

## 2 . LA FUNCIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO MEDIEVAL DE MALLORCA

**Antonio Planas Rosselló**

*En la, todavía breve, historia de la Academia se ha convertido en una costumbre –con casi fuerza de ley– que en los actos de entrega de los premios Luis Pascual González tenga lugar, además de la intervención del premiado, la disertación, por parte de un Académico o de un jurista de reconocido prestigio, sobre un tema directa o indirectamente relacionado con la obra premiada.*

*No es extraño, por tanto, que se diera realce al acto de entrega del VIII Premio Luis Pascual González a Felio J. Bauzá –no hay que olvidar que en el título de su trabajo se hace expresa referencia a la vigencia de las antiguas costumbres– con una disertación del Profesor titular de Historia del Derecho y miembro de número de la Academia de Estudios Históricos, Genealógicos y Heráldicos Antonio Planas Rosselló, quien habló sobre “La formación de la costumbre en el Derecho medieval de Mallorca”.*

*Se inserta a continuación su intervención, en la que, de entrada, pasa revista a las diferentes teorías existentes sobre la importancia de la costumbre dentro del Ordenamiento jurídico medieval de Mallorca, para llegar a la conclusión de que el Ius Comune, el Derecho de creación regia y el Derecho consuetudinario fueron diferentes estratos jurídicos que se superpusieron y a veces llegaron a confundirse, proporcionando serios argumentos históricos que avalan esta consideración.*

*Concluye el trabajo del Profesor Planas Rossello con un certero análisis sobre la vigencia de las antiguas costumbres, en particular tras la sustitución del Derecho consuetudinario por las normas compiladas, operada por la Disposición final primera de la Compilación de 1961.*

La mayor parte de los estudios sobre el derecho propio de Mallorca que se han elaborado en los últimos años, han atendido al papel de la costumbre como fuente del derecho o como elemento esencial de la tradición jurídica balear. A la costumbre dedicó un valioso trabajo el Dr. Anselmo Martínez en una edición anterior del premio Pascual González. Y sobre la vigencia de antiguas costumbres en materia de aguas versa el interesante y original estudio de Felio Bauzá que hoy nos convoca.

Por ello me ha parecido oportuno dedicar esta intervención a la formación de la costumbre en la Mallorca medieval, por constituir el punto de partida sobre el que ha evolucionado a lo largo del tiempo el derecho propio de la isla.

El papel de la costumbre en el ordenamiento histórico mallorquín ha sido valorado de forma diversa. El Prof. Lalinde Abadía considera que la costumbre fue la base normativa del ordenamiento jurídico de Mallorca, como de los restantes territorios de la Corona de Aragón. Este criterio ha sido seguido por el Prof. Román Piña Homs en su *Derecho Histórico del Reino de Mallorca*, una obra de síntesis en la que ha expuesto sus principales concepciones acerca de la naturaleza y formación del derecho mallorquín. En cambio, el profesor Aquilino Iglesia Ferreirós considera que el ordenamiento mallorquín, implantado a raíz de la conquista cristiana, no fue fruto de la razón, pero tampoco de la costumbre, pues la población que se asentó en la isla no tenía un mismo origen ni, en consecuencia, un mismo derecho consuetudinario.

Ambas posturas, a las que volveremos más tarde, comparten un postulado esencial, que resulta absolutamente incontrovertible:

El Derecho del Reino de Mallorca nació con la conquista cristiana de la isla en 1229. Su sistema jurídico no se vio condicionado en lo más mínimo por la historia de las Baleares en la etapa anterior. La historiografía solvente concuerda en la inexistencia de mozárabes de origen autóctono en Mallorca, tras trescientos años de dominación islámica. Con toda seguridad, no los hubo con posterioridad a la cruzada pisano-catalana de 1114-1115. Por ello, no es posible buscar el origen de sus instituciones en una continuidad consuetudinaria del derecho romano teodosiano o justiniano desde la Antigüedad, ni mucho menos en una supuesta pervivencia de costumbres germánicas arraigadas tras la efímera ocupación vándala del archipiélago.

En este sentido, es preciso matizar algunas hipótesis planteadas por D. Luis Pascual González, cuya obra, tan meritoria por numerosísimos conceptos, fue elaborada en 1951, cuando los conocimientos sobre el pasado histórico de Mallorca no habían experimentado los avances que se han

producido en las últimas décadas. El merecido prestigio de este autor ha hecho que algunas de esas hipótesis históricas, que en su obra tienen un carácter meramente accidental, se hayan reproducido hasta tiempos muy recientes, cuando los avances científicos ya no permiten sustentarlas. Por ese motivo considero inexcusable que exista una fluida comunicación entre historiadores del derecho y foralistas que, sin duda, ha de tener enriquecedores efectos para ambas partes.

La inexistencia de una continuidad jurídica entre la Antigüedad tardía y el periodo de la conquista cristiana obliga a buscar el origen de las instituciones del derecho de Mallorca en un momento mucho más cercano.

La conquista se produjo en una etapa avanzada del tránsito entre dos culturas jurídicas, la altomedieval y la bajomedieval o, según la característica formulación de Paolo Grossi, la época en que el derecho nace en el taller de la praxis y la época en que se crea en el taller sapiencial. Mientras que en la primera el derecho tuvo una base esencialmente consuetudinaria y el poder público apenas intervino en la creación de las normas, en la segunda el sistema jurídico se hizo más complejo como consecuencia del renacimiento del poder legislativo de los monarcas y la difusión del antiguo derecho romano justiniano, recuperado y reelaborado por los juristas universitarios.

Los sistemas jurídicos de la mayor parte de los reinos cristianos se desarrollaron a partir de la costumbre altomedieval. Era el “antiguo y buen Derecho”, según la conocida expresión de Fritz Kern. Pero, poco a poco, a lo largo de la Baja Edad Media, el orden jurídico se fue adaptando a las necesidades de una sociedad cambiante a través de una legislación regia cada vez más nutrida, y de una difusión del *Ius Commune* romano-canónico cada vez más intensa.

Este fue un fenómeno común a todos los reinos de nuestro entorno. Las diferencias residieron en el distinto papel que se asignó a esos tres elementos –costumbre, legislación regia y *Ius Commune*– en cada uno de ellos.

Precisamente, en el caso de Mallorca, el papel de la costumbre es el que puede resultar controvertido, y ello justifica la disparidad de criterio que hemos enunciado anteriormente.

El profesor Aquilino Iglesia afirma que el *Ius Commune* fue el derecho general de Mallorca desde el mismo instante de su conquista, matizado por un derecho de creación regia. El autor desecha la costumbre como base del sistema jurídico con dos argumentos:

a) Por una parte, entiende que no puede tratarse de la costumbre de los repobladores, puesto que estos procedían de diferentes lugares y carecían de un derecho consuetudinario común.

b) Por otra considera impensable que incluso en un reino de dimensiones reducidas como el de Mallorca se pudiera formar un nuevo derecho consuetudinario que diese respuesta a una sociedad tan activa desde el punto de vista social, económico, político y cultural, como la que se estaba formando.

No cabe duda de que las escasas disposiciones regias dictadas a lo largo del siglo XIII no conformaron un ordenamiento jurídico completo, sino que fueron reglas fragmentarias que excepcionaban un régimen general. Sin embargo, en la época de la conquista la difusión del derecho romano-canónico no había alcanzado su plenitud y, por tanto, no pudo constituir la base de ese régimen.

A mi juicio el *Ius Commune*, el derecho de creación regia y el derecho consuetudinario fueron diferentes estratos jurídicos que se superpusieron y a veces llegaron a confundirse. Y a justificar este aserto voy a dedicar mi exposición.

Ciertamente los repobladores del reino de Mallorca procedían en su inmensa mayoría de diferentes regiones de Cataluña, que en esa etapa de dispersión normativa poseían diferentes derechos consuetudinarios. Y ese factor, sin lugar a dudas, dificultaba la conformación de un régimen general basado en la costumbre. No disponemos de manifestaciones claras acerca de ello en la documentación coetánea de la isla de Mallorca, pero contamos con un interesante testimonio de la isla de Ibiza, donde la situación era análoga: El 13 de julio de 1264 Guillem de Montgrí, como señor de Ibiza, tuvo que fijar el plazo de diez años para la prescripción de los inmuebles, alegando que lo hacía “*com de les noves adquisicions de les terres, per la diversitat de las costumes dels habitants de diversos lochs e regions venguts en aquellas, moltes questions se acostumen neixer*”.

¿Qué ocurrió por tanto en Mallorca?

Desde el siglo XIII las diversas disposiciones que relacionan las fuentes del derecho mallorquín, especialmente los textos de las confirmaciones de los privilegios otorgadas por los monarcas, mencionan siempre las *consuetudines insulae*. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en el ámbito catalán, el término “costum” equivale a lo que en Castilla es “fuero”. Así, los libros de Costums de Gerona, Lérida Tortosa o Valencia recogen un derecho que no es estrictamente consuetudinario, sino que puede proceder, entre otras fuentes, de privilegios y ordenanzas reales o municipales. Ese uso amplio del término “costum” se encuentra asimismo en Mallorca. Por ejemplo, una provisión regia de 1269 se refiere a la regulación del crimen enorme establecida en la carta de población diciendo *in vestris consuetudinibus sive cartis contentis*. Asimismo en cierta carta regia de 1311 se designa como *consuetudine seu franquesia* al capítulo de la carta de población de 1230 titulado *iuditia omnia causarum*.

Sin embargo, en 1286 Alfonso III ratificó los buenos usos y las buenas costumbres de Mallorca, con las siguientes palabras: “*Encara us atorgam bons usos e bones costumes axí com d’aquells havets usats*”. En este caso el monarca quiso confirmar de forma inequívoca la validez del derecho consuetudinario propiamente dicho. Y de hecho, en lo sucesivo esta disposición fue invocada siempre como su principal fundamento.

Ahora bien, dado el diferente origen de los repobladores es necesario plantearse cómo se configuraron esas costumbres.

En primer lugar, el intensísimo tráfico jurídico generado por el reparto de tierras y la transmisión, administración y explotación de los bienes adquiridos a raíz de la conquista, aceleraron la aparición de modalidades genuinas respecto a determinados negocios jurídicos. Así, ya Álvaro Santamaría detectó en la documentación de la década de 1240 alusiones a una *consuetudo Maioricarum*, que vemos aparecer respecto a la obligación de restitución en los contratos de comanda de ganado o respecto al saneamiento por vicios ocultos en las compraventas de esclavos.

En segundo lugar, a pesar de que los repobladores procedían en su inmensa mayoría de distintas localidades catalanas dotadas de derechos consuetudinarios diferenciados, existía un acervo jurídico común que afectaba a importantes instituciones. Las causas de esta identificación eran diversas, pero entre ellas se debe considerar la pervivencia por vía consuetudinaria de determinadas disposiciones del *Liber Iudiciorum* visigótico y, sobre todo, el influjo del derecho común romano-canónico, que desde tiempo atrás se había se había dejado sentir sobre los derechos locales catalanes.

El carácter consuetudinario del Derecho no supone, por tanto, que éste tenga siempre una raíz popular. Aunque, en principio, las costumbres sean un derecho no escrito, el siglo XIII es ya una época de cultura escrita y, en consecuencia, los actos y negocios jurídicos que se llevan a cabo en aplicación de la misma, se documentan en instrumentos notariales. De esta manera se impone el elemento técnico, erudito, pues los notarios encauzan la voluntad negocial de los particulares utilizando modelos y fórmulas procedentes del Derecho romano. Tal difusión por vía notarial se había iniciado en Cataluña a fines del siglo XII y principios del XIII, a través de los tratados y formularios italianos. También en Mallorca la intensa actividad de los notarios desde la inmediata posconquista dio lugar en muchos casos a la adaptación del derecho común a sus prácticas.

En tercer lugar, la convivencia en un espacio insular bien delimitado hizo que se generalizasen algunas costumbres originariamente particulares, por su mejor adaptación a las circunstancias del momento. Uno de los

medios que sin duda contribuyeron a la fijación de estas costumbres, en las primeras décadas posteriores a la conquista, fue la participación de prohombres legos en la formación de las sentencias, de acuerdo con lo previsto por la carta de población de 1230.

En cuarto lugar, durante el siglo XIII convivieron diferentes instituciones consuetudinarias que se aplicaban en virtud de la autonomía de la voluntad de los pobladores. Esta realidad queda patente en los documentos de aplicación del derecho. Todavía en 1278 hemos localizado un contrato de compraventa que contiene una expresiva renuncia “*accioni et benefificio legis gotiche et Usaticorum Barchinona, et omni jure tam promulgato quam promulgando, publico et privato, canonico et civili, tam spetiali quam generali, divino et humano, scripto et non scripto sive consuetudinario*”. Tales renunciaciones, bien documentadas asimismo en Cataluña, respondían al deseo de evitar la inseguridad jurídica, afianzando la voluntad de las partes negociales frente a las sutilezas de derecho que podían ser invocadas por los abogados, basándose en los remedios que los diferentes sistemas jurídicos del momento podían ofrecer.

Y es que en este periodo vemos convivir, con idéntica validez, distintas modalidades testamentarias, y diferentes regímenes económicos matrimoniales pactados en capitulaciones. Por ejemplo, junto al testamento nuncupativo se practica el testamento sacramental, que acabará desapareciendo en el siglo XIV, o junto al régimen dotal de tradición romana conocemos numerosos casos de un sistema de *agermanament* de bienes o pacto de *mig per mig*, de raigambre tortosina, que prolongará su existencia hasta principios del siglo XV. Fue un progresivo desuso el que hizo que determinadas modalidades consuetudinarias dejasen de formar parte del derecho de Mallorca.

Por último, en los casos en los que las diferentes tradiciones consuetudinarias podían dar lugar a conflictos, si la propia práctica no conseguía reducirlas a la unidad, se producía una intervención del monarca, generalmente a instancias de los representantes regnicolas, para establecer una solución unitaria. Entre otros ejemplos podemos citar la regulación legal de instituciones como la adquisición del tesoro oculto, la definición de legítima o el *escreix*.

El panorama descrito sufrió una transformación sustancial a raíz de la reforma de las franquezas de Mallorca otorgada por Jaime II el 30 de enero de 1300, al inaugurar la segunda fase de su reinado. El monarca dispuso que todos los pleitos y causas se juzgasen según las costumbres de Mallorca: “*servatis consuetudinibus et libertatibus civitate et insule supradicte per nos nunc confirmatis seu concessis*”, en su defecto según los Usatges de Barcelona en los casos en los que correspondía hacerlo –que eran exclusi-

vamente de carácter penal o feudal-, y en defecto de ambos “*illis consuetudinibus et Usaticis deficientibus*”, según el *Ius Commune*.

Esta disposición supuso la recepción oficial del derecho común en Mallorca, la primera que se produjo en uno de los reinos hispánicos. Aunque en el texto se le atribuía el carácter de derecho supletorio, en la práctica constituyó desde entonces un elemento integrador que incluso modificó la naturaleza y eficacia de las restantes fuentes.

A partir de esa fecha, para que la costumbre fuese aplicada por los jueces, debía ser alegada y probada por la parte interesada. Los primeros pleitos cuyos autos se han conservado en los archivos mallorquines, son los seguidos ante la curia del gobernador en el año 1300. En algunos de ellos se alegan determinadas costumbres de Mallorca, cuyo contenido y vigencia se prueba mediante testigos. Por ejemplo se alegan usos judiciales, como el de dar fianzas por las costas de las apelaciones “*iuxta consuetudinem curiae domini regis*”, o sobre la necesidad de que intervengan siete testigos para que el testamento sea válido.

En uno de esos pleitos vemos oponerse dos distintas concepciones acerca del derecho consuetudinario. Para una de las partes, que invoca expresamente la citada confirmación de Alfonso III, las buenas costumbres otorgadas por el monarca son aquellas que son observadas de forma general por los habitantes de la isla, con la común convicción de su bondad (*homines de terra ista tenebant usum et consuetudinem per bona et ipsam servabant per bona*). En cambio, para la otra, siguiendo la doctrina del *Ius commune*, sólo pueden ser invocadas y denominarse propiamente costumbres o usos, aquéllas que hayan sido obtenidas por lo menos dos veces en juicio contradictorio, y que reúnan otros requisitos (*non valet aliqua consuetudo nec dicere debet consuetudo nisi saltem bis fuerit per ea obtentum in contradictorio iudicio*). En aquel momento la opinión más seguida era la del canonista Enrico de Susa, cardenal de Ostia, para quien la costumbre consiste en aquel uso racional que se caracteriza por ser confirmado por el transcurso de un determinado espacio de tiempo; que no ha sido interrumpido por algún acto contrario; que se produce por un acto frecuente o inmemorial o a través de un juicio contradictorio; y que ha sido aprobado o confirmado por el uso común de aquellos que lo utilizan.

Desde los primeros años del siglo XIV no cabe duda de que la costumbre se vio sometida a los requisitos restrictivos impuestos por el *Ius commune*. En los pleitos que hemos podido consultar las partes que alegan costumbres aducen o bien que han sido obtenidas en juicio contradictorio o bien que se han venido practicando desde hace más de cuarenta años, lo que les confiere un carácter inmemorial. La canonística solía distinguir entre

costumbre *praeter legem*, que requería sólo diez años, y costumbre *contra legem*, que exigía el plazo de cuarenta. Sin embargo no nos ha sido posible averiguar cuál fue la interpretación que siguieron al respecto los tribunales de Mallorca.

Un nuevo paso de cara a la limitación de la costumbre como fuente del derecho tuvo lugar poco después de la reincorporación de Mallorca a la Corona de Aragón por Pedro IV. El 30 de julio de 1344, el gobernador Arnau d'Erill sancionó una colección oficial de derecho consuetudinario. El texto, conocido vulgarmente como *Estils d'Arnau d'Erill*, lleva por título *Stili sive ritus curiarum*. Sin embargo, el preámbulo indica que contiene *consuetudines et stilos*, dos elementos que no se identifican plenamente. Las costumbres propiamente dichas eran aquellas normas creadas a través de la reiteración de actos y que se practicaban por la generalidad del pueblo. En cambio, con el término “estilo” se designaban aquellas costumbres que practicaban los tribunales de justicia en el orden de proceder en las causas. Este es el elemento al que se puede designar como rito de las curias (*ritus curiarum*).

El preámbulo de la colección afirma que la redacción se llevó a cabo tras consultar con los Jurados del Reino y su Consejo plenario. El gobernador, dispuso que en el futuro los estilos y costumbres sólo serían vinculantes en cuanto se probase su uso y fuesen autorizados por escrito por los gobernadores o lugartenientes. Asimismo ordenó que en adelante, si se alegaba en un pleito una costumbre o estilo no redactado, se debería comparecer ante el gobernador para que, junto con su Consejo, determinase si podía ser admitido o no. En caso de que éste lo considerase admisible se debía asignar un plazo de ocho días para que quien lo alegase pudiese probarlo. Si, una vez practicada la prueba, quedaba admitido, debía redactarse por escrito y ser observado en adelante como los restantes.

Mediante este sistema se pretendió que aquellas costumbres que el gobernador y su Consejo considerasen inadecuadas, perdieran su carácter normativo sin que ni siquiera se llegara a practicar la prueba. Se concibió por tanto como un importante filtro para la admisión de determinadas costumbres. Aunque no se señaló el criterio en función del cual se determinaría su admisibilidad, podemos suponer que con esta regla se quiso introducir un criterio de justicia o racionalidad, entendidas en un sentido amplio, tal y como exigía el derecho canónico. De todas formas, no hemos localizado ningún caso en el que se prohibiese la práctica de la prueba de la costumbre.

Por otra parte, con esta colección se quiso fijar *a priori* el Derecho consuetudinario, para evitar las dilaciones que suponía una abusiva negación del carácter vinculante de determinados usos previamente admitidos en



juicio contradictorio, por la parte que se veía perjudicada por ellos.

La redacción de Erill no supuso la fosilización de las costumbres y usos judiciales. Hasta el año 1437 se siguieron añadiendo nuevos estilos y costumbres, tras seguir el indicado procedimiento. Pero aun así, la costumbre no quedó reducida a los estrechos márgenes de esa colección. Otras muchas instituciones consuetudinarias, muchas veces inmemoriales, siguieron siendo practicadas, y sólo las vemos aflorar en los manuales de notaría, en algunas compilaciones privadas y, en caso de que resultasen en algún momento controvertidas, a través de las sentencias de la Real Audiencia.

Ni la recopilación de Estils de Arnau Erill de 1344, ni la disposición final primera de la compilación de derecho civil de Baleares de 1961, al sustituir el Derecho consuetudinario vigente en el momento de su promulgación por las disposiciones contenidas en aquel texto, consiguieron erradicar las antiguas costumbres. Las recogidas por escrito cambiaron su naturaleza al ser compiladas, y aquéllas que la práctica mantenía vivas prosiguieron su existencia silenciosa, con plena validez y eficacia. Por ello resulta imprescindible identificarlas y estudiar sus orígenes y caracteres, como muy bien ha hecho Felio Bauzá respecto a los derechos de toma de agua en el estudio cuyo premio hoy celebramos.