S. THOMAE, *Summa Theologicae*, I-II, *quaestio* 97, art. 3, *in c.* Con relación al Derecho canónico, ARIAS, J., "Racionalidad y buena fe en la introducción de la costumbre". *Ius Canonicum*, IV (1964), pp. 65-100.

47 AUGUSTINI BARBOSAE, *Collectanea Doctorum*, tit. 4, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 11;

48 Criterio que se halla presente en buena parte de la literatura jurídica de la Corona de Aragón. Vid. LUDOVICO PEGUERA, *Decisiones Aureae. Barcinonae*, 1605. Lib. 1, cap. 66, num. 12: *Consuetudo rationabilis contra ius positivum inducat tenet et est servanda. Contra vero ius divinum et naturale corruptela sensendum est et sit rejicenda.*

49 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, nums. 69-70: *... sufficere consuetudinem esse rationabilem, ut vincat legem, ...*; FRANCISCO J. LEÓN, *Decisiones*, lib. 1, decisio 29, num. 5: *Licet inquit non modica sit vis consuetudinis, non tamen tantum potest, ut rationem vincat, aut legem.*

50 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúb. 11, versículo *His igitur*, num. 7.

51 ANTONIUS BUTRIUS, *Super Primio Decretalium*, rub. *De consuetudine*, tit. 11, num. 8; IOANNES ANDREAE, *In Quinque Decretalium Libros Novella Commentaria*, rub. *De consuetudo*, cap. 11, num. 43.

precedida de un razonamiento motivado, no impide la alegación de aquella cuando se pueda alegar una nueva razón o un nuevo supuesto de aplicabilidad *-et tunc contra tale ius, posset induci nova consuetudo. Et hoc dicunt doctores ...*⁵².

Posteriormente, la doctrina del *mos italicus* ha venido a subrayar o a matizar algunos aspectos que este requisito tenía en el ámbito de la praxis jurídica.

La referencia más explícita a este requisito la hallamos en Trobat, para quien, apoyándose en la autoridad textual del *Codex* 8,52,2⁵³ y en la *communis opinio*⁵⁴, sostendrá que la costumbre, cuando es racional, no posee menor autoridad que la ley, por lo que, faltando esta característica esencial, no podría prevalecer en el tiempo⁵⁵.

La dificultad deviene al determinar qué se entiende por la *rationabilitas* de una costumbre⁵⁶, toda vez que la doctrina no ha aportado una regla cierta que determine el grado de racionalidad, lo que podría llevar a que la vía judicial se convirtiera en la garante del cumplimiento de los aspectos fundamentales de la misma⁵⁷.

52 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúbrica 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, quia ex quo habet repugnantiam iuris in dubi praesumitur irrationabilis, ... sequitur, quod talis consuetudo tanquam ratione carens, postea esset invalida. Et hoc est verum, nisi nova ratione consuetudo iuarentur, ut dixit domini Anthonius de butrio*. En análogo sentido, JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis*, quaestio 14, art. 6, num. 73-76: *vel consuetudo est a lege damnata, tanquam improba, vel tantum revocata, quia vult pristinam consuetudinem tollere, in primo casu: consuetudo induci non potest contra legem, quia nunquam potest rationabiliem esse; bene vero in secundo: quem casum iterum sub distinguit, aut lex simpliciter tollit consuetudinem, nec apparet de fine quare lex illam tollit, et tunc, aut consuetudo iuvatur de nova ratione, seu utilitate, et valet consuetudo, aut non iuvatur nova ratione, seu utilitate; et tunc non valet, quia ex quo habet repugnantiam iuris, indubio praesumitur irrationabilis, et idem dicendum est, quando ob aliquam rationem improbat eam, et tunc consuetudo, nisis cessante ratione, vel nova non iuvante, admitti non debet, ...*

53 C. 8,52,2: *Consuetudines ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*. Con relación a este texto puede verse, LOMBARDI, G., "C 8,52(53)1". *SDHI*, 17 (151), pp. 281-287; "Su título "quae sit longa consuetudo" (8,52 (53) nel Codice giustiniano". *SDHI*, 18 (1952), pp. 21-87.

54 ANTONIUS BUTRIUS, *Super Primio Decretalium*, rub. *De consuetudine*, tit. 11, num. 8: *Ad primum formale consuetudinis, verum, quod consuetudo sit rationabilis, ... Ergo tendum, quod consuetudo irrationabilis non valet* Dentro de la propia doctrina valenciana, PEDRO A. MORLÁ, *Emporium, Summarium Praemissorum*, num. 24: *Neque obstat, quod consuetudo rationabilis, quae a populo induci potest, vim legis habeat.*

55 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis*, quaestio 3, num. 85-86: *De primo requisito, nempe: rationabilis, non est dubitandum, quam vis sit contra legem civilem, ... Et sic sequenda est doctrina asserentium, quod debet esse rationabilis, ..., quia consuetudo non habet minus auctoritatis, quam lex, et haec, secundum dictum canonem, debet inter alia esse rationabilem, et in dicta l. 2 C. quae sit longa consuetudine. Dicitur, loquendo de consuetudine: Non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem. Taliter, quod consuetudo, quae non est rationabilis, cursu temporis non convalescit, sed est quasi obstinata, ..., licet etiam longevae consuetudinis non sit villis auctoritas: non tamen eiusque adeo valitura, ut vel iuri positivo debet praeiudicium generare, nisi fuerit rationabilis, et legitime sit praescripta,* Asimismo, PEDRO A. MORLÁ, *Emporium, Pars 1, Summarium praemissorum*, num. 24: *quod consuetudo rationabilis, quae a populo induci potest, vim legis habeat,*

56 La ausencia de una regla común se halla presente en buena parte de la literatura medieval. Véase, a modo de ejemplo, ANTONIUS BUTRIUS, *Super Primio Decretalium*, rub. *De consuetudine*, tit. 11, num. 14: *Sed dubium est, quando dicatur rationabilis consuetudo:*

57 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis*, quaestio 3, num. 92-93: *Maiores difficultates DD. est in examine cognoscendi: quando consuetudo erit rationabilis? Et omissis opinionibus adductis a Ferosino, ..., Quia asserit: non esse regulam certam ad discernendum consuetudinem esse rationabilem, et sic remanere ad arbitrium iudicantis; attendenda est doctrina Panormitani, qui ponit regulas, quibus iudex possit terminare iudicium, ..., quod non sit inductiva peccati, neque contra bonum publicum; quaestio 14, art. 6, num. 71-72: Et ut cognoscatur rationabilitas consuetudinis, inspicere debet si ei tres consuetudinis, inspicere debet si ei tres comites assistunt, ut sunt, ut religioni conveniat, congruat disciplinae, et saluti prospiciat, ... esse arbitrium in iudice.*

Ante las posibles discusiones que sobre la racionalidad se pudieran fundamentar, sostiene, siguiendo el criterio del Abad Panormitano, que si bien debe de ser el juez quien, en última instancia, determine la racionalidad de la costumbre, cabe entender que se da ésta, no cuando se aporte un argumento de autoridad incontestable, sino cuando la misma atribuya *aliquod bonum motivum*, esto es, cuando no se oponga al derecho divino, al derecho natural o al bien común⁵⁸.

III.2. *Quod non sit inducta per errorem*

Una vez admitido que la costumbre debe de ser racional y no contraria a la ley, la doctrina foral, consolidando la tradición textual de *Corpus Iuris*⁵⁹, sostendrá la necesidad de que la misma debe venir revestida de todas las cualidades necesarias para su consolidación, esto es: que se introduzca *ex certa scientia* y no por error: *Consuetudo debeat esse inducta ex certa scientia, et non per errorem*⁶⁰.

Esta afirmación tan restrictiva tiene el valor de un principio general, que, a su vez, puede verse limitado en virtud de la naturaleza del error, así como del ánimo con que se exterioriza la aplicabilidad de la norma tácita, a saber: *si sunt facultativi, ..., nunquam fiunt animo inducendi consuetudinem, ... Sed si sunt talis qualitatis, quod ex ipsa videatur intellexisse, ..., tunc est intelligendum, esse inductam animo inducendi eam*⁶¹.

En segundo término se entiende que se ha de valorar la sustantividad del error, lo que lleva a la doctrina a distinguir entre error manifiesto, probable o dudoso. En el primer supuesto, *certum est, quod induci non potest consuetudo*, lo que permitiría excepcionar la venta llevada a cabo por un menor sin autorización previa de su tutor⁶².

58 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 93-95: *attendenda est doctrina Panormitani, qui ponit regulas, quibus Iudex possit terminare iudicium, loco supra citato, ..., quod non sit inductiva peccati, neque contra bonum publicum, et orta ex aliqua ratione iusta; ..., quod non est necesse, ut sit ratio tam efficax in consuetudine, quod sit inconvincibilis propositio, sed sufficit aliquod bonum motivum, ..., quod dum consuetudo non sit contra ius divinum, vel naturale, vel contra bonum publicum, dici non potest irrationabilis, neque nutritiva peccati, ...* Criterio que fue seguido por la mayoría de la canonística. Vid. AUGUSTINI BARBOSAE, *Collectanea Doctorum*, tit. 4, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 11: *Item quae continet bonum, honestum, et honorabile, ..., Item et illa, quam Ecclesia approbat, vel saltem quae peccatum nec continet, nec nutrit, ..., ubi etiam asserit quod per contrarium irrationabilis dicitur consuetudo, quae peccatum nutrit, ut si inhonesta, et turpis sit, vel si scandalosa, vel cum aliquem indebite gravat, vel si bono communi, aut libertati Ecclesiasticae. Demum arbitrio iudicis relinquitur quando dicatur rationabilis consuetudo, ..., ubi dicit iudicem informando animum suum ponderare debere utrum finis consuetudinis sit bonus, et an ea sit aliqua justa ratione inducta, et utrum jus approbat similem consuetudinem, vel reprobet.*

59 D. 1,3,39: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet; Decretum c. 8, D.8; HOSTIENSIS, Summa, rub. De consuetudinis, num. 7: Sed si erronea est non erit rationabilis nec consensu inducta; num. 15: consuetudo erronea non iuvat; BARTOLUS DE SAXOFERRATO, Commentaria, rub. De legibus, lex De quibus, num. 6: Recte initiatum: ideo dixi: quia si esset per errorem introducta non observaretur. Vid. CALASSO, *Medievo*, ob. cit., p. 202 y ss; FEDELE, P., *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*. Milano, 1937-XV, en especial cap. 3, pp. 61-100; CORTESE, E., *La norma giuridica*, II, ob. cit., pp. 104-114; CORTESE, E., voz *Errore*, *Enciclopedia del Diritto*, XV, p. 244.*

60 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 106; *asimismo, num. 96: De secundo autem, nempe: quod non sit inducta consuetudo per errorem, num. 101: Nam et si verum sit, quod nihil magis contrarium consensui, quam error, ..., quod in veritate non erat iuris, maneret destructa consuetudo, taliter: quod postea in eisdem actibus consuetudinis, non obtinebit ex defectu voluntatis, ob errore, quia semper debet praevalere veritas, ...*

61 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 96.

62 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 102-104: *Sed haec omnia temperanda sunt, distinguendo, aut error est tam manifestus, quod dubio caret, vel probabiliter potest*

Por el contrario, no cabe hablar de nulidad cuando los términos pudieran ser ambiguos o sujetos a interpretación⁶³.

Por último, se afirma que si el error que motiva el *consensus* es un *error in substantia*, esto es, es un error en la racionalidad, dada su relevancia jurídica, vicia la causa eficiente y formal de la costumbre: el consentimiento de la comunidad⁶⁴.

III.3. *Quod sit praescripta*

La necesidad de que la costumbre fuese *antiqua et praescripta* se halla planteada en la obra de Belluga, ya sea para reconocer el valor jurídico de la misma, o bien para verificar la posibilidad de poder obtener la jurisdicción del mero imperio a través de la *consuetudo*.

Con relación al primer aspecto, se limita a recoger la formulación dada por la tradición romanística⁶⁵, en virtud de la cual una costumbre *tam antiqua, cuius initii non est memoria, et sic legitur praescripta, et vincit legem*⁶⁶.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, el jurista valenciano entiende que si bien usurpar el poder de jurisdicción al rey podía atentarse contra la *plenitudo potestatis* del monarca, en cuanto que *omnis iurisdictio manat a principe*⁶⁷, sí cabe admitir la obten-

celari; si primum, certum est, quod induci non potest consuetudo; sicut dicitur de exceptione notoriae nullitatis, in ordine ad sententiam, quae ipso iure reddit eam nullam, ut si diceretur: pronuntio venditionem esse legitime factam, quia impubes propria autoritate vendere potest, et restitutio in integrum introducta est favore maiorum, et non minorum, ...; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, Observaciones, Pars 1, observatio 63, num. 26: Sed si expressum habet juris errorem, nullitate notoriam labotat, et nullius momenti est,

63 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 105: *si secundum, nempe: quod lex habet plures sensus, et oculis corporeis discerni non potest, sed requirit interpretationem, et habet ambiguitatem, tunc, nec sententia potest dici nulla ipso iure, sed indiget appellatione,*

64 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, nums. 106-108: *Idem procedit, et dicitur de consuetudine, ex Abbate Panormitanus, Glossam ..., consuetudo debeat esse inducta ex certa scientia, et non per errorem, tamen: si per errorem fuit introducta, non debet extendi ad casum similem, verum servanda est in casu suo, ex quo populus consensit in illam consuetudinem, credens forte hoc esse iuridicum, et rationabile; sed ubi esset tantus error, quod tolleretur consensus populi, tunc procederet Glosa, Vid. ACCURSIUS, Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis, rub. De legibus, lex 39, gl. Quod non ratione: Casus. Consuetudo, quod est Boniae, ut si dominus vini imposuerit manum ad plastrum etiam ad adivandum, ex tunc sit suum periculum: per rationem est, et per errorem inducta: non ergo obtineti in alio liqua mine, licet potestea fuerit approbata ex certa scientia, vel ex tacito consensu: vel dic aliter, ut licet in vino Titii tenuerit, et fuerit semper eum iudicatum in vino, et sic ut videtur quod obtineat in persona alterius: non tamen etiam tenebit in vino in persona alterius, quod cuius fuerit indicatum: cum enim consuetudo non sit sine consensu, ..., quod non est consuetudo: sed cum nihil sit tam proprium consensui, quam error; qui detegit imperitiam, ...; NICOLAUS DE TUDESCHIS, Commentaria, rub. De consuetudinis, cap. 11, num. 12: servanda est in casu suo ex quo populus consentii n illa consuetudine, credens forte hoc esse iuridicum et rationale, sed ubi esset tantus error quod tolleretur consensus populi tunc procederet glosa et non esset consuetudo introducta quia deficeret causa efficiens, scilicet ipse consensus populi.*

65 BALDUS DE UBALDIS, *Ad tres priores libros Decretalium commentaria*, lib. 1, rub. De consuetudine, cap. 11, num. 1: *Cum tanto Iuri naturali cuius transgressio inducit periculum salutis, non potest per consuetudinem derogari. Item consuetudo non tollit ius positivum nisi sit rationabilis, et legitime praescripta.*

66 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúb. 32, num. 3. Con anterioridad, rub. 23, versículo *Sed pone*, num. 13: *Nam talis consuetudo praescripta, habet vim tituli et privilegii. Criterio que se halla extendido en toda la Corona de Aragón. Vid. MIGUEL DE MOLINO, Repertorium fororum fororum et observantiarum Regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis. Zaragoza, 1.585. V. Consuetudo, fo. 73: Advertere tamen, quia aliqui foristae dicunt et forte bene, quod illud, quod dicimus, quod ex consuetudine potest quis sibi acquirere iurisdictionem, procedit, quando consuetudo talis est praescripta: et est tanti temporis, de cuius initio memoria hominum non extat.*

67 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúb. 22, num. 1: *Scias ergo quod licet antiquitus omnes iurisditiones essent penes principem, et derivatur in suos regios officiales, et penes illos quibus illarum administrationem committebat, ... ; num. 9: Sed nunquid consuetudine vel praescriptione poterit quaeiri iurisditio, et merum imperium per subditos regis.*

ción de la misma cuando viene precedida de una costumbre de cuyo inicio no se tiene memoria –*et tunc est necessarium tantum tempus, cuius initii non sit memoria*–, de un ejercicio no perturbado por el monarca, de una prescripción interrumpida o de una obediencia explícita del adquirente⁶⁸, requisitos que permiten dotarla de eficacia normativa, así como de la presunción de la necesaria *communio* entre el monarca y la sociedad.

Probada así la prescripción inmemorial, sus beneficiarios podrían hacer uso de la jurisdicción del mero y mixto imperio⁶⁹ al ser concedida ésta como un privilegio, al que la costumbre se equipara, *nam talis consuetudo praescripta, habet vim tituli et privilegii: sic usi sunt talem consuetudinem praescriptam, possunt in iudicio praetendere, et ex ipsa obtinere, quia talis consuetudo dat ius et privilegium*⁷⁰.

Este requisito se consolida con la doctrina posterior, al concebir la *praescriptio* como el transcurso de tiempo necesario para que la costumbre adquiriera eficacia normativa, incluso con independencia del requerido *consensus legislatoris*: *Consuetudo non est, nisi sit praescripta*⁷¹.

Así, una vez admitido que la costumbre ha de ser racional y no inducida por error, la jurisprudencia valenciana se aviene a consolidar la idea de que la costumbre, en cuanto voluntad de un pueblo, se manifiesta por el largo uso, tiempo que *secundum leges dicitur longum*. Y así, con precisa formulación, se argumenta que si bien ninguna costumbre puede suplantar el derecho divino o natural⁷², porque se induciría al pecado, sí cabría ésta con relación al derecho civil, siempre y cuando concurran los requisitos de racionalidad y de legítima prescripción: *Consuetudo nequit allegari contra legem, si legitime non est praescripta*⁷³.

Este criterio llevará a autores como Crespí o Trobat a invertir la afirmación que sostiene que la derogación de los fueros no puede darse al margen de las Cortes, por entender que una costumbre legítimamente prescrita tiene la misma *vis iuridica* que el

68 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúb. 22, num. 65: *tunc requeritur tempus cuius contrarii memoria non existat, quia causam habet discontinuam, ... Primo actum superioris scientis et patientis superiorem appellat eum, ... Secundo actum praescibentis, et iste in genere suo est continuus, ... Tertio factum inferioris obediens, quam obediens pati et silentii, non est dubium quod est continua,*

69 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúb. 23, num. 14: *Item princeps concendo istis baronibus, omne merum et mixtum imperium, et omnimodam iurisdictionem, vel ipsi illa querendo ex consuetudine ab antiquo,*

70 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rúb. 22, num. 72; num. 10: *Et scias quod licet tam consuetudo quam praescriptio sint modi quaerendi iurisdictiones et domina vel quasi, nam consuetudo et privilegium aequiparantur.*

71 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, nums. 125-136: *Sicut autem praescriptio habet tempus a lege diffinitum, ita consuetudo, et in hoc conveniunt; et ideo dicitur haec lex praescripta, quasi longo tempore observata, et inducta, ut probatur; ex l. diuturan, ff. de legibus, l. 1, C. quae sit longa consuetudo; et ideo quando loquitur de consuetudine, intelligitur in ure de praescripta, ..., cum non sit consuetudo, donec sit praescripta,*

72 Principio que se recoge de S. THOMAE, *Summa Theologica*, I-II, *questio 97*, art. 3 *ad 1*, y que se halla presente en buena parte de la doctrina medieval. Vid. ALBERICUS DE ROSATE, *Commentarii in Primam Digesti Veteris Partem*, rub. *De legibus, lex 29*, num. 23: *Consuetudo contra legem divinam, et ius naturale non valeat.*

73 NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 38, quien, siguiendo el criterio establecido en C. 8,52,2- *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem- afirma: Et dispositiones forales praedictae, non deviant a iuris communis dispositionibus, juxta quas, stylus, aut consuetudo contra legem, observari non debet, nec subsisti, ut vincat legem, ..., saltem quando non est legitime praescripta; JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, nums. 95, 131; FRANCISCO J. LEÓN, *Decisiones Sacrae Regiae Audientia Valentinae*. Matriti, 1.620. Lib. 1, *decisio 52*, num. 8.*

príncipe y la comunidad para derogar las normas forales: *Neque obstat vulgare argumentum, quod fori non possunt derogari, nisi in Curiis, ... respondetur ...: quod consuetudo legitime praescripta eandem vim habet, ac si populus cum Principe legem derogatariam conderet*⁷⁴.

Con relación al tiempo requerido para que una costumbre se consolide, Trobat, argumenta que éste es variable según el tipo de costumbre.

Así, si se habla de costumbre *contra legem*, el requisito de un *legitimo tempore inducta contra legem* adquiere idéntica trascendencia al de la razonabilidad o al de la exteriorización de un número de actos coincidentes, lo que no impide que, a falta de una regla cierta, se pueda recurrir, en algunos supuestos, al arbitrio judicial⁷⁵.

Con todo, el jurista valenciano sostuvo, siguiendo el criterio mayoritario dentro de la *communis opinio* medieval⁷⁶, que la costumbre *contra legem* se consolida con el consentimiento de la comunidad manifestado durante un tiempo prolongado: entre treinta y cuarenta años *sine interruptione* y *sine controversia*; plazo suficiente para que se pueda conformar una *consuetudo legitime praescripta: Et ideo. Si quis probasset uniformes actus consuetudinis, per tempus quadraginta annorum, probati legem contrariam iuri scripto*⁷⁷.

Este criterio, nos dirá Trobat, fue acogido por la praxis del reino de Valencia, como lo demuestra una regia sentencia dictada el 26 de julio de 1603, en la que se declara que la derogación de las penas *per Regiam sententiam impositas, non obstante For. 19 de iudiis*, ha de ser estimada nula, no tanto por contravenir el tenor del mencionado precepto, como por no estar legítimamente prescritas las costumbres sobre las que se apoyaba su remisión: *cum non esset legitime praescripta, nam actus quibus iuvabatur, non comprehendebant actus triginta annorum*⁷⁸.

Asimismo, si la costumbre es *praeter legem*, en cuanto que se recurre en defecto de ley aplicable, el criterio de *longum tempus* se reduce a diez años⁷⁹.

74 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, questio* 14, art. 6, nums. 100-102; CRIS-TOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 2, observatio* 63, num. 21.

75 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 3, nums. 129-130: *Et ante omnia praenotandum est: quod et si in iure vidatur, tam canonico, quam civili, non esse diffinitum quantum tempus requiratur ad inducendam consuetudinem, quae vim legis habeat, neque quot actus requirantur, ..., de quo infra sed remanere ad arbitrium iudicantis.*

76 AUGUSTINUS BARBOSAE, *Collectanea doctorum*, Tom. 1, tit. 4, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 13: *Consuetudo, ut legitime dicatur praescripta, requiritur de jure Civili, et in temporalibus decem annorum curriculum de jure Canonico, et contra Ecclesiam quadraginta annorum spatium.* Vid. GAUDEMET, J., "La coutume en droit canonique". En *RSJB, LII: La coutume-deuxième partie: Europe occidentale médiévale et moderne.* De Boeck, 1990, pp. 51-54.

77 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 3, nums. 131-135. Con relación a Cataluña, entiende que cuando se menciona este plazo de treinta años se está hablando de prescripción estrictu sensu y no de costumbre: *in Cathalonia, neque praescriptio, neque consuetudo inducitur minori spatio, quam triginta annorum, ex Mieres, ... Et ex decisione Senatus, quia in Cathalonia, non acquiritur ius, nisi per dictum tempus, et certum est, quod ibi non liquitur de consuetudine, sed de praescriptione, ...;* NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum jurisprudentiae, praeludium*, num. 133: *Et si consuetudo fuerit contra jus commune, non sufficit tempus 10 annorum, sed requiritur 40 annorum tempus.*

78 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, nums. 98-99.

79 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 3, nums. 136: *Consistit essentia consuetudinis praeter legem, in constituendo ius novum, dum deficit lex, ... Tempus ad inducendam eam est decem annorum, ..., et ratio est: quia communiter requiritur longum tempus, ..., et longum tempus in iure est decem annorum;* NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum jurisprudentiae, praeludium*, num. 133: *Ut apud nos introducatur consuetudo, sufficit tempus decem annorum, cum ad inducendam consuetudinem praeter jus, juxta veriore sentiam sufficit decenii tempus, ...* Este es el plazo que propone Bártolo, rechazando así el cri-

Por el contrario, si la costumbre es *secundum legem*, esto es, aquella que confirma o interpreta las dudas de la ley, se entiende que no se necesita la prescripción, por cuanto no es propiamente una costumbre⁸⁰, lo que no impedirá que pueda llegar a prevalecer sobre la propia ley cuando proceda a aclarar o corregir alguno de sus términos⁸¹.

Para corroborar esta argumentación, Crespí aporta el comentario al fuero 52, rúbrica *De criminibus*, en el que se sostiene la necesidad de que se dé el binomio prueba plena-condena en el ámbito penal –*Regula et Forus, Ut nemo in criminalibus condemnetur, nisi probationibus claris*-. Pero, como el propio autor confirma, la realidad de la práctica jurídica conlleva que esta máxima se pueda matizar, llegándose a admitir, según los grados de culpabilidad, la imposición de una pena ordinaria *ex indubitatis iudiciis in Tribunalibus superioribus*, lo que permite adquirir a esta costumbre judicial *vis iuridica* sin que sea necesaria su prolongación en el tiempo –*in ea non esse necessariam praescriptionem*⁸²-.

III.4. *Quod maior pars populi consueverit*

Asimismo, para que la costumbre obtenga *vim legis*, se exige, como afirmara Baldo a un comentario de Juliano, no tanto el transcurso del tiempo como el *animus inducendi consuetudinem*⁸³, el cual debe venir precedido por un tácito *consen-*

terio establecido por Azón y, posteriormente, por Accursio en su *Glossa Magna*. Vid. AZO, *Summa super Codicem*, rub. *Quae sit longa consuetudo: Et quidem longa consuetudo dici potest illa quae X vel XX annorum inducitur. Multomagis longissimo tempore XXX vel longevo XL* Por el contrario, BARTOLUS DE SAXO-FERRATO, *Commentaria*, rub. *De legibus, lex De quibus*, num. 9: *Quaero que requirantur ad esse consuetudinis, glo. Dicit quod requirit diuturnitas tempis. Quaero circa hoc quantum tempus requiratur, gl. hic et, in lege diuturna, eodem dicit, quod requiritur tempus X vel XX annorum. Hoc probatur per Ultramo. quia tempus consuetudines est uniforme, ..., unde dicunt alii quod requirit tempus cuius contrarii memoria non existit, sed hoc est falsum: quia lex dicit diuturna, et sic. Et quod est diuturnum tempus habes, C. de praescriptione longi temporis per totum, hoc est tempus X annorum. Teneas ergo, quod sufficit tempus decem annorum. Este criterio, si bien se convirtió en norma para la mayoría de la doctrina -AUGUSTINUS BARBOSAE, *Collectanea doctorum*, Tom. 1, tit. 4, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 14: *Si tamen sit consuetudo praeter jus, etiam de Iure Canonico solum decem annorum spatium requirit*-, fue reprobado, entre otros, por ANTONIUS DE BUTRIO, *Super Prima Primi Decretalium Commentarii*, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 39, por entender que era un criterio demasiado genérico: *Quod decem anni sufficiant, tenet Bartholus, in lex de quibus, et haec est communis opinio. Legistarum: nec distinguunt, an sit contra legem, vel praeter, ...**

80 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, observatio 1*, num. 15: *consuetudo interpretativa non requirit praescriptionem*; FRANCISCO J. LEÓN, *Decisiones*, lib. 1, *decisio 29*, num. 9; JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, nums. 143-144: *Consuetudo secundum legem est, qua legis dubia interpretantur, vel confirmantur, l. 37, ff. de legibus, ..., quae autem consuetudo, non est proprie talis, ut omnes affirmant, nam non requirit praescriptionem*.

81 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, nums. 145-147: ..., et si non sit proprie consuetudo, supremam potestatem habet, ..., etiam si videatur contra verba fori, et aliquo modo corrigi in aliqua parte, et sequenda sit, ac si in ipsis foris scriptum id, quod observantia est declaratum, taliter: quod non diversa, sed eadem dicitur expositio, ..., Etiam si verba in proprietur, si resultet sensus, qui de iure non est tenendus, quod princeps facere non potest, ...

82 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, observatio 1*, num. 116-120.

83 BALDUS DE UBALDIS, *Ad tres priores libros decretalium Comentariorum*, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 44: *Item tempus non requiritur per se, sed propter eliciendum tacitum consensum*; INOCENCIO IV, *In quinque libros Decretalium Commentaria*. Augustae Taurinorum, 1581. Lib. 1, tit. 40, num. 1: *in consuetudine, non requiritur tantum tempus, sed etiam consensus est necessarius tacitus vel expressus eius qui tangitur ex consuetudine*. Vid. ARIAS GÓMEZ, J., *El consensus communitatis*, ob. cit., p. 27, not. 26. En análogo sentido se expresa IASON DE MAYNO, *In Primam Partem Codicis Commentaria*, Lugduni, 1530. Rub. *De iudicis, lex 9*, nums. 4-9: *Alibi dicit Baldus in caput finali, in septima columna. De consuetudine, quod iura communia quae de consuetudine non servantur pro nulla habetur ... Nota diligenter pro complemento praedictorum quod sufficit quod transierint decem anni a tempore conditi statuti quibus non fuerit observantum statutum ad hoc ut tale statutum nullius sit effectus, etiam superiore ignorante ...*

*sus populi, sive maiore parte*⁸⁴, por entender que *in dubiis, non est iudicandum consuetudines*⁸⁵:

*Inveterada consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nula alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?. Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*⁸⁶.

Esta referencia al *consensus tacitus*, no es una mera alusión retórica, sino, como sostendría la escuela estatutaria⁸⁷, el exponente de la potestad normativa de la comunidad, al ser ésta, en palabras de Baldo de Ubaldis, la causa eficiente de la *consuetudo*: *Porro causa efficiens consuetudinis est consensus populi*⁸⁸.

En este sentido, autores como Crespí o Trobat nos dirán que la costumbre, por ser norma jurídica, se ha de introducir mediante el consentimiento tácito o expreso de la comunidad⁸⁹, ya sea ésta eclesiástica o civil. Y dentro del ámbito civil, entiende que se puede inducir ya sea a través de órganos judiciales, como los tribunales de justicia, o por la propia sociedad, de la que cabe excluir a los sujetos incapaces: menores, dementes y a las mujeres⁹⁰; si bien éstas pueden introducirlas en aquellas parcelas propias de la mujer, como, por ejemplo, en el oficio de comadrona, o en otros similares⁹¹.

84 La posibilidad de que la costumbre fuera introducida por una parte de la comunidad está presente en la mayor parte de la doctrina medieval. En este sentido, BARTOLUS DE SAXOFFERATO, *In Primam Digesti Veteris Partem*, rub. *De legibus, lex 31*, num. 15: *Dicitur hic, quod requiritur tacitus consensus populi. Quaero nunquid per unam partem populi induci possit consuetudo? Et videtur, quod non: nam dicitur hic, quod requiritur tacitus consensus populi, et non partis eius, ut hic. In contrarium videtur, nam ea ratio, quae hic est de toto quo ad totum, eadem est de parte quo ad partem,*

85 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 109.

86 D. 1,4,32,1. En este sentido, CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 2, observatio 63*, num. 16: *Primo, quia consensus populi debet esse illius populi, qui habet potestatem ferendi legem. Potest enim tacite que potest expresse.*

87 En este sentido, el juicio de Bártolo sobre esta cuestión es claro: el príncipe puede establecer leyes consuetudinarias únicamente cuando obtiene el consentimiento del pueblo. BARTOLUS DE SAXOFFERATO, *Commentaria in secunda atque tertiam Codicis Partem*. Rub. *Quae sit longa consuetudo: ... in principem translata est potestas condendi legem expressam, et scriptam, non autem consuetudinariam, quae in eum non potuit transferri, cum procedat ex tacito consensu ... et sic dicit hodie populum Romanum posse facere consuetudinem generalem, cum potestas ipsius legis consuetudinariae inducendae non sit translata in principem.*

88 BALDUS DE UBALDIS, *Ad Tres Priores Libros Decretalium*, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 24. CRAVERI, P., *Ricerche sulla formazione del Diritto consuetudinario in Francia (sec. XIII-XVI)*. Roma, 1966, pp. 120-121; ARIAS GÓMEZ, J., *El consensus communitatis*, ob. cit., p. 41.

89 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 2, observatio 63*, num. 16: *Primo, quia consensus populi debet esse illius populi, qui habet potestatem ferendi legem. Potest enim tacite quae potest expresse.*

90 Criterio extendido entre la doctrina canónica medieval. Véase en este sentido, MIER VÉLEZ, Á., *La buena fe*, ob. cit., p. 198, not. 625.

91 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, nums. 110-117: *Est quaerendum nunc: qui populi, et quae communitates introducere quaeant consuetudinem?, ..., a quocumque populo potest induci, sive a maiori parte illius, ..., a quacumque communitate Ecclesiastica, ..., ad inducendam consuetudinem obligantem ad horas Canonicas, ..., Tribunalia superiora, et inferiora, ..., Nobiles, et Plebei, inducere possunt consuetudinem in ordine ad ea, quae pertinent ad suum statum, et congregationes respective, ... Et idem dicitur de una familia, in ordine ad successionem, ut infra, Pueri, Amentes, et alii huiusmodi, non possunt inducere consuetudinem, ... Neque mulieres, quia legem facere non possunt, ... Bene vero possunt eam inducere, in actibus concernentibus mulieribus, sive in arte obstretitum, et aliis huiusmodi,*

Por último, los foralistas valencianos señalan que si bien no era necesaria una exteriorización formal de este *consensus populi*, toda vez que si el *consensus ex scientia, et non contradictione, cum temporis diuturnitate inductus, consensus expresso fortior reputatur*⁹², si se requería que éste se perfeccionara mediante la repetición de una serie de actos coincidentes⁹³.

La dificultad de venia del carácter arbitrario del término, lo que indujo a la escuela estatutaria a sostener que sobre el mismo no cabría dar una regla fija –*quod de numero non actuum potest dari certa regula*⁹⁴-. Y en este sentido se manifestó Bártolo, cuando afirmó que, si bien se exigía un mínimo de dos actos, éstos podían aumentar a tenor de su cualidad: *Dico ergo, quod ad minus duos actum requiruntur, et plures quandoque ex qualitate actum*⁹⁵. Criterio que se hallará presente en la literatura jurídica valenciana, cuando se sostiene que no siempre dos actos son suficientes⁹⁶, por lo que, concurriendo estas circunstancias, los jueces se veían en la obligación de arbitrar una solución ecuanime⁹⁷.

III.4. *Quod principis scientia et patientiam ad consuetudinem*

La literatura jurídica valenciana, tomando como argumento el texto recogido en Digesto 1,3,32, y los comentarios de los que fue objeto por parte de la doctrina medie-

92 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, nums. 102-108: *in tacito consensu, ad introducendam consuetudinem haec solemnitas non est necessaria, duplici ratione, prima, quia pluralitas actuum, et cursus temporis succedit loco istius quoadunationis, ... Secunda, quia quae tacito iure veniunt, non requirunt formam datam actibus expressis.*

93 AZO, *Lectura Super Codicem*, rub. *Quae sit longa consuetudo*, nums. 4-5: *quidem dignoscitur consuetudo ex tribus. Primum est, quia sic est obtentum sine contradictione frequenter ... et quod binus actus inducat frequentiam, probatur ...*; ACCURSIUS, *Digestum Vetus*, rub. *De legibus*, gl. D, 1,3,34, v. *Contradictorio*. Criterio que será recogido por la doctrina valenciana, CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 2, observatio* 63, num. 36: *Ad introducendam consuetudinem necessarios esse actus conformes, atque ita si in eis reperitur difformitas, vel varietas, nulla potest in eis fundari consuetudinis, vel praescriptionis introducto.*

94 BALDUS DE UBALDIS, *Commentaria in Primam Digesti Veteris Partem*, rub. *De legibus, lex* 32, num. 42.

95 BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *In Primam Digesti Veteris Partem*, rub. *De legibus, lex* 32, nums. 10-12, *repetitio l. De quibus*, num. 11.

96 PEDRO BELLUGA, *Speculum*, rub. 46, versículo *Sunt et alia munera*, num 2, advierte cómo entre la doctrina del medievo era criterio común el que, para la introducción y prueba de una costumbre, se requería al menos dos actos, toda vez que un único acto se consideraba que no era suficiente para fundar la misma: *Adverte quia communis schola habet, quod ad probandam consuetudinem saltim binus actus est necessarius. Et hanc tenet Azo in Summa, et Guiller. De cugno, ..., et ibi etiam Baldus firmat, quod super pluralitate stetur in dic. Arbitrio. ... Adverte, quia semper credidi quod unus actus non erat sufficiens ad consuetudinem fundadam, sed bene duo sufficere possent, si id iudici videatur, et sit arbitrium in duobus supra. Sed in unico non posset arbitrare consuetudinem introductam per iura superius allegata, nec obstat, cap. cum de beneficio, de praebendis, libro VI, quod dicit beneficium consuetum possideri, quod una vel pluribus vicibus datum est, quia unus actus bene sufficit ad proprietatem iure fundadam, et ad illam praescribendam et possessorium pariendum, sed non ad consuetudinem inducendam, quia duo vel plures sunt necessarii secundum Innocencium ... Anthonis de butrio Baldum*

97 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 2, observatio* 63, num. 17: *Frequentia actuum desideratur, ita ut unus actus non sufficiat, nec plures eodem die, quia habent vicem unius. Ad minus requiruntur duo, e adeo notorii, ut non possit dubitari eos a majori parte populi approbari: sed non semper duo sufficunt, sed plures requiruntur, in quo iudex juxta circumstantias arbitrabitur;* JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, num. 129: *sufficiant duos actus, vel tres, contra legem, ut maneat abrogata, et non esse necessarium, ut praedicti actus fiant in praesentia Principis, sive Legislatoris, eo sciente, asserendum est; sed satis esse fieri, scientibus Auditoribus Regis, vel Episcoporum.*

val⁹⁸, sostuvo que *necessariam esse omnimode scientiam, et patientiam Principis*, máxime si se pretende ponderar el valor de la costumbre *contra legem*⁹⁹.

Un claro reflejo de este planteamiento lo hallamos reflejado en un comentario de Morlá, para quien, siguiendo el tenor establecido en *Partidas* 1,2,3 y 5¹⁰⁰, sostuvo que, si se tiene por blasfemo a quien viola o transgrede las leyes, la comunidad, por idéntico criterio, no podía introducir una costumbre que atentara contra los fueros, salvo que obtuviera el consentimiento y aprobación expresa del príncipe¹⁰¹.

La dificultad fundamental con que tropieza la doctrina es la de determinar la prueba de este conocimiento por parte del príncipe¹⁰², toda vez que se sostiene *Principem, sive Pontificem non praesumatur sciere locurum consuetudines*¹⁰³.

Para verificar esta cuestión se recurre a la *communis sententia omnium Doctorum*, en virtud de la cual no es necesario probar el conocimiento o la paciencia *in praescriptione 30 vel 40 annorum, ... sed solum esse necessariam probationem scientiae, et patientiae in praescriptione decem, et viginti annorum*; resolviéndose la incertidumbre que pudieran generar estas últimas *ex actuum qualitate, multiplicitate, et diuturnitate*¹⁰⁴.

A tenor de este criterio, Trobat sostuvo que, una vez admitida la *scientia principis*, la costumbre *per decennium inducta est lex*, por lo que, a su juicio, nada impedía sostener que la *cosuetudo* pudiera abrogar la ley¹⁰⁵.

98 S. THOMAE, *Summa Theologica*, I-II, *quaestio* 97, art. 3: *ipsa consuetudo in tali multitudine praevalens obtinet vim legis in quantum per eos toleratur ad quod pertinet multitudini legem imponere; ex hoc enim ipso videntur approbare quod consuetudo induxit*; NICOLAUS DE TUDESCHIS, *Commenatria in Primum Decretalium Librum*, rub. *De consuetudines*, cap. 11, num. 7: *Unde oportet et dicere quomodo ista consuetudo assumit vires, non solum ex tacito consensu viorum ecclesiasticorum; sed auctoritate Papae permittentis induci consuetudinem contra canones*. Vid. CORTESE, E., *La norma jurídica*, ob. cit. II, pp. 109-114. Con relación al Derecho castellano, *Partidas* 1,2,3 y 5-6: *sabiendolo el Señor de la tierra, e non lo contradiciendo, e teniendolo por bien, puedenla facer, e debe ser tenida, e guardada por costumbre, ...*; AGUSTÍN BARBOSA, *Collectanea Doctorum*, lib. 1, tit. 4, rub. *De consuetudine*, cap. 7, nums. 5-6: *Notatur etiam ad hoc, quod consuetudo non valet contra legem expresse consuetudini derogante ... Valet tamen quando est introducta sciente et patiente Papa, vel illo qui legem potest tollere,*

99 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, num. 110: *pro indubitato tenendum est, necessariam esse omnimode scientiam, et patientiam Principis*; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 2, observatio* 63, num. 15.

100 *Partidas* 1,2,3: *Las razones porque el uso gana tiempo, son en cinco maneras. La primera, si se face de cosa que puede venir bien, e no mal: asi como ya diximos, que sea fecho paladinamente e con gran consejo. La tercera que aquellos que del usan, que lo fagan a buen entendimiento, e con placer de aquellos en cuyo poder son, o de otros sobre que ellos han poder. La quarta, si non va contra los derechos establecidos, non yendo primeramente tollidos. La quinta, si se face por mandado del Señor que ha poder sobre ellos, o de acuerdo que ellos hayan entre si, en teniendo que viene ende gran pro, luego consintiendolo el Señor, y placiendole, ...*; 1,2,5: *... sabiendolo el Señor de la tierra, e non lo contradiciendo, e teniendolo por bien, puedenla facer, e debe ser tenida, e guardada por costumbre,*

101 PEDRO A. MORLÁ, *Emporium, Summarium Preamissorum*, num. 24: *..., ergo violator legis blasphemus erit, et sic cum grave peccatum committat, legem transgrediendo, per populum contra legem, consuetudo induci non potest, nisi de voluntate illius, qui novam legem, et novam constitutionem statuere potest, qui solus Princeps est: nec sufficit quaecumque simplex tolleratio, quod hodie est indubitabile in Regno Castellae. ex l.3 et 5, tit. 2. partida 1.*

102 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, num. 118, subraya que no es necesario que el propio rey pruebe su ciencia y paciencia, sino que basta que sea alguno de sus oficiales, ya sean jueces o magistrados: *non esse necessariam specificam probationem scientiae Principis, sed sufficere ministrorum, quod pro tutissima, et probabiliori opinione tenendum, ..., quia probata fuit scientia Principis, per scientiam officialium, sive ministrorum, ex Bart., ..., Abbas, ... Surdo,*

103 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, num. 111.

104 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, nums. 112-115; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 2, Observatio* 93, num. 30.

105 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio* 14, art. 6, nums. 123-126.

III.5. La prueba de la costumbre

Por último, se reitera que, al ser la costumbre una ley tácita, fue práctica habitual entre la doctrina estimar que quien apela a un principio de derecho consuetudinario debía probarlo *-consuetudo probari debet-*, obligación que únicamente se exceptuaba cuando la costumbre pudiera ser conocida o notoria, por entender que *consuetudo notoria, non indiget probatione*¹⁰⁶.

La praxis seguida *in nostro foro*, nos dirá Trobat, consistía fundamentalmente en un prueba testifical de la misma, toda vez que la prueba mediante escritura privada no garantizaba una prueba plena *-non inducere plenam probationem-*¹⁰⁷.

Con relación a los requisitos formales, se hace una remisión a los principios que vertebran la prueba en el proceso foral *-non faciunt differentiam-*, acentuándose únicamente la necesidad de que la prueba testifical venga conformada mediante la presencia de dos testigos, lo cuales deben deponer sobre la frecuencia y antigüedad de los actos sin que se den contradicciones o singularidades aparentes¹⁰⁸, lo que, a juicio de Barbosa, probaría la veracidad de la misma.¹⁰⁹

IV. TIPOLOGÍA

Con relación a las tipos de costumbre, la doctrina establece una compleja clasificación de las mismas¹¹⁰, dividiéndolas en dos géneros¹¹¹, a saber: en costumbres judiciales y extrajudiciales *-consuetudo alia judicialis, alia extrajudicialis-*; comprendiendo las primeras las sentencias de los tribunales de justicia, y las segundas, las extrajudiciales, los *mores*; y dentro de éstas distingue entre costumbres escritas, que son aque-

106 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 142-162. En análogo sentido, MIGUEL DE MOLINO, *Repertorium fororum*, v. *Consuetudo*, fo. 73: *Consuetudo regni si fuerit allegata per advocatum in aliqua causa, si pars adversa negaverit, talem esse consuetudinem regni: tunc iudex etiam ex officio suo debet se informare, an talis sit consuetudo regni vel non ... Dicit tamen Baldus quod quando consuetudo est notoria, non indiget probatione: alias debet probari consuetudo allegata.*

107 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 162; LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de regimine*, lib. 3, cap. 9, tit. 2, num. 77.

108 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 156-161: *Quot testes sint necessarii, ad probandam consuetudinem? Respondeo, quod et si Antonius Faber, ..., dicat: esse necessarios decem; sequenda est, apud nons, doctrina Fontanellae, ..., ubi: duos sufficere probat, ... Rationem assignans, quod in constitutionibus Cathaloniae, non est plus dispositum, de probatione consuetudinis, ..., quod DD. Quoad numerum testium, non faciunt differentiam, ..., quod consuetudo decennialis remanet provata, si duo testes deponunt de uno quinquennio et alii duo testes de alio. Testes debent deponere de frequentia actuum, non de uno, ...; quamvis in actibus, cum sint eiusdem speciei, non contestent, quia quando agitur de probando aliquid in genere, singularitas testium, non officit, quo minus consuetudo probetur, sicut de iurisdictione, et aliis similibus dicitur; nam et si in tempore differant in unum conveniunt,*

109 AGUSTÍN BARBOSA, *Collectanea Doctorum*, lib. 1, tit. 4, rub. *De consuetudine*, cap. 11, num. 17-18.

110 Porque, como dirá CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 272, no todas las costumbres se pueden alegar o jurar, ni todas tienen naturaleza revocable: *Respectu consuetudinum etiam apud nos est specialis differentiae ratio; atque ita non de omnibus indistincte consuetudinibus intelligendum est iuramentum, neque omnes irrevocabiles sunt.*

111 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 91: *Haec autem interdum extrajudicia is est, ad quam refero illa verba Callistrati: In primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuerit. Interum judicialis est, quia ita fuerit sententis, et re iudicata interpretatio, ad quam respicit Callistratus: Aut rerum perpetu similiter iudicatarum auctoritatem vim legis habere.*

llas que posteriormente se insertaron en el Ordenamiento foral, y las no escritas, de las cuales, dirá Crespí, sólo algunas fueron recibidas¹¹², a saber: las interpretativas, las inmemoriales y las ordinarias¹¹³.

IV.1. La costumbre escrita

Con relación a las *consuetudines in foris scriptas*¹¹⁴, Bas y Galcerán nos informa cómo los fueros, en su inicio, no fueron otra cosa que costumbres no escritas; pero, para evitar el riesgo de que éstas se perpetuasen únicamente mediante la memoria, se convirtieron, al ser transcritas, en *ius scriptum*¹¹⁵. *Idque probari potest*:

Furs Praefatio: ..., Deum habentes pre oculis, consuetudines in hac regia civitate Valentie, necnon et toto regno, et universis villis, castris, alqueriis, turribus et locis aliis in hoc regno hedificatis et hedifficandis ... Sed nisi in scriptis redigerentur, inter litigantes, quid esse consuetudo, magna possit oriri confusio altercandi. Cum labilis sit memoria hominum et humana fragilitas nimis prona oblivioni, idcirco consuetudines istas ad perpetuam rei memoriam in scriptis redigi fecimus, nam omnium habere memoriam, et in nullo penitus deviare, potius deitatis quam humanitatis est.

*Prohibemus itaque nullas alias consuetudines in civitate vel aliquo loco regni Valentie sibi locum in aliquo vindicare, sed per istas curia et iudices lites debent difinire. Nam satis competenter equum ab iniquo, licitum ab illicito per easdem consuetudines poterunt separare*¹¹⁶.

Al margen del reconocimiento del sustrato consuetudinario que poseen los *Furs* de Valencia, el propio jurista valenciano admite la pervivencia y vigencia de todas aquellas costumbres que, no hallándose escritas, se introdujeron legítimamente, lo que las permite participar de la naturaleza del Derecho foral, al equipararlas a los estatutos, fueros y privilegios: *Et equum est, quod consuetudines legitime introductae, etiam si scriptae inter foros non inveniuntur, tanquam leges observentur, et in hoc statutis, et foris nostris equiparentur; ... Consuetudo enim equiparatur, non solum statuto, sed privilegio*¹¹⁷.

112 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 164: Sed apud nos duplicis generis reperiuntur Consuetudines: aliae scriptae, aliae non scriptae. Scriptae Consuetudines sunt Fori ipsi, ut ex principio Fororum apparet in rubrica Comencen les constumes. Nam licet a principio omnes Consuetudines sine scriptura incipere debeant ex postfacto tamen, que moribus introducta sunt, inter leges scribi, et in corpore Juris inferi solent, ut in Jure communi videmus Consuetudines feudorum, et in nostro Municipali, quae a Jacobo I praescriptae sunt. Consuetudines autem non scriptae sunt aliae, quae solum moribus autentium absque scriptura aliqua receptae sunt*

113 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, nums. 272: Qui in Foro nostro primo prohibitum est allegare alias consuetudines, quam scriptas, et synonyma sunt Fori, et Consuetudines. Et ut de non scriptis sciamus, quae comprehendantur, admonendi sumus tria esse genera consuetudinis. Alia interpretativa, alia immemorialis contra Foros, alia ordinaria. De unaquaque harum videndum est.*

114 *Aureum Opus*, Jamie I, Privilegio 63.

115 NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium, num. 129: Fori nostri in sui principio, nihil aliud fuerunt, quam consuetudines non scriptae, introductae tanquam jus non scriptum, et ne illorum memoria facile amitteretur, conscripti fuerunt, et ex consuetudinibus, facti fuerunt fori. Asimismo, LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de regimine urbis et regni Valentiae*. Lyon, 1.704. Lib. 1, Cap. 2, tit. 5, num. 57; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 166.**

116 *Furs de València*. Ed. COLÓN, G. y GARCÍA, A. Barcelona, 1980

117 NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium, num. 130,*

IV.2. La costumbre no escrita

Con relación a esta última, la doctrina la clasifica, aunque con una desigual atención, en *consuetudo secundum legem, praeter legem, contra legem* e *inmemorial*¹¹⁸.

Únicamente abordaremos el estudio de la costumbre interpretativa e *inmemorial*, toda vez que los criterios de la doctrina sobre la *consuetudo praeter legem* y *contra legem* ya han quedado establecidos al abordar, con carácter general, los requisitos constitutivos de la misma.

IV.2.1. *consuetudo secundum legem*

La jurisprudencia foral, tomando como principio la afirmación de Paulo: *optima enim est legum interpres consuetudo*¹¹⁹, así como la recepción de la misma en la doctrina medieval¹²⁰, justificó la labor interpretativa de la comunidad por entender que ésta poseía, conjuntamente con el príncipe, la titularidad de la potestad normativa, y, por extensión, de la interpretativa¹²¹.

A tenor de la doctrina, estas costumbres, si bien no poseían, en estricto sentido, los caracteres propios de una costumbre –*quae autem consuetudo non est propriae talis, ut omnes affirmant, nam non requirit praescriptionem*¹²²–, al solventar las dudas originadas por el ordenamiento jurídico –*Sic consuetudo interpretativa non datur ubi non praecessit dubia dispositio*¹²³– alcanzaban una notoria autoridad, lo que las permitía corregir, en parte, el tenor del Derecho foral: *et si non sit propriae consuetudo, supremam potestatem habet, ..., etiam si videatur contra verba fori, et aliquo modo corrigi in aliqua parte, et sequenda sit, ac si in ipsis foris scriptorum id, quod observantia est declaratum*¹²⁴.

Este reconocimiento expreso a su ámbito de aplicación, así como al valor jurídico alcanzado por la costumbre interpretativa no impidió que se afirmara, por parte de la doctrina de la Corona de Aragón, que la fuerza interpretativa de éstas no podía azquirir

118 Sucintamente, GARCÍA I SANZ, A., *Institucions de Dret civil valencià*. Castellón, 1996, p. 24.

119 D. 1,3,37: *Si de interpretatione legis quaeratur; in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo*

120 C. 8,X,1,4: *Et consuetudo est optima legum interpres*; c. 25,X,5,40; RAIMUNDO DE PEÑAFORT, *Summa Iuris. Pars prima, IX, in princ.* Barcelona, 1945: *Consuetudo est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur*. Vid. GAUDEMET, J., “La coutume”, ob. cit. p. 52.

121 VALLEJO, J., *Ruda equidad*, ob. cit., pp. 319-321.

122 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, num. 144.

123 JAIME CÁNCER, *Variarum Resolutionum Juris Cesarei, Pontifici et Municipalis Principatus Cathalaunnae*. Lugduni, 1683. Lib. 1, cap. 8, num. 181. La literatura valenciana se manifestará en análogo sentido. Vid. CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 112: *Si de interpretatione legis quaeratur, optima legum interpres consuetudo est. Et non solum in legibus, sed in Contractibus, in Testamentis, in statutis, et quibuslibet aliis Constitutionibus nulla melior potest inveniri interpretatio, quam illa, quae ex observantia, sive consuetudine resultat*; FRANCISCO J LEÓN, *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio 29*, num. 8.. *Et dicta consuetudo sive observantia interpretata fuit foris Regni*; LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali, controversia 6*, num. 61: *Quod et consuetudine comprobatur, illa enim est optima legum interpretes*; JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, questio 3*, num. 143: *Consuetudo secundum legem est, qua legis dubia interpretantur, vel confirmantur; l. si de interpretatione 37, ff. de legibus*.

124 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 3*, nums. 145-147; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 115: *... eam vim habere, ut etiamsi videatur contra verba Fori, et aliquo modo corrigi in aliqua parte, ea sequenda sit, perinde ac si ipsis verbis Fori fuisset scriptum id, quod est observantia declaratum*.

un valor normativo que supusiera la abrogación de los textos jurídicos promulgados: *quod talis interpretatio non dicitur nova sed eadem dispositio*¹²⁵.

IV.2.2. La costumbre inmemorial

Una de las cuestiones más controvertidas en la doctrina foral fue el grado de vigencia que podía alcanzar la denominada costumbre inmemorial con relación a la ley, al fuero¹²⁶.

La confrontación entre ley y costumbre viene marcada ya en la rúbrica *Si contra ius aliquid fuerit impetratum*, donde, en un supuesto de conflicto normativo, se incide en el carácter vinculante de la ley y el privilegio:

*Furs 1,14,4. Si nostres antecessors o nós o algun oficial lur o nostre o altra persona havem fet o usat en alcuna cosa contra fur de València e contra privilegis de la ciutat e del regne en general o en espetial atorgats, los furs e els privilegis dessús dits romanguen en sa força e valor e no.n vallen ne.n puxen valer menys per alcUna rahó. Encara, si d'aquí avant se temptave usar en contrari, ço que mills poria ésser dit abús, ne alcun costum en contrari se puxa al.legar ara o per avant per alcuna rahó*¹²⁷.

La lectura que del texto llevó a cabo la doctrina foral no dio como resultado la derogación de la costumbre inmemorial en relación con la norma escrita, sino que, con carácter general, consolida a la primera en los supuesto de concurrencia normativa: *quod immemorialis praevallet adversus foros, et per eam derogantur, non obstantibus dictis Privilegiis, et fororum dispositionibus*¹²⁸.

Este criterio, que, como nos dirá Trobat, fue práctica arraigada en la vida jurídica del reino de Valencia¹²⁹, fue objeto de discusión entre la doctrina foral, la cual no

125 JUAN P. FONTANELLA, *Tractatus de Pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus*. Ginebra, 1684. *Clausula* 1, num. 35. Vid. EGEA I FERNÁNDEZ, J. i GAY I ESCODA, J. M., "Eficàcia de les normes", *Ob. cit.*, II, p. 513.

126 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 176: Major difficultas est circa consuetudines immemorales, que sunt adversus Foros*.

127 FURS 1,14,5: *Item statuimus et ordinamus quod si aliquis officialis vel alia persona faciebat vel utebatur in aliquo contra forum Valentie aliqua ratione, vel contra privilegia civitatis et regni, quod ille forus vel privilegium non minus valeret, imo remaneat in sua firmitate, robore et valore*.

128 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 14, art. 6, num. 6*; LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de regimine*, lib. 1, cap. 4, tit. 4, num. 36: *Immemorialis consuetudo tollit dispositionem fori, aut legis*; NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, praeludium*, num. 39: *... sed non intelligas omnis consuetudinis allegationem, a foris in probatam esse, nam in primis praedicti fori, non loquuntur de immemoriali consuetudine, ...*; num. 43: *In Regno nostro propter fororum resistentiam, hujusmodi consuetudines ordinariae, non poterunt forales dispositiones abrogare, nisi fuerit immemorales*; num. 137: *Si consuetudo immemorialis fuerit, videtur non posse revocari a Principe, ex eo quod majoris efficaciae, quoad observantiam considerari debet immemorialis consuetudo, quam fori, nam ut vidisti, extante consuetudine immemoriali, contra foros, praevallet illa, et si Princeps nequit in Regno statuere contra foros, absque Curia generali, et populi consensu, ut jam probavimus, neque poterit derogare immemoriali consuetudini, quia si haec potior est foro, si potestas Regia non est potens ad stabiliendum contra foros, minus potentes, neque erit potens ad stabiliendum contra consuetudinem immemoralem magis potentem*; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, observatio 1, num. 277*:

129 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 14, art. 6, num. 7: multis sententiis nostri Regii Senatus hanc conclusionem illustrant, ...*; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 283: Et ratio est, quia consuetudo immemorialis, quae in eo viget, vincit Forum; et ita fuit declaratum in Regia Audientia Valentina, sententiam publicatam per Don Franciscum Abreus, die 23 Februarii, anni 1641, inter partes Francisci Alberti et Bartholomaei Randon; quae in gradu supplicationis fuit in alia Regia Aula conformata, sententia publicatam per eundem Mandati Scribam, die 22 Martii, eiusdem anni*.

dudó en aportar distintos argumentos que vinieran a consolidar la autoridad de la costumbre inmemorial, a saber:

En primer término, se entiende que de la lectura atenta de los fueros no cabe concebir que se haga una mención explícita a las costumbres inmemoriales, sino una alusión genérica a las costumbres, lo que llevará a la doctrina a sostener que *prohibita per legem consuetudinem cum clausula generali omnis inmemorialis non censetur prohibita*¹³⁰.

En este sentido, Bas y Galcerán sostuvo que si bien el rey podía derogar las costumbres inmemoriales, toda vez que éstas, al no ser leyes juradas ni paccionadas, no eran normas superiores a los fueros, únicamente se debería llevar a cabo su abrogación cuando *de illa fieri specifica mentio*¹³¹.

No obstante, Trobat, *contra communem placitum Doctorum*¹³², afirmó que, aun cuando se hiciera una mención explícita de la costumbre inmemorial, ésta tendría que prevalecer, o, en su defecto, no se debería de entender excluida. Para consolidar esta argumentación sostuvo que la derogación de una costumbre se dirigía bien a una costumbre pasada, en cuyo supuesto se perjudicaría los derechos adquiridos de un tercero, o a una *consuetudo* futura. Con relación a las primera, entendió que no podrían ser derogadas ni por quien sustentara la *plentitudo potestatis*, por entender que “el derecho que nace de esa costumbre es casi un Derecho natural, y la razón de la razón –nos dirá el autor- es porque tiene fuerza de pacto y de contrato con el rey, dado que comprende todos los asuntos posibles, según la opinión de todos los doctores”¹³³. Asimismo, sostenía que si la *consuetudo quae de novo est inducta, non censetur revocata, quia Principis, et Populi consensum continet*, lo que, a su juicio, propiciaría la propia revocación de la ley: *nam consuetudinis prohibitio est odiosa, et sic non debet extendi ad futuram*¹³⁴.

Únicamente, concluirá Trobat, cabría la prohibición de una costumbre inmemorial, ya fuese ésta *praeterita, quam futura*, si la misma conllevara un perjuicio a

130 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus inmemorialis, quaestio* 14, art. 6, num. 11: *quod prohibita consuetudine, quamvis cum clausula generali, inmemorialis non censetur exclusae*; CRISTÓBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, Pars 1, *observatio* 1, nums. 274 y 277: *Primo, quia prohibitam consuetudine, non comprehenditur inmemorialis, quae ad sui exclusionem speciali et specificam indiget mentione*; LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de regimine*, lib. 1, cap. 6, tit. 1, num. 24; NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, praeludium*, num. 40: *Confirmantur ex eo, quod fori improbant consuetudinem allegare, non loquuntur specificae, ut diximus, de inmemoriali consuetudine, quae nunquam intelligitur exclusae, nisi specificae, et expresse de illa locutum fuerit, et nominatim excludatur*.

131 NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 138: *Sed sem per judico tenendum, posse Regem derogare consuetudini, etiam inmemoriali, quia, et si potentior sit foro, et vim legis habeat, non est lex jurata, aut pactionata, et irrevocabilis, et perconsequens, non est potentior foro, quoad irrevocabilitatem, et deficiente nexu irrevocabilitatis, cessat omnis ratio ad hoc, ut non possit contraria revocari lege; bene verum est, quod ut censeatur revocata inmemorialis consuetudo, debet illa fieri specifica mentio*.

132 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus inmemorialis, questio* 14, art. 6, nums. 29-30: *Absque eo quod obstat communis sententia Doctorum asserentium. Inmemorialem exclusam esse, si de ea, sive de eius exclusione, specialis mentio fiat, ut probant, ... Si vero prohibita est simpliciter consuetudo, quamvis sit per clausulas amplissimas, et generales, extendi non debet ad inmemorialem, ... Sed contra videtur obstare,*

133 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus inmemorialis, quaestio* 14, art. 6, nums. 14-16: *Quod ad secundum (quamvis videatur contra communem placitum Doctorum) etiam si de inmemoriali fiat specialis mentio, non censetur exclusae, quia vel prohibetur praeterita, ex qua ius tertio quaesitum est, vel futura. Prima nec a Principe prohiberi potest, ... Et ultra ibi dicta adde rationem, est quasi naturale. Et ratio rationis est, quia habet vim pacti, et contractus cum Rege, cum omnia possibilia comprehendat, secundum omnium Doctorum placitum, ... Et ea, quae ratione pacti acquiruntur, per ipsum Principem revocari non possunt, ex eo quod remanet iure naturale, et gentium*.

134 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus inmemorialis, quaestio* 14, art. 6, nums. 22-27: *Lex prohibens inmemorialem, est revocabilis*.

un tercero e *iniquitatem continet*, porque si *non est in materia iniqua, et contra bonos mores, tolli non potest*¹³⁵.

En segundo término, Crespi observará que las costumbres inmemoriales no sólo no poseen, como afirmara la doctrina catalana¹³⁶, una naturaleza irracional, sino que deben prevalecer sobre el derecho escrito¹³⁷. A esta convicción llega a través de las siguientes líneas de argumentación¹³⁸:

En primer lugar, por entender que el mero juramento de los fueros no impide su posible contravención: *Nam certum est, eum qui jurat statuta servare, non dici contravenire, quando non observat ea.*

En segundo lugar, sostiene que se ha de reprobador la opinión que sustenta que la costumbre que contradice la norma escrita está viciada de origen: *ita potest esse rationabilis consuetudo que ipsam legem faciat vel usu non recipi, vel abrogari.*

Asimismo, entiende que si bien es cierto que una norma escrita no puede ser sustituida sino por otra ley otorgada en las Cortes del reino, cabe, no obstante, excepcionar esta *regula iuris*, permitiendo que una costumbre pueda abrogar un fuero cuando así lo propicie el tácito consenso entre la comunidad y el príncipe *-ita in legibus in Curiis factis, si ipsae Curiae permittant consuetudinem (ut permittunt, dum non contradicunt) eo ipso implicite detrahunt suae legi vim obligandi-*. Y así, si una mera *consuetudo habet vim ad suspendendam observantiam Constitutionis*, idéntico principio cabe aplicar a las costumbres inmemoriales.

Estos criterios permitirán a Trobat rechazar la opinión vertida por la literatura jurídica catalana, según la cual *contra forum, immemorialis non potest praevalere*¹³⁹, ya fuera por entender que *quia illa consuetudo cuius in contrarium memoria non existit, ius sive privilegium inducit*¹⁴⁰, ya por la dificultad de la prueba de su inobservancia a los *Furs*¹⁴¹, o bien porque ésta, a juicio del poder civil y espiritual, poseía una autoridad y unas cualidades que la facultaban para la derogación de una ley en contrario¹⁴².

135 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 14, art. 6, num. 19.*

136 NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium, num. 40: ... in Cathalonia neque adhuc consuetudo immemorialis, potiens est contra constituiones, ...*; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 176: Has enim esse reprobandas probat Cancer, lib. 3, cap. 3, num. 126 in fine, Fontanella, De pactis, tom. 1, clausa. 4, glossa. 2 (II), num. 7, ..., quia omnino excluditur consuetudo immemorialis contra Constitutiones, ..., etiam Auctores Cathalauni inquirunt, consuetudinem contra Constitutionem habet initium vitiosum, et esse irrationabilem, et consequenter non posse appellari consuetudinem, sed abusum, qui etiam per tempus hominum memoriam excedens nequit suggrari, nec aliquo pacto contra Constitutiones tueri.*

137 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 277. Contrarium tamen existimo, et praeferendam Foris consuetudinem immemoriam, ac per consequens in juramento comprehendi, et Foros per eas vinci, sequentibus fundamentis probo. Quia consuetudo legiime praescripta fortior est estatuto, et facit illud silere.*

138 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 14, art. 6, nums. 277-283.*

139 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 14, art. 6, num. 31.*

140 PEDRO BELLUGA, *Speculum, rub. 22, nums. 62-63; rub. 23, vers. Sed pone, num. 14: Item quia non videtur reprobata consuetudo tanti temporis, faciunt notata per Baldus in Feud; rub. 47, num. 25.*

141 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 14, art. 6, num. 36: Inobserbantia fori, per immemoriam probatur, si a centum annis citra, vel ultra constat non esse observatum.*

142 JUAN B. TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 14, art. 6, num. 8: Ratio principalis est: quia immemorialis habet, includit, et comprehendit quiddam excogitari possit necessarium, ad revocationem legis in contrarium, et praecipue fororum, ... Et a maiori parte rationis per ea, quae infra dicam, circa praescriptionem 30 vel 40 annorum, erit nota infallibilitas huius conclusionis; num. 9: Et ex alia parte, quia immemorialis proprium est: quod habeat eandem auctoritatem, ac Pontifex, et Rex, ...*

En idéntico sentido se manifiesta Crespí de Valdaura, quien advierte que más allá de los planteamientos doctrinales, la praxis del reino recoge nítidamente la validez de los mismos para muchas instituciones forales –*Plura enim sunt, quae observantur contra Fori dispositiones, et ex immemoriali consuetudine sustinentur*-. Así, prevalece la costumbre inmemorial que permite conceder a los nobles el *guidaticio* en sus baronías sobre el *fur* 5 de la rúbrica *De guidaticio*, en el que se afirma que esta concesión revierte únicamente en la figura del monarca¹⁴³; o en la aplicación de los créditos hipotecarios, de ahí que, concluya afirmando que aunque estuviera prohibida la costumbre o la posesión inmemorial, los efectos de la misma no se podrían impedir –*Quia ubi prohiberetur consuetudo, sive possessio immemorialis, non censetur prohibiti omnes ejus effectus*¹⁴⁴-, como así lo prueba *plures Curias post illum Forum*.

Supuestos estos argumentos, el jurista valenciano sostendrá que la naturaleza irrevocable de los mismos se sustenta tanto en el juramento que de su observancia lleva a cabo el monarca, como de la aprobación tácita que hacen las Cortes del reino y el príncipe, por lo que, concluirá, *habet approbationem a Foris, et ex eo eandem firmitatem*¹⁴⁵.

IV.2.3. Las costumbres viciadas

Por último, se consolida la tradición textual que sostenía la nulidad de toda *consuetudo* que pudiera atentar contra las buenas costumbres o la equidad: *Et nota consuetudinem malam perdere nomen consuetudinis: et sic, quam caret nomine et effectu, caret nomine*¹⁴⁶.

Crespí menciona cómo en la praxis de la Corona de Aragón¹⁴⁷ se prohibió toda alegación de las denominadas malas costumbres o malos usos, por entender que las mismas atentaban, por su carácter pernicioso, contra el Ordenamiento jurídico¹⁴⁸. En consecuencia, toda costumbre que entrara en colisión con la justicia y la razón era considerada *prava consuetudo*¹⁴⁹, lo que impedía que ésta, como se afirma en la

143 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 283: Plura enim sunt, quae observantur contra Fori dispositiones, et ex immemoriali consuetudine sustinentur, ut sunt Guidatica concessa a Baronibus in suis Baroniis. Nam licet Foro 5 de Guidaticio, statutum sit, neminem praeter Regem posse illa concedere; contrarium receptum est consuetudine immemoriali, quam tumentur Barones Jura illa in suis Baroniis concedenda, ut probat Belluga*

144 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, nums. 277-283.*

145 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, nums. 274-275; JUAN B. TROBAT, Tractatus de effectibus immemorialis, quaestio 14, art. 6, num. 54: Ex his infert Illustr. Crespí, quod sunt irrevocabiles consuetudines immemorales, et esse iuramento Domini Regis comprehensas, praesertim: quia habent a foris, hoc est; ab ipsis curiis, sive a toto Regno, et Principi approbationem, ex eo quod: cum a tempore immemoriali, sit consuetudo, et in hoc immemoriali tempore, multae supponuntur curiarum celebrationes, in quibus nihil invenitur scriptum, contra tales immemorales consuetudines, inde est, quod censentur approbatae ab ipsis curiis,*

146 ANTONIUS DE BUTRIO, *Super Prima Primi Decretalium Commentarii, rub. De consuetudine, cap. 11, num. 5.*

147 Vid ANDRÉS SERVETO, *Tratado de sucesiones ab intestato, Cap. 2, De linea ascendientium, num. 2*, para quien las malas costumbres non adquieren fuerza de ley ni por el hecho de llevar mucho tiempo practicándose ni por gozar de un uso muy arraigado: *Et male consuetudines neque ex longe tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur.*

148 Véase, en este sentido, D. 11, c. 1: *Parvus usus ratione superetur et lege. Usus auctoritate cedat, pravum usum lex et ratio vincat.*

149 CRISBOTBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, num. 285: Atque his, qui solent afferere jura patria violari, et juramento contraveniri, si consuetudines aliquae vel revocentur, vel non observari jubeantur, quae interdum potius corruptelae sunt et abusus, memorare vellem dispositionem Fori, quam similium consuetudinum allegatio prohibetur, et qui illas vul conservare, vere contra Forum inniitur. ... Improbis igitur est, qui praetextu consuetudinis, et Privilegii, abusus, et corruptelas velit tueri, et venerari.*

Novela 128,1, pudiera alcanzar fuerza de ley, aunque llevara mucho tiempo practicándose o gozara de un uso prolongado¹⁵⁰.

V. REVOCABILIDAD

Por último, una vez admitido el carácter subsidiario de las costumbres¹⁵¹, la doctrina se cuestiona el grado de revocabilidad de las mismas, toda vez que *non de omnibus indistincte consuetudinibus intelligendum est iuramentum, neque omnes irrevocabiles fiunt*¹⁵².

Con carácter general, la doctrina sostiene que únicamente son irrevocables las costumbres que o bien se hallan incluidas en los *Furs*, o que son interpretativas de los mismos –*consuetudines irrevocabiles solum sunt quae inter Foros inveniuntur, vel quae sunt interpretativae eorum*¹⁵³–, de ahí que el príncipe pueda derogar las costumbres no recogidas en Ordenamiento Foral¹⁵⁴, toda vez que *in corpore Juris consui non jumentur, nequeunt allegari, non obstante iuramento*¹⁵⁵.

150 Nov. 128,1: *Male enim adinventa malaeque consuetudines neque ex longo tempore neque ex longa consuetudine confirmantur,*

151 Lo que hace afirmar a NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 35, que no cabe extenderla más allá del caso concreto: *Et observa, quod consuetudo, solum debet attendi in casu illo, et cum circumstantiis, quibus introducta reperitur, quia etiam si fuerit Praeter jus, non est extendenda, nequit de casu ad casum, aut de loco ad locum, aut de persona in personam. ... Idem de stylo tradunt communiter DD. Denegantes extentionem illius, de casu ad casum, aut de loco ad locum. En análogo sentido, MIGUEL DE MOLINO, *Repertorium fororum*, v. *Consuetudo*, fo. 73 v: *tamen in Aragonia, si aliqua consuetudo fuit introducta contra forum in aliquo casu particulari, nunquam talis consuetudo extenditur ad alios casus similes ... Et sic in Aragonia nunquam consuetudo contra forum extenditur ex identitate rationes: nec ad casus similes.**

152 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 272.

153 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 165: *In hac autem Consuetudinis materia observacione dignum est, Principem nostrum, salva ejus clementia, non posse illis, que inter Foros scriptae sunt, derogare nec etiam Consuetudini interpretativae, que eadem dispositio, quae in Foro continetur, dicitur, ac perinde est ac si esset scripta, cum in verbis illius contineatur. Ceteras vero Consuetudines poterit Princeps abrogante, cum habeat, ut diximus, potestatem leges condendi, que non sunt contra Fororum, aut Privilegiorum dispositiones; num. 166: Unde cum contra Foristae nostri asserant, ut ea quae Consuetudine recepta sunt, nequeant derogari, non possunt intelligere, si ratione nitantur, hujusmodi mores; sed illos, qui scripti sunt, vel verbis claris, vel illis, que ab observantia declarata sint. Idque probari potest, quia Foro I. Comencen les costumes; num. 165*

154 NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 136: *De Principis potestate circa revocationem consuetudinis, multa poterant tradi, quae non sunt instituti nostri, solum nequit omitti, quod si fuerit consuetudo interpretativa fori, cum ista consuetudo sit ipse forus, sicut Dominus Rex non potes foris derogare, no poteri consuetudini interpretativae; CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 168: *Nunc sic. Hujus Fori dispositione prohibita sunt Consuetudines non scriptae, ob confusionem vitandam. Ergo qui alias Consuetudines allegat, aut eis derogari non posse contendit, contra Forum nititur. Et necessario vel contemni Consuetudinem posse, vel Forum, fatendum erit. Atque ita certissimum, et indubium existimo, Consuetudini, ut cuilibet aliae dispositioni, quae non sit Capitulum Curiae aut Privilegium, posse a Principe derogari, prout sibi viderit expediri. Sed semper consulerem; non fieri id sine magna.**

155 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1*, num. 283: *Tandem, caeterae consuetudines, quae ordinaria nobis nunc appellari possunt, vel non comprehenduntur in iuramento, vel revocabiles manent: quia ejus naturae sunt, et quia e Foris excluduntur, et dum in corpore Juris consui non jumentur, nequeunt allegari et a nutu Principis earum observantia dependet, cum eas possit revocare.*

La razón, nos dirá la doctrina de la Corona de Aragón¹⁵⁶, radicaba en que ésta, al interpretar o aclarar un aspecto o un término de la ley¹⁵⁷, no se distinguía de los Fueros y de los Privilegios, por lo que adquiría la naturaleza de éstos: jurada e irrevocable¹⁵⁸.

Idéntica naturaleza alcanzaban, a juicio de Crespí, las *consuetudines immemorales praeter legem*. Éstas, al regular situaciones no contempladas por las leyes, adquirirían, dentro de la praxis del reino de Valencia, un sustrato de irrevocabilidad, que se sustentaba en el juramento que de las mismas se profería¹⁵⁹.

Por el contrario, a juicio de Bas y Galcerán, éstas podían ser revocadas por el príncipe al margen de las Cortes generales, toda vez que las mismas no poseían un carácter paccionado que impidiera su irrevocabilidad. Con todo, el autor reconoce que su supresión *non debet fieri sine magna causa*¹⁶⁰.

156 PEDRO J. FONTANELLA, *De pactis nuptialibus. Clausula I*, num. 35: ... *hac consuetudinem numquam censi exclusam, Adera Mascardus dicens statum intelligi de consuetudine derogatoria, aut contraria, non autem de consuetudine interpretativa, per quam statuta verbi declarantur, in quem sensum consueverant intelligi.*

157 JAIME CÁNCER, *Variarum*, Lib. 1, Cap. 8, num. 181: *Sic consuetudo interpretativa non datur ubi non praecessit dubia dispositio, ut per ... hinc observantia hinc observantiam subsecutam non atendi in casu claro, sed tantum dubio est certum*; PEDRO J. FONTANELLA, *Tractatus de pactis*, Lib. 1, *Clausula 1*, glosa 1, num. 40: *Et haec interpretativa consuetudo nedum quando (ut vulgo intelligitur) inducitur pro explicatione alicuius dubiae dispositionis, vel alicuius verbi dubii in ea contenti sed etiam et quando per eam corrigitur dispositio respectu alicuius rei tantum, eadem dispositione in reliquo firma manente Admittitur etiam huiusmodi interpretativa consuetudo et observantia etiam si eiusmodi interpretationi verba repugnet et ea interpretatio videatur contra verba statuti, sic pluribus probat Decianus*. Asimismo, en EGEA Y FERNÁNDEZ, J. I GAY I ESCODA, J. M., "Eficacia de les normes", ob. cit., p. 512, nots. 26-27.

158 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, nums. 273*. *In primis igitur comprehenditur in juramento, et irrevocabilis est consuetudo interpretativa, quemadmodum in ceteris nostrae Coronae Provinciis. Quia haec non distinguitur ab ipsis Foris, et Privilegiis. Immo perinde est ac si in eis fuisset scripta, ut recte probat Fontanella, ... Et quamvis prohibeatur allegari consuetudo, nunquam haec interpretativa censetur sublata.*

159 CRISTOBAL CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Pars 1, Observatio 1, nums. 274*: *Consuetudines etiam immemorales praeter Foros aut privilegia, etiam irrevocabiles sunt, et in juramento comprehensae. Primo, quia prohibita consuetudine, non comprehenditur immemoralis, que ad sui exclusionem speciali et specifica indiget mentione; num. 275: Secundo, quia cum habeat approbationem a Foris, sequitur perinde esse aliquid contra illam fieri, ac si contra Forum fieret, nec Pragmaticalibus Sanctionibus posse revocari. Vid, con relación al Derecho catalán, JUAN P. FONTANELLA, *De pactis*, Claus. 4, glos. 17, num. 34; glos. 18, part. 5, num. 69; glos. 19, part. 1, 93. JAIME CÁNCER, *Variarum*, Part. 1 Cap. 4, num. 39.*

160 NICOLÁS BAS Y GALCERÁN, *Theatrum, Pars 1, Praeludium*, num. 137: *Si vero consuetudo fuerit praeter foros, inspiciendum est, an fuerit temporalis, an immemoralis, si temporalis fuerit, poteris absque dubio a Domino Rege derogari, etiam extra Curias generales, quia et si consuetudo statutis equiparetur, et quoad observationem, parem vim habeat, et sit veluti quaedam municipalis lex, tamen non est lex pactionata, neque in Curias generalibus cum interventu, pecuniae facta, et causa irrevocabilitis deficiente, poterit a Dominus rege revocari.*