

COLISIÓN DE ORDENANZAS, COSTUMBRES Y DERECHOS EN UN PLEITO CASTELLANO DEL SIGLO XVIII

A CLASH OF ORDINANCES, CUSTOMS AND RIGHTS IN A CASTILIAN LAWSUIT IN THE EIGHTEENTH CENTURY

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA
(Universidad de Murcia)

RESUMEN

El trabajo analiza un pleito sustanciado en el siglo XVIII sobre un conflicto, en relación con derechos privativos y comunes de pastos, entre los labradores y los ganaderos del concejo de Antequera. La controversia jurídica, desde finales del siglo XVI, dio lugar a la petición, dirigida al Consejo de Castilla, de licencia en su función de gobierno, y de aprobación en su función judicial, respecto de unas nuevas ordenanzas, coexistentes con la costumbre del lugar. El pleito pone de manifiesto una concepción jurídica moderna en la que priman los derechos subjetivos sobre el sistema formal de las disposiciones normativas.

Palabras clave: Ordenanzas. Costumbre inmemorial. Gobierno. Administración de justicia. Derechos privativos y comunales.

ABSTRACT

This paper analyses an 18th-century dispute over private and common grazing rights between the farmers and stockbreeders of the council of Antequera. The legal controversy, from the end of the 16th century, led to a request being made to the Council of Castile for permission in its function of government and approval in its judicial function for new ordinances, which coexisted with the local custom. The lawsuit highlights a modern legal conception in which subjective rights take precedence over the formal system of normative provisions.

Keywords: Ordinances. Immemorial custom. Government. Administration of justice. Private and communal rights.

RESUM

COL·LISIÓ D'ORDENANCES, COSTUMS I DRETS A UN PLET CASTELLÀ DEL SEGLE XVIII

El treball analitza un plet substanciat en el segle XVIII sobre un conflicte, en relació amb els drets privatis i comuns de pastures, entre els llauradors i els ramaders del consell d'Antequera. La controvèrsia jurídica, des de finals del segle XVI, va donar pas a la petició, dirigida al Consell de Castella, de llicència en la funció de govern, i d'aprovació en la funció judicial, respecte d'unes noves ordenances, coexistents amb el costum del lloc. El plet posa de manifest una concepció jurídica moderna en la qual primen els drets subjectius sobre el sistema formal de les disposicions normatives.

Paraules clau: Ordenances, costum immemorial, govern, administració de justícia, drets privatis i comunals.

Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado *Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea*, referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

ORDENANZAS Y DERECHOS, GOBIERNO Y JUSTICIA

En el *Memorial ajustado del pleyto que litigan la ciudad de Antequera, y el rector del Colegio de la Compañía de Jesus, y el Prior de el Hospital General de San Juan de Dios de la misma Ciudad, y sesenta y tres Vecinos de ella, Labradores, y Criadores de Ganado. Con don Alonso de Bejar, y otros seis Consortes, vecinos, y Ganaderos de dicha Ciudad. Sobre aprobacion de nuevas Ordenanzas*, firmado por el licenciado Juan José Franco el 4 de diciembre de 1749 y que forma parte de un *Libro impreso de memoriales en pleitos de posesión de mayorazgos*, se recogía la siguiente secuencia jurídica de gobierno y justicia.¹

La ciudad de Antequera había recurrido el 13 de noviembre de 1743 a la Sala de Gobierno del Consejo Real de Castilla en busca del amparo de la posesión de los cortijos de sus labradores, concretamente pidiendo licencia para la reforma o novación («reformularlas, o hacer otras de nuevo») de las ordenanzas de 1531 que estaban provocándoles perjuicio. La facultad de aprobar la reforma de las ordenanzas locales pedida por el concejo de Antequera se hacía depender así de una licencia previa del Consejo de Castilla. Mas, si la expedición de la licencia se localizaba en las funciones de la Sala de Gobierno del Consejo, la aprobación definitiva de las nuevas ordenanzas, una vez redactada la reforma por la ciudad, se atribuía empero, sin abandonar el seno común del Consejo, a su Sala de Justicia. Así sucedió, en efecto, cuando al mandato, con parecer fiscal, de autorización

1 En el Archivo Histórico de la Nobleza, Baena, c. 196, d. 19-31.

de 6 de diciembre de 1743 por la Sala de Gobierno, en orden a la elaboración en treinta días de las nuevas ordenanzas,² le siguió la remisión por la ciudad de Antequera de su redacción así como el decreto del Consejo de 14 de abril de 1744 que las unió a sus antecedentes, para procederse después, en último término, al traslado del expediente, con el fin de la aprobación definitiva en la Sala de Justicia del Consejo de Castilla.

Fue en este ámbito ulterior de la Sala de Justicia del Consejo de Castilla, y no en su Sala de Gobierno, donde condensaría el cariz contencioso del asunto, habida cuenta de que el 22 de febrero de 1744 dos ganaderos, que más tarde serían siete, opusieron a la pretensión de las nuevas ordenanzas, y en pro del cumplimiento de las de 1531, la observancia de una ejecutoria de la Real Audiencia y Chancillería de Granada de 8 de julio de 1743. Por su parte, los labradores presentaron el 5 de noviembre de 1744 un pedimento para que se les recibiera información de testigos que respaldaban su costumbre contra los perjuicios de las ordenanzas vigentes. El 10 de mayo el alcalde mayor recibía declaraciones y nombraba dos peritos para el reconocimiento de algunos cortijos «a fin de justificar los Cercados, y possession de guardarlos, y los Rastrojos». En sentido contrario a una consulta de 4 de agosto de 1745, representada por el corregidor, siempre remiso y evasivo respecto de la ejecutoria de la Chancillería, un auto del Consejo de 18 de agosto, sobrecartado con cláusula de quebrantamiento al día siguiente, le ordenará su cumplimiento, sin embargo de suplicación. El despacho por el Consejo de un nuevo auto, de 27 de agosto, ratificó el anterior. Se trasladaron entonces los autos a los labradores vecinos de la

- 2 El interés subyacente en la elaboración de nuevas ordenanzas podía muy bien ser el que pusieron de manifiesto los ganaderos en su decimotercera pregunta del interrogatorio a testigos. *Memorial*, n. 276: «Articularon a la 13. Pregunta, que era verdad, que el principal empeño de este Pleyto sobre la subsistencia de dichas nuevas Ordenanzas, y motivo de su formacion y disposicion, ha consistido, y consiste en que muchos de los Regidores de dicha Ciudad han sido, y son ya Dueños unos, ya Colonos otros de los Cortijos del termino de ella, debiendose creer, que los Dueños han llevado, y llevan la maxima de que a titulo de los acotamientos disfrutan mayores precios por los arrendamientos de sus Cortijos, y los Colonos las ventajas de disfrutar en su recompensa los Pastos, como si fuesen cerrados en todo el tiempo del daño, en la tercera parte de sus Tierras, que es aquella hoja de la cosecha, que se acaba de alzar, a lo qual se persuaden los Testigos quando el Ganado de Labor pudiera mantenerse muy bien con arreglo a las Ordenanzas antiguas, y al acotamiento de la fanega de Tierras por las 42. que corresponden a cada yugada, en conformidad del Despacho del Consejo de 20. de Febrero de 1592. sin hacerse para esto consideracion de las muchas porciones de Tierra ocupadas por resultas de las facultades, que se han concedido a la Ciudad en los años de 1616. y 1617.»

ciudad de Antequera, y a los ganaderos: unos y otros insistieron en sus posiciones. Conclucos y vistos los autos el 25 de mayo de 1746, se recibió el pleito a prueba, con reconocimiento y vista ocular del término de la ciudad de Antequera, interrogatorio de testigos no tachados e información, citada la parte contraria, sobre los perjuicios sufridos por los labradores, quienes, según reflejaba su otrosí, "por falta de Pastos, han dexado de sembrar todo aquello que acostumbran, y corresponde a las Tierras de sus Cortijos». El auto del Consejo de 22 de abril de 1747 mantendrá limitados espacial y temporalmente los derechos de los labradores, amén de la prohibición de arrendamiento a forasteros.³

A la vista de la secuencia anterior, gobierno y justicia constituyeron las dos funciones ejercidas por el Consejo de Castilla en el curso del procedimiento de elaboración de una disposición normativa local. Ahora bien, en cuanto a la autorización, gobierno mediante, y a la aprobación, justicia mediante, de las nuevas ordenanzas, deberían comprenderse tales vías competenciales no como rutas jurídicas paralelas, sino sucesivas, en la prolongación de un mismo iter normativo con una sola causa y finalidad, como demuestra el funcionamiento sucesivo, y no simultáneo,⁴ de las Salas del Consejo. Hasta la aprobación de la Sala de Justicia,⁵ el expediente de disposición normativa responde a la naturaleza jurídica de un expediente de gobierno. Conviene apreciar no obstante que, de la misma manera que una supuesta función legislativa se inserta, mas no se distingue, en las rutas procedimentales del gobierno y la justicia (porque en definitiva la función legislativa consiste en la atribución de una fuerza de ley por parte del rey o del órgano que lo representa), y al decir que se inserta no se indica una subordinación, sino todo lo contrario, dado que son las funciones de gobierno y de justicia las que se activan al servicio de la valoración de la atribución de fuerza legal,⁶ en el bien entendido siempre de que esta

3 *Memorial*, cit., nn. 1-5, 36-48, 79-82, 87-90, 93-95, 115-116, 291-292.

4 El paralelismo de proceso judicial y expediente gubernativo prima («El Consejo, aparte de por expediente, conoció habitualmente por proceso») en la explicación de DE DIOS, Salustiano (1982), *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 449.

5 Sobre la remodelación de la Sala de Justicia a principios del siglo XVIII, DE DIOS, Salustiano (1986), *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Diputación de Salamanca, Salamanca, p. LXXI.

6 Puede adjetivarse la función legislativa como supuesta porque, entendiendo la ley en un sentido estricto, la función legislativa no existe como tal, porque no hay un procedimiento formal de legislación, mientras existen sin duda procedimientos formales de gobierno y de justicia. La ley no resulta objeto de un procedimiento, sino que obedece a una atribución de valor o fuerza jurídica. Otra cosa es que por ley se quiera entender una disposición normativa

fuerza legal, en relación con las ordenanzas, tiene la especificidad de obedecer a una voluntad regia aprobatoria,⁷ que tiene el cariz aparente de

elaborada por las instituciones de la administración central de la monarquía, lo que puede justificarse, o más bien entenderse, a partir de la circunstancia de que las disposiciones normativas que aquellas instituciones elaboran suelen recibir la atribución regia de fuerza de ley. Esta elaboración de disposiciones normativas por las instituciones de la administración central (disposiciones generales, para entendernos, aunque no tengan por qué ser estrictamente generales) sí cuenta con un procedimiento formal, como el gobierno y la justicia. Como las disposiciones elaboradas mediante este procedimiento reciben ordinariamente fuerza de ley, y tienen una variedad tipológica considerable, resulta frecuente referirse a este procedimiento, y a la función que el Consejo ejerce por esta vía, como un procedimiento o una función legislativa. Este procedimiento impropio denominado legislativo ha sido estudiado por CABRERA, María Isabel (1993), *El Consejo Real de Castilla y la ley*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pp. 109-163. Adviértase que cuando el procedimiento normativo (petición, real orden dirigida al Consejo, dictamen fiscal, consulta) culmina con la publicación de la ley, la ley, que es pura materia resultado de la calificación derivada de la voluntad del rey o de su representación por el Consejo, se manifiesta incorporada en un determinado tipo de disposición formal (cédula, pragmática, provisión). Respecto de esta disposición formal es correcto constatar un procedimiento normativo.

- 7 Dice PORRAS, Pedro A. (1994), "Las ordenanzas municipales. Algunas propuestas para su estudio y un ejemplo", *Espacio, Tiempo y Forma. Serie III. Historia Medieval*, vol. 7, p. 49: "si las ordenanzas llegan a configurarse es a causa de la rigidez que habían alcanzado tales fueros [...] Esto se había producido por dos razones: en primer lugar, por la asunción por parte del poder real de la capacidad legislativa, introduciendo normas más acordes con la realidad bajomedieval [...] que acabaron derogando *de facto* buena parte del contenido de los viejos fueros, y, en segundo lugar, debido a que las materias que luego integrarían el elenco de competencias de los municipios y, por ende, las materias de ordenanzas, se habían quedado obsoletas [...] En definitiva, se trata de un claro ejemplo del avance del aparato administrativo central [...] en detrimento del mundo local". Si las ordenanzas responden a los problemas jurídicos actuales que los fueros no habían regulado o resuelto completamente, la aprobación regia fue característica de las ordenanzas a diferencia de la aprobación señorial característica de los fueros, aunque, como explica LADERO QUESADA, Miguel Á. (1998), "Las ordenanzas locales. Siglos XIII-XVIII", *En la España Medieval*, vol. 21, pp. 301-305, esta aprobación señorial no se opone a la aprobación regia, porque se comprende subrogada en ella, lo que pone de relieve además la suavemente progresiva imposición bajomedieval del poder del rey (más allá de su condición señorial) frente al poder concejil, con el acompañamiento de una doctrina jurídica que postulaba la pertenencia de la potestad estatutaria al rey directamente o a través de su Consejo y aun con la intervención del corregidor (a quien en nuestro memorial cabe contemplar dubitativo entre los intereses de las instancias de poder real y concejil). Pero no hay que olvidar que la mayoría de los fueros pertenecen a los siglos XII y XIII, y aunque fueran de aprobación señorial (incluida la del realengo), pudieron someterse ulteriormente, sobre todo al redactarse los fueros extensos, a la de aprobación o confirmación (ahora estrictamente, en vínculo con la previa aprobación

confirmativa⁸ por la sencilla razón de que se injerta en un objeto redactado por otra instancia gubernativa y jurisdiccional inferior...⁹ si se atiende a las materias que fueron objeto de los expedientes gubernativos de la Sala de Gobierno del Consejo, a la luz de la enumeración que incluye el estudio de José María Vallejo García-Hevia, se comprobará que en ellas (sobre todo en asuntos penales y de orden público, pero también en la interpretación de las ordenanzas) la naturaleza del gobierno y la de la justicia se mezclan (no en vano gobierno y justicia están ínsitos en la expresión de la administración de la justicia).¹⁰ Por otra parte, de acuerdo con Regina Polo Martín, los expedientes gubernativos respondieron a consultas dirigidas al Consejo, como el mismo memorial que nos ocupa, que daban lugar a la formación de expedientes de carácter judicial.¹¹ Ley, gobierno y justicia enlazan combinatoriamente, no obstante el organigrama administrativo de las salas del Consejo, sin solución de continuidad.

señorial) por parte del rey; en palabras de IGLESIA, Aquilino (1977), "Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio", *Historia. Instituciones. Documentos*, vol. 4, p. 134: "La confirmación regia supone el reconocimiento implícito del monopolio regio de la creación del derecho". Igualmente, las recopilaciones de ordenanzas, como señala LADERO QUESADA, "Las ordenanzas", pp. 307-310, tuvieron querencia por la aprobación regia.

- 8 Exactamente se trata de una aprobación de las ordenanzas locales, y la confirmación implicaría una aprobación anterior de las mismas (no de las reformadas ni por supuesto de las nuevas) por el propio Consejo. Con el sentido confirmativo aparente aludimos a una posible interpretación según la cual el procedimiento normativo se consideraría desarrollado por el concejo local, en el trabajo de la redacción de las ordenanzas, y contra la cual se mostrarían los actos de licencia y aprobación, que corresponden al Consejo de Castilla. No obstante, la integración de la actividad local en el procedimiento normativo puede admitirse como contenido de la petición que excita el procedimiento normativo del Consejo, pero desde luego en tal caso la decisión definitiva del Consejo consistirá en la aprobación, no en una confirmación, salvo que se prefiera una descripción técnicamente impropia.
- 9 Contrástese la confirmación de las ordenanzas locales con la regulación de las propias ordenanzas del Consejo de Castilla: DE DIOS, *Fuentes*, doc. 38, pp. 199-213.
- 10 VALLEJO, José María (2007), *El Consejo Real de Castilla y sus escribanos en el siglo XVIII*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 513-514. El autor se refiere a la Sala primera de Gobierno. El mismo vínculo judicial (apelaciones, por ejemplo) se detecta en las competencias de la Sala segunda de Gobierno. De las competencias de ambas Salas, y de las competencias de la Sala de Justicia, se ocupa PUYOL, José María (1992), *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 550-560, 566-567.
- 11 POLO, Regina M. (2018), *Consejos y consultas. La consulta como instrumento de gobierno en la Monarquía hispánica del Antiguo Régimen. Un estudio jurídico-institucional, con especial referencia al Consejo de Castilla*, Fundación BBVA, Bilbao, pp. 518-527.

En el iter normativo, por lo demás, la fase de redacción, una vez concedida licencia por el Consejo, transcurre por distinta sede política, normativa y jurisdiccional, porque se particulariza en el concejo de la ciudad. La elaboración normativa de las ordenanzas pertenece entonces a un campo jurídico al mismo tiempo condicionado y dispositivo. En la medida en la que el ámbito jurídico particular del concejo necesita la licencia, para articular su voluntad normativa, y la aprobación, para sancionar su validez, del Consejo de Castilla, amén de su posterior publicación para entrar en vigor, el campo normativo está condicionado, porque se trata de un ámbito institucional que no resulta normativamente autosuficiente. No obstante, la redacción del contenido de las ordenanzas no se encuentra sujeta a instrucciones jerárquicamente superiores, y obedece a la voluntad institucionalizada del concejo, que plasma su materia jurídica conforme a la valoración propia de su régimen local de ordenanzas, costumbres y resoluciones judiciales.

Quizá, con este último comentario a propósito de la capacidad dispositiva del concejo en la redacción de sus ordenanzas, no se haya expresado toda la riqueza jurídica potencial de la situación. Al depender de la ciudad la redacción de sus ordenanzas, ciertamente el concejo responde a una tradición jurídica, pacífica o conflictiva, y opta por la aplicación de determinadas disposiciones y por la consolidación o formulación de determinados derechos. Dicho de otra manera, valora derechos objetivos y concreta derechos subjetivos. Pero no se trata exactamente de una operación jurídica de calado formal, sino más bien de una operación jurídica de calado material. Esto significa que la redacción de las ordenanzas forma parte del curso dispositivo normativo de manera disgresiva: no tiene que ver con la licencia previa, que depende de la Sala de Gobierno del Consejo, ni tampoco con la aprobación final, que depende de la Sala de Justicia del Consejo, antes bien la redacción se reduce formalmente al acto de su entrega a la Sala de Gobierno, para unirse a los autos, lo que implica lógicamente su formación previa, la formación previa del texto que ha de ser entregado, pero una formación previa que ha tenido que realizarse aparte y localmente, de manera externa al procedimiento normativo formal que lleva desde la licencia a la aprobación, dominado por el Consejo. Esta visión de las cosas permite entender cómo la operación jurídica de redacción de las nuevas ordenanzas es sobresalientemente material, en un sentido discursivo, y aun dispositivo, porque esta materialización jurídica supone un realce, en la actividad de redacción de las ordenanzas, de la labor selectiva y expresiva de los derechos y obligaciones de labradores y ganaderos que en la disposición de sus normas se acomete. Exageradamente, podría decirse que en las ordenanzas el concejo de la ciudad de Antequera legisla de modo secundario, y primordialmente aborda, una vez autorizado por

el Consejo y pendiente de su aprobación (control primordialmente formal), el reconocimiento de la organización de una realidad: tierras y derechos.

Ahora bien, esta interpretación es tan necesaria como relativa. La perspectiva subjetiva (plasmación material de derechos) frente a la objetiva (curso formal de las disposiciones normativas) de la redacción de las ordenanzas tiene interés porque cohonesta con la interpretación de la función de aprobación normativa de la Sala de Justicia del Consejo de Castilla, una función de justicia, ya nítidamente perteneciente al curso formal (aprobación), en la que sin embargo los derechos vuelven a primarse. Ciertamente, si es la Sala de Justicia, y no la de Gobierno, la que aprueba las ordenanzas, es porque la formulación de derechos que ha significado su redacción puede generar un conflicto intersubjetivo, como sucede en el caso de nuestro memorial. Con otras palabras, la función de justicia del Consejo es excitada por el cruce, en el curso normativo, de un contencioso, provocado por los derechos que se contraponen a los derechos reflejados en las nuevas ordenanzas. Los siete ganaderos que impugnan en febrero la reforma o novación de las ordenanzas actúan con posterioridad al mandato de su elaboración en diciembre, y antes de que, en el mes de abril, la ciudad de Antequera haya remitido su redacción a la Sala de Gobierno. Ya entonces, en la tesitura de la redacción, o sea en la operación material de trazado de derechos, han eclosionado derechos opuestos. La interferencia contenciosa en el curso normativo produce pues una transfiguración jurídica, porque la acción de los ganaderos no introduce un trámite o incidente propio del curso dispositivo normativo, como demuestra el hecho de que ni siquiera se haya remitido todavía el texto nuevo de las ordenanzas, sino una acción que discurre, contra los derechos de las nuevas ordenanzas, a partir de los derechos generados por las ordenanzas antiguas, confirmados además por una ejecutoria judicial. Esto explica que la aprobación de las nuevas ordenanzas aparente, más que un mecanismo de reforma o novación normativa, un proceso declarativo para la resolución de la colisión de derechos nuevos con derechos adquiridos.

Así la disposición normativa de las ordenanzas nuevas es comprendida como una película o retícula de derechos que, a pesar de las formalidades del curso de perfección y validación, se desprende intelectualmente para dejar nudos los derechos que en ellas se propulsaron y sustentan frente a otros derechos opuestos. La intervención de la Sala de Justicia del Consejo en la aprobación de las nuevas ordenanzas responde a la mutación contenciosa que los ganaderos impulsan en defensa de sus derechos (sobre ordenanzas viejas) y provoca la sumisión de las coberturas formales (la colisión formal de ordenanzas viejas y nuevas en clave de la viabilidad de la reforma o novación) al enfrentamiento o colisión entre derechos viejos

y derechos nuevos. Si la aprobación de las ordenanzas nuevas depende de la Sala de Justicia es porque esta se muestra condicionada por la resolución del conflicto entre derechos (faz subjetiva positiva) y perjuicios (faz subjetiva negativa de los derechos) en las relaciones jurídicas.

La aprobación de las ordenanzas nuevas no depende sencillamente del cumplimiento de un curso formalmente adecuado de disposición normativa. No se trata de verificar una promulgación, abrogación o derogación formalmente correcta. Por otra parte, tampoco se trata aquí de un conflicto jurisdiccional. Las jurisdicciones que intervienen (el alcalde mayor, la Chancillería de Granada, el Consejo de Castilla) respetan, en su funcionamiento ante el contencioso de derechos, su posición jurisdiccional en tiempo y jerarquía, con tanta pulcritud como la operación normativa del concejo de Antequera se somete a la licencia previa y a la aprobación final del Consejo. La mentalidad jurídica que subyace en este ámbito local de formulación normativa de las ordenanzas no cuestiona la estructura gubernativa y jurisdiccional, sino que indica con toda claridad la pujanza de un territorio jurídico de cosas, situaciones, derechos y obligaciones cuya consolidación pacífica requiere instrumentos abiertos para la resolución de contenciosos previa a la fijación de toda declaración normativa.

No hay aquí acciones procesales de disposición normativa, ni normas dispuestas como constituciones exclusivas de derechos, sino disposiciones basadas en mecanismos dirimientes de conflictos de derechos y construidas desde la conexión de las vías normativas con las jurisdiccionales. La aprobación o la confirmación regia de las ordenanzas (o su negativa), por el Consejo de Castilla, se producirá al cabo, con la cristalización legal de la armonía alcanzada de derechos.

PRETENSIONES: ORDENANZAS, LEYES Y COSTUMBRES

Desde luego, la ciudad de Antequera reconoció, en la formulación de su pretensión de nuevas ordenanzas, que su aprobación correspondía al Consejo de Castilla, de la que dependía la fuerza de su vigencia en el ámbito local donde debían ser publicadas. Esa especie de sujeto colectivo al que se refiere el término de ciudad obedecía en realidad a un particular conjunto de actores defensores de su propia utilidad y conveniencia, contra los perjuicios causados por las ordenanzas viejas: el rector del Colegio de la Compañía de Jesús, el prior de San Juan de Dios y sesenta y tres consortes vecinos labradores y criadores de ganado de la ciudad.¹²

12 En la pretensión de la ciudad de Antequera, en el reconocimiento de la aprobación normativa del Consejo de Castilla iba implícito el efecto ulterior de la judicialización que resultara

En contra, Alonso de Béjar y seis consortes vecinos ganaderos defendieron la anulación de las ordenanzas nuevas, la citación de los gremios con audiencia judicial de las protestas de sus representantes y unión de las mismas a los autos para remisión al Consejo en el curso de la aprobación de la reforma de las ordenanzas, y mientras tanto la nulidad de las ordenanzas nuevas relativas a pastos y guardas de rastrojos

“como opuestas a la primitiva, e inalterable naturaleza de las Tierras comprehendidas en el termino de dicha Ciudad, a las Leyes del Reyno, y a sus antiguas Ordenanzas hechas el año de 1531. Mandando en su consecuencia, que estas, por lo que mira a los Capítulos, que hablan de Pastos, se observen sin alteracion, y se inserten como inviolables en el Quaderno de las nuevas, que se hicieren, dandoles el lugar que les corresponda; y que en su virtud ningun Labrador, ni otra persona, con pretexto alguno, adhesse, cerque, ni acote, ni haga termino redondo ningunas Tierras, ni Cortijos dentro del termino de la referida Ciudad, mas que la fanega de tierra en cada yugada, de quarenta y dos fanegas de sembradura para los Ganados de la labor, que le está concedida por el Consejo, y que todas las demás queden libres, y desembarazadas para que qualesquiera Vecinos las puedan comer, y pastar con sus Ganados, declarando assimismo por abuso, o corruptela qualesquier uso, o costumbre, que contra lo referido se haya intentado inducir, o haya introducido”.¹³

Este fragmento de las *Pretensiones* del memorial es interesante, porque confirma la transfiguración de las ordenanzas en derechos al mismo tiempo que mantiene el curso formal normativo de las ordenanzas e introduce el nuevo factor del uso o la costumbre,¹⁴ que constituye el nexo entre el derecho y la norma.

de la colisión de derechos, como demostraba la mención de la condena en costas. *Memorial*, n. 33: “La Ciudad, que el Consejo se sirva de aprobar las nuevas Ordenanzas, que se hicieron, en la forma, y modo que se hallan dispuestas, y arregladas, mandando librar el correspondiente Despacho, para que publicandose en Antequera, se guarden, cumplan, y observen inviolablemente, baxo las penas, y multas, que en ellas se establecen, y las demás que sean del agrado del Consejo, condenando en costas a las Contrarias por su injusta, y maliciosa oposicion, imponiendoles perpetuo silencio, y dando todas las demás providencias convenientes”.

13 *Memorial*, cit., nn. 6-8.

14 Para una precisión del concepto nuclear de uso en conexión con el ejercicio del derecho, GROSSI, Paolo (1992), *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne del diritti reali*,

Así, en primer lugar, la naturaleza anulable de las ordenanzas nuevas deriva de su colisión con la naturaleza de las tierras afectadas: ordenanzas frente a *res*.¹⁵ Esto significa que, para mantener la homogeneidad entre términos opuestos, las ordenanzas son contempladas materialmente, no en cuanto virtud normativa de una determinada disposición, sino como formulación de derechos y obligaciones que se consideran impropios de la cosa inmueble afectada por su ejercicio. La misma costumbre que alegan los labradores a su favor, y sobre la que van a deponer testigos, fue planteada como el objeto de un derecho de posesión.¹⁶ Por lo demás, la repercusión tenía lugar tanto en derechos públicos cuanto en privados,¹⁷ como alegaban igualmente pero en contra, cambiando costumbre, y así derecho, por perjuicio,¹⁸ los ganaderos.¹⁹

Giuffrè, Milán, pp. 171-177. Tienen mucho interés para la comprensión de la evolución de la conexión entre uso y costumbre, las consideraciones, ya situadas en tiempo de codificación, de GORDILLO, Antonio (1992), "La costumbre: ¿fuente autónoma del Derecho? Una reflexión desde la experiencia del sistema de fuentes del Derecho en el Código civil español", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n° 21, pp. 497-522.

- 15 La naturaleza de la tierra se une a la ley y las ordenanzas en la pretensión de los ganaderos cuando a favor de las ordenanzas de 1531 postulan la declaración de nulidad de algunas de las ordenanzas nuevas. *Memorial*, n. 35: "y quando a lo referido lugar no huviesse, se declaren por nulas la quarta, quinta, septima, y octava de las Ordenanzas nuevamente hechas, y las demás que hablaben de Pastor, y Guardas de Rastrojos, como opuestas a la primitiva, e inalterable naturaleza de las Tierras comprehendidas en el termino de dicha Ciudad, a las Leyes del Reino, y a sus antiguas Ordenanzas hechas el año de 1531, mandando que estas, por lo que mira a los Capítulos, que hablan de Pastos, se observen sin alteracion y se inserten, como inviolables, en el Quaderno de las nuevas, que se hicieren, dandoles el lugar que les corresponda".
- 16 *Memorial*, n. 79: "Que los Labradores han estado, y están en possession de dicha costumbre de guardar sus Cercados, y Rastrojos por los tiempos, que siempre lo han acostumbrado". No falta el desdoblamiento, de «la costumbre, y possession» de los labradores, vgr. *ibidem*, n. 113.
- 17 *Memorial*, n. 110, a propósito de las declaraciones de los testigos: "Y todos generalmente contestan de experiencia, los mas como Labradores, y por haverlo visto, y oído, ser ciertos los perjuicios, que expressa el Otrosí: que precisamente necessitan los Labradores la guarda de Cercados para mantener sus Ganados de labor: que sin ellos no pueden labrar las Tierras, en que se aventura, y pierde la cosecha, y tambien los Jornaleros, que es una gran parte de la Ciudad, con preciso desfalco de los Diezmos de la Iglesia, y perjuicio de la Real Hacienda en las contribuciones, conviniendo todos en que de llevarse a debido efecto el que se abran los Cercados, no solo se siguen estos perjuicios, sino es que es dañoso aun a los Ganados menores, y mas al Comun, si por esta causa llega a no haver trigo bastante".
- 18 En el interrogatorio de los testigos que avalan los planteamientos de los ganaderos, frente a la costumbre y la posesión de derechos se repite constantemente el término de perjuicio,

Por supuesto, los perjuicios no son sino ciertos efectos derivados del conflicto de derechos: el ejercicio del derecho de una parte puede causar perjuicio a la otra parte. El perjuicio a su vez es derecho en el sentido de que potencialmente puede resultar origen de derechos, por ejemplo a la restitución o a la indemnización. El perjuicio refuerza además la idea del propio derecho cuando se experimenta por el abuso que hace otro de su respectivo derecho. El abuso de derecho ha corrompido el derecho: ese derecho abusivo es un derecho corrupto. De manera que derechos y perjuicios se mueven en el mismo campo de las relaciones jurídicas, diríase que en la génesis de un hipotético contencioso, que puede llegar o no a producirse.

Lo significativo en el pleito que recoge el memorial comentado, dado un contencioso que sí ha llegado a producirse, es que el ejercicio del derecho subjetivo sea alegado a la manera de una consolidación en forma normativa, esto es, en calidad de uso o costumbre. El uso o ejercicio del derecho ha generado una costumbre. Por eso, si el uso o ejercicio del derecho ha sido abusivo, la costumbre generada puede ser considerada abusiva o corrupta. Lo cierto es que, sea abusiva o no la costumbre (pues esto es lo que ha de dirimir el procedimiento judicial), la costumbre aparece como una traducción normativa de los derechos, que fija con la fuerza del tiempo una disposición susceptible de ser opuesta a la disposición, con la fijeza de la escritura, de las ordenanzas. Se aprecia pues que la preeminencia del espacio jurídico de derechos no yugula una argumentación, contradictoria a la par que contenciosa, en clave de disposiciones normativas, la costumbre frente a las ordenanzas, con la necesidad de determinar la fuente que goza de preferencia o validez. Cuando la parte opuesta a la defensa de la costumbre se refiere a esta como costumbre abusiva o corrupta, está admitiendo, aun para impugnar su licitud, esa consolidación normativa de los derechos, porque aspira a contrarrestarla en virtud del mayor valor de la disposición normativa de las ordenanzas. La repetida defensa de las ordenanzas de 1531, contra las ordenanzas nuevas, actúa en esta dirección. Pero se trata de una sustitución, de derechos por normas, en gran medida

en cuanto resultado de la injusticia de aquella. Véanse a modo de ejemplo las preguntas séptima y octava del *Memorial*, nn. 257, 264.

- 19 *Memorial*, n. 216 (octava pregunta del interrogatorio por la parte de los ganaderos): "Articuló a la 8. que los dichos perjuicios, no solo se causan a los dichos Criadores, sino es tambien a el Común, y Real Patrimonio, por los menos derechos de Lanas, Pieles, y Carnes, haver menos porcion de Lanas, y Pieles con que se abastezcan los Gremios de Traperos, y Curtidores, que son los mas grandes en dicha Ciudad, y con que se mantienen los Testigos de ella en gran parte".

coyuntural, que podría explicarse por la debilidad de la alegación de los perjuicios frente a los derechos (la debilidad de una razón negativa frente a una razón positiva), pero que a la postre no oculta la predominante preservación, en la controversia, de unos derechos de explotación de la tierra recurrentes y específicamente descritos, cuales son los que protegían aquellas ordenanzas viejas. La prueba de que permanece incólume la preeminencia de los derechos sobre la costumbre que generan reside en la consideración de la costumbre como el objeto de un derecho de posesión. La *res*, por lo demás, representa el camino inverso a la manifestación del derecho como norma, sustituyendo los derechos por los bienes sobre los que se ejercen, también con una finalidad de consolidación, expresando un régimen jurídico de explotación como propio de la naturaleza de las tierras, de suerte que las ordenanzas nuevas, más allá de la vulneración de disposiciones y derechos anteriores, vendrían a trastornar una forma de aprovechamiento consustancial e inherente a la existencia del inmueble. Así también, cuando se afirma que la costumbre es objeto de un derecho de posesión, la costumbre (luego los derechos que la generan) se sumerge en la naturaleza de la cosa poseída, absorbida por la sustancia de la *res*.

En segundo lugar, la misma colisión normativa que estallaba entre costumbre y ordenanzas afecta a las disposiciones normativas de las ordenanzas nuevas, por una parte, y tanto las leyes del reino (*ius regium*) cuanto las ordenanzas viejas, por otra. En el caso de las leyes, rige una preferencia normativa o una referencia de respeto cargada sobre las ordenanzas nuevas, mucho menos concreta que la ligada a las ordenanzas viejas, porque mientras las ordenanzas (viejas o nuevas) se caracterizan por tener una naturaleza no solo material (su contenido) sino también formal (su curso de aprobación), las leyes, sin mayor precisión, tienen una naturaleza exclusivamente material, en la que a priori solo se puede presumir su determinación por la voluntad regia. Aunque la misma voluntad regia, a través del Consejo de Castilla, funda la validez de las ordenanzas en el acto de su licencia, aprobación y eventual confirmación, concediéndoles un aval que entraña una fuerza jurídica que bien podría configurarse como una virtud legal, la ley es un injerto normativo con sobrevalor que la voluntad regia aplica de manera selectiva pero sin condicionamientos previos, y que puede predicarse de aquellos actos de validación formal, por la coincidencia en la voluntad jurídica de la que emanan, pero no forzosamente del contenido de las ordenanzas. Por lo tanto, la mención de la ley es más extensa, y engloba todas las normas a las que la voluntad regia haya concedido este sobrevalor, cuyo respeto pesa sobre la manifestación formal y material de las ordenanzas nuevas. Las leyes del reino no se añaden a modo de delimitación de una jerarquía normativa, porque esta idea significaría obviar

que la ley es un concepto radicalmente material, un injerto normativo en un conjunto variable de actos jurídicos de disposición normativa (ordenamientos, pragmáticas, cédulas, provisiones, decretos, órdenes...), entre los cuales no hay por qué excluir a las propias ordenanzas (a despecho de la coexistencia del sentido material del propio término de ordenanzas, atendidas ya no desde el plural del acto formal de su cuerpo entero sino desde el singular de cada uno de los preceptos que las componen), sino que antes bien la referencia a las leyes (así en la cláusula "Leyes, y Ordenanzas" recogida en el memorial), significa una extensión de las ordenanzas hacia la totalidad del *ius regium*, en la plenitud de sus manifestaciones normativas de aprobación regia directa o indirecta, en cuanto derecho objetivo que las ordenanzas nuevas deben respetar, y del que sobresalen las ordenanzas viejas.

Se tropieza así con la peculiar manera (intermedia) de entender el respeto al derecho viejo junto a la propensión al derecho nuevo característica del derecho castellano, porque el respeto al derecho viejo es un problema anterior (perteneciente al curso normativo y pendiente de derechos adquiridos) que no empece la equipotencia del derecho nuevo una vez que ha sido aprobado por la misma o superior fuente de legitimación jurídica. En la situación concreta de los derechos jurídicos afectados por las ordenanzas, esto mismo va a querer decir la aseveración de que las ordenanzas nuevas deben respetar las ordenanzas viejas. La única particularidad reside en que la referencia a la ley añade un factor de generalidad normativa que enfocado a las ordenanzas viejas se convierte en una referencia reducida al mismo ámbito de particularidad local, directa y específicamente acomodada al ejercicio de determinados derechos sobre determinadas cosas (tierras del término de la ciudad de Antequera). Por eso una solución técnica normativamente poco traumática, tanto contra la inmovilidad como contra la abrogación, consistiría, como se propone, en la inserción de las ordenanzas viejas (o de la parte conflictiva, como los capítulos de pastos) en las ordenanzas nuevas, alumbrando un único régimen (a la manera de fusión temporal) de derechos.

En tercer lugar, la armonía hipotética entre ordenanzas viejas y nuevas se traduce en un régimen de derechos que consiste en la determinación de las tierras libres de uso común para pasto de ganado,²⁰ prohibiendo a los

20 Para una valoración jurídico-económica de la importancia moderna de los bienes comunales y baldíos en relación con los bienes propios, MORENO, José R. (2002), "La lógica del comunal en Castilla en la Edad Moderna: avances y retrocesos de la propiedad común", en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (coords.), *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, Centro de Estudios

labradores que acoten una medida de tierra de pasto superior a la concedida por el Consejo. La colisión normativa tiende a resolverse mediante un equilibrio de derechos, entre concesiones y prohibiciones. El incumplimiento de este régimen es considerado un abuso, o quizá mejor no constituye abuso tanto el incumplimiento del régimen cuanto el desarrollo anterior o posterior de un uso o costumbre que lo contraviene. Este matiz no es irrelevante, porque en esta situación se exterioriza, más que un problema de técnica y eficacia normativa, el conflicto en el que desemboca el ejercicio de un derecho abusivo (abuso de derecho). El derecho abusivo lo es porque se manifiesta como el efecto de una norma, el uso o la costumbre, tal y como las ordenanzas manifestaban su consumación jurídica en el plano del ejercicio de los derechos reconocidos. A la postre, la costumbre remite a un mundo de derechos yuxtapuestos y conflictivos, de modo que, contemplando la realidad desde la perspectiva de estos derechos, hay derechos en la costumbre que se validan por su reconocimiento en las ordenanzas, y derechos reconocidos en la costumbre que quedan en este limbo consuetudinario si no es que al fin, por su embate a los derechos reconocidos en las ordenanzas, devienen, por este contraste, abusivos. Al mismo tiempo esos derechos consuetudinarios no reconocidos en las ordenanzas pueden decirse coexistentes con los derechos que proyecta la costumbre que provoca la observancia de las ordenanzas.

SUPUESTO: LA EJECUTORIA DE LAS ORDENANZAS VIEJAS

La idea de que los siete ganaderos (Alonso de Béjar incluido) que se oponían a las ordenanzas nuevas establecieron su posición jurídica principalmente en clave de derechos (diluido o inexistente el conflicto formal de disposiciones normativas u ordenanzas viejas y nuevas), se demuestra también en la circunstancia de que hicieran valer una ejecutoria de 8 de julio de 1743 de la Real Audiencia y Chancillería de Granada.

Esta ejecutoria introducía una norma judicial (estilo en el *ius regium*) que, desde el punto de vista de la conexión entre disposiciones normativas, reforzaba la validez de las ordenanzas de 1531 frente a la costumbre en contrario en la que se basaba la elaboración de las ordenanzas nuevas. A

Registrales, Madrid, pp. 147-152 y 160-169. En cuanto al objetivo, relevante en el pleito de nuestro memorial, de «Defender a ultranza los bienes comunales no sólo del deterioro, en su capacidad productiva, sino también, y sobre todo, de su privatización por lo que respecta a los derechos de propiedad y a los derechos de usufructo colectivo», valga el estudio, al que pertenecen las palabras transcritas, de GARCÍA SANZ, Ángel (1980), "Bienes y derechos comunales y el proceso de su privatización en Castilla durante los siglos XVI y XVII: el caso de Tierras de Segovia", *Hispania*, vol. 144, pp. 97-99, 105-106 y 111-124.

modo de ecuación, despejadas las ordenanzas (viejas y nuevas), la incorporación del estilo permitía equilibrar el miembro opuesto al que contaba con la costumbre. Es más, en verdad rompía el equilibrio, porque el estilo añade la ínsita fuerza de ley (tribunal del rey) con la que no cabe presumir cuente la costumbre. Con independencia de esta operación lógica, o a la sazón, así como la costumbre remitía al ejercicio de los derechos, el estilo judicial presume un contencioso, afronta derechos y perjuicios y dirime el ejercicio de los derechos. En este sentido, la alegación de la ejecutoria reafirma la percepción de que es el argumento de los derechos subjetivos el que condiciona el procedimiento de revisión normativa de las ordenanzas.

La ejecutoria fue el resultado final de un recorrido procesal que comenzó con la acción de Francisco de Palma y once consortes vecinos criadores de ganado en Antequera que, basándose en las ordenanzas viejas de 1531 a favor de la utilidad común, reclamó contra la práctica de los labradores consistente en levantar cercas y acotar dehesas para impedir a los vecinos el pasto de su ganado, así como en enajenar las parcelas,²¹ cuando no les interesaba su explotación, “por la mayor parte a Forasteros, en perjuicio de la Causa publica”.

El alcalde mayor que asumió en principio la competencia jurisdiccional sobre la controversia mandó, el 30 de junio de 1741, obtener testimonio de las ordenanzas viejas, en las que quedaba clara la prohibición de venta de los pastos a forasteros (permitida a los vecinos) por su calidad de “común, y valdío”, y se establecían límites bajo penas pecuniarias (atendiendo al tipo de ganado y de yerbas y rastrojos, orden y tiempo de pasto, diurno o nocturno) para que el pasto común del ganado, que por supuesto también se protegía bajo pena contra cercas y dehesas, no provocase la infertilidad de la tierra.²²

21 Sobre las usurpaciones ilegales, los cerramientos y las enajenaciones, a propósito de la tensión entre bienes privativos y bienes comunales, LANZA, Ramón (2012), “La enajenación de bienes comunales en la Castilla del siglo XVII: naturaleza y alcance de un expediente fiscal”, en PÉREZ ÁLVAREZ, María J. y MARTÍN GARCÍA, Alfredo (eds.), *Campo y campesinos en la España moderna. Culturas políticas en el mundo hispano*, Fundación Española de Historia Moderna, León, vol. II, pp. 376-382.

22 *Memorial*, nn. 9-15; la reproducción del contenido de las ordenanzas en nn.: “12. Y puesto, resulta de él, mandarse por una de las Ordenanzas: Que los Vecinos de Antequera, o qualesquiera otras personas, que sembrassen en los Terminos de ella, no puedan vender, ni vendan los Rastrojos a ningunos Forasteros, pues la Yerva de aquel Termino es comun, y valdío, a excepcion de que lo hayan de comer con sus Ganados, o venderlos a Vecinos de aquella Ciudad; y en el caso de que los huviesssen de comer, se guardasse la orden de que la espiga fuesse con Ovejas, o Puercos, que estuviesse nueve dias; y passados, entrassen los Bueyes, y Bacas, y otros Ganados de los Vecinos; y si los Rastrojos fuessen tan grandes, que

Es significativo que, en el memorial, la reproducción de la ordenanza primera (n. 12) añadiera una nota marginal que rezaba: “*No consta estén aprobadas por Tribunal alguno*”. La conveniencia de la aprobación judicial se corresponde con la aprobación posterior de las nuevas ordenanzas precisamente por la Sala de Justicia del Consejo de Castilla, pues también respecto de las ordenanzas viejas resultaba presupuesto de validez y vigor, aprobación mediante, la intervención de un órgano con función de justicia, a modo de fiscalización de la lesión de derechos derivada de los derechos regulados por el material normativo. El estilo judicial reflejaba así su fuerza de ley, al modo de un refuerzo normativo, como si la aprobación regia del texto de las ordenanzas requiriese, en cada precepto u ordenanza que lo constituía, una recarga de validez, lo que no deja de remitir una vez más al campo del ejercicio concreto de los derechos, como si el uso generado por las ordenanzas debiera ver controlado por el órgano judicial en cuanto a su condición *secundum legem*. La falta de aprobación judicial, o la falta de la confirmación judicial del ejercicio de los derechos, debía debilitar, por lo tanto, la virtud normativa de las ordenanzas.

Según la información manejada por el alcalde mayor, los labradores de la ciudad de Antequera discutieron al cabo de un lustro largo la adecuación de las ordenanzas de 1531 a sus intereses. Parece que ya en febrero de 1592 se dirigieron al Consejo de Castilla, basándose en las ordenanzas anteriores confirmadas por el propio Consejo, en las que se permitía a cada vecino la construcción de un cercado de una determinada dimensión proporcional de cortijo, si bien

no pudiessen acabarse en los nueve días, comiessen a hecho, y en lo que quedasse entrassen los Ganados, *imponiendo la pena*, en caso de contravencion, de 600. mrs. por manada de Ganado menor de noche, y 300. de día; y siendo menos, quatro maravedis por cabeza de noche, y dos de día; y por el Ganado mayor a 8. mrs. de día por cabeza, y 16. de noche. / 13. Por otra se previene, que todo el Termino de aquella Ciudad sea pasto comun a todos los Ganados de los Vecinos, para que lo puedan comer despues de alzada la gavilla, y comido el rastrojo la primera vez, excepto que en las Dehessas, y Ruedo, Prados, y Egidos quedassen, para las cosas que la Ciudad tenia ordenadas; y esto se entendiesse en todas las Tierras, que se labrassen, o no. / 14. Por otra, que las Tierras del Termino de aquella Ciudad, que no estuviessen repartidas, ninguna persona las arasse, ni ocupasse, dexandolas valdías para pasto de los Ganados, pena de 600 mrs. la tercia parte para el Acusador, y las dos para la Ciudad. / 15. Y por otra, que ninguna persona pudiesse cercar Tierra en sus Cortijos, fuesse de Señoría, o Realenga, con pan al reedor, para aprovecharse de la Yerva con sus Ganados, pena de que la puedan entrar a comer por donde el pan estuviessen mas angosto, y de 600. mrs. por tercias partes, como el antecedente”.

“por experiencia se havia visto era poco el Cercado concedido para el pasto de Ganados, por haverse reducido la Tierra a labor, y tener necesidad los Labradores de ser ayudados para que pudiesen labrar”.

En consecuencia, la ciudad de Antequera había solicitado al Consejo de Castilla, con informe del corregidor, y obtenida por provisión de 20 de febrero de 1592, la concesión de facultad a los labradores

“para que en cada yugada de 42. fanegas, que labrase en sus Cortijos, pudiesen acotar una para el pasto de sus Ganados, la que estuviese reservada, y sin romper, para el sustento de ellos, sin incurrir en pena alguna”.

A pesar de estos lejanos antecedentes, el alcalde mayor de Antequera mandó, en un auto de 4 de julio de 1741, el cumplimiento de las ordenanzas, y publicó un bando estableciendo penas para los contraventores. De modo que la autoridad judicial respaldó una interpretación ceñida a las ordenanzas de 1531 contra la extensión de los derechos reconocidos a los labradores.

El bando del alcalde mayor de Antequera no resultó pacífico. Se precipitaron entonces quejas y controversias entre los labradores y los dueños de ganado

“ocasionado de haver inmutado la costumbre, que la Ciudad, teniendo-la por conveniente, havia observado por ley, y era de que los Labradores, sin embargo de qualesquier Ordenanzas antiguas, tuviessen cada uno en su Cortijo, para pasto de los Ganados de su labor, la hoja que llaman de herial, para la Yerva, y los Rastrojos, en conformidad de una de las Ordenanzas, lo que se havia alterado con la publicacion del Vando, atropellando los Rastrojos, sin distincion de tiempos, prefiriendo el beneficio particular a el comun; pues la compra de Ganados, que hacían fuera algunos Particulares, destruían los Pastos, sacandolos despues a vender a otras partes, sin utilidad de la Ciudad, y del Comun”.

Por lo tanto, contra la ratificación de las ordenanzas por parte del órgano judicial los labradores alegaban ahora una costumbre conveniente e inmemorial, a la que se atribuía fuerza de ley. A estas alturas, el valor de ley de esta costumbre se deducía puntualmente de tales particulares calificativos, y no de una interpretación de las ordenanzas viejas, esto es, no se fundamen-

taba en una costumbre sostenida *secundum legem* (según las ordenanzas). La costumbre conveniente e inmemorial se contraponía así a una costumbre o uso introducido o inducido,²³ y por eso es perfectamente coherente con que se sostuviera en una fuente de legitimación que no era una disposición normativa ni la aprobación judicial, sino el hecho de encontrarse, en ese indeterminado y extensísimo lapso de tiempo, “consentida por la Ciudad”, lo que podía llegar a significar incluso que la costumbre sobrecentenaria constituía la verdadera naturaleza en la que se habían diluido las ordenanzas anteriores (con mayor motivo a falta de aprobación judicial).²⁴

Por otro lado, no debe perderse de vista que el predicamento legal (observada por ley) de la costumbre conveniente e inmemorial se declaraba como una fuerza jurídica invencible por “qualesquier ordenanzas antiguas”. He aquí, a pesar de las apariencias, el conocido incólume respeto a la ley propio del derecho de Castilla, porque solo la virtud legal (incluso en la costumbre inmemorial) alcanza a rectificar otra norma con virtud legal (las ordenanzas viejas), máxime cuando la virtud legal es indirecta tanto en la costumbre (en la que se presume por su carácter inmemorial) cuanto en las ordenanzas (cuando es el Consejo Real el que aprueba una redacción local, y no el propio rey el que las dicta).

La legitimación de la costumbre conveniente e inmemorial, separada respecto de las ordenanzas (o respecto de una costumbre estrictamente de-

23 En la pretensión de los ganaderos el abuso o corruptela contra las ordenanzas circula como uso o costumbre; *Memorial*, n. 35: “declarando asimismo por abuso, o corruptela qualesquier uso, o costumbre, que contra los referidos se haya intentado inducir, o haya introducido”.

24 *Memorial*, n. 16: “Tambien resulta, que en 20. de Febrero de 1592. ocurrió al Consejo la Ciudad, haciendo relacion de que antes que se huviessen mandado componer las Tierras valdías, y reducir las a labor, tenia Ordenanzas confirmadas por el Consejo, para que cada Vecino tuviesse un cercado junto a la hera hasta en cantidad de dos fanegas, que tuviesse quatro yugadas de Cortijo». *Ibidem*, n. 119: «Articuló la Ciudad a la 2. Pregunta, si sabían, que sin embargo de que por las antiguas Ordenanzas del año de 1531. se previno, que ninguna persona fuesse osada a cercar Tierras con sementera en sus Cortijos, ya fuesen de Señorío, o Realengos, con animo de aprovecharse de las Yervas que produxessen, para que se las comiesse con sus Ganados; y aunque con el motivo de la composicion, que despues se hizo de algunas Tierras valdías, reduciendolas a labor, se concedió facultad Real por el Consejo a los Labradores de dicha Ciudad en 20. de Febrero de 1592. para que pudiesen cercar, y acotar para el Ganado de sus Labores una fanega de Tierra de cada yugada de 42. fanegas, havia tenido la Ciudad por justo, y conveniente, demás de 100. años a esta parte, tolerar, y cosentir el que no se observen en quanto a esto por los Labradores dichas Ordenanzas”.

ducida de las ordenanzas), en su percepción como uso de derechos, fue reforzada por sus defensores mediante una valoración de la justicia de su prescripción inmemorial,²⁵ a raíz de que los labradores pusieran directamente las ordenanzas en tela de juicio a finales del siglo XVI, de lo que constaba testimonio en una provisión del Consejo de Castilla de 26 de abril de 1610. A su propósito, el 21 de mayo la ciudad de Antequera reconocía una observancia de las ordenanzas limitada a la prohibición de venta del rastrojo a forasteros, pero... "en lo demás no, por ser injusta". Frente a la injusticia de la ordenanza había brotado, así pues, una costumbre, que tuvo que mantenerse suficientemente consolidada en la medida en la que no constó se hiciera efectiva la petición de reforma de las ordenanzas al Consejo. En consecuencia puede afirmarse que, no obstante el antecedente ordenancista, la naturaleza jurídica consuetudinaria sobrepujará, por mor de su observancia de largísimo tiempo, pacífica y sin contradicción, al menos hasta el pleito sustanciado ante la Chancillería.²⁶

En realidad, la costumbre de los labradores acusó el embate mucho antes de la resolución de la Chancillería. La provisión del Consejo de 31 de mayo de 1644 se mostró contraria, por iniciativa de un acuerdo de la propia ciudad de Antequera, a los cierres de tierras y cortijos contra el apro-

- 25 Para la comprensión de las diferencias y el nexo entre costumbre y prescripción en la doctrina jurídica castellana, DE DIOS, Salustiano (2006), "Doctrina jurídica castellana sobre costumbre y prescripción (1480-1640)", en DE DIOS, INFANTE, ROBLEDO y TORIJANO (coords.), *Historia de la propiedad*, pp. 248-281, aunque una investigación cabal requeriría, más que la glosa sucesiva de los doctores, el contraste sistemático y problemático de sus ideas.
- 26 Efectivamente, los labradores articulan en su interrogatorio de testigos (cuarta pregunta) el argumento de una costumbre no contrariada hasta la sustanciación del pleito en la Chancillería. *Memorial*, n. 137: "Articuló, que en esta possession han estado los Labradores todo el referido tiempo quita, y pacíficamente, sin que se haya contradicho, ni reclamado por ningun Ganadero, ni otra persona alguna, hasta que se suscitó el Pleyto de la Chancillería de Granada, cuya Executoria se halla en Autos". No obstante, el término de costumbre se sustituye por el de «estilo» (pacífico, como la costumbre: «sin memoria en contrario», en el margen del memorial) asimismo antes de la sustanciación antedicha, en la sexta pregunta del interrogatorio de testigos por parte de los labradores, acaso con una tendencia de valor judicializante. *Ibidem*, n. 146: "se ha observado en Antequera el estilo de que los Labradores guarden sus Rastrojos hasta mediado, o fines de Septiembre, para el aprovechamiento de sus Ganados de Labor, sin que se haya contradicho por persona alguna, hasta que llegó el caso del Pleyto de la Chancillería de Granada". No es la única sustitución del término de costumbre, pues *ibidem*, n. 157, pregunta octava del interrogatorio por la parte de los labradores, se prefiere el de práctica: "Articuló, que esta practica de guardar Cercados, y Rastrojos, no solo es observada en Antequera, sino es en otros muchos Pueblos de Andalucía".

vechamiento común. No extrañará entonces que la costumbre contrariada agradeciera, en la opinión de los labradores, el dictado de un nuevo bando, a lo que se opusieron los criadores de ganado alegando que la nueva información requerida por el alcalde mayor resultaba extemporánea, y que no cabía la prescripción de las yerbas y los pastos públicos.²⁷

La información, no obstante, se llevó a efecto, y el auto de 18 de julio del alcalde mayor ordenó la suspensión del bando en vigor “guardandose la costumbre, quedandose las cosas en el ser, y estado que tenían antes de la publicación”. Se trataba de un auto de ejecución, del que se daba traslado a los ganaderos, que decidieron entonces recurrir a la Chancillería.

En sus alegaciones los ganaderos desarrollaron una historia jurídica de la tierra de Antequera, desde la reconquista y el repartimiento de tierras subsiguiente, confirmado en 1490

“todas con la condicion de que no se havian de cerrar, sino de que havian de quedar sus Pastos, Yervas, Retamas, y demás para el Comun, en conformidad de la Ley Real”.

La ley real, en su sentido local confirmativo, se particularizaba en una sucesión de ordenanzas, de 1540 y 1570, contrarias a los cercados y al impedimento de pastos. Los ganaderos concretaron el origen del conflicto en estas ordenanzas de 1570, que habían añadido la posibilidad de que en cada cuarenta y dos fanegas de tierra el labrador cercase en su cortijo dos fanegas para pasto de ganados, dejando el resto para el pasto común. Esta proporción 2/42 era mayor que la proporción 1/42 defendida por los labradores con el amparo de la provisión del Consejo de 20 de febrero de 1592. En cualquier caso, los ganaderos explicaron que los labradores habían cercado sus tierras sin respeto de ninguna proporción, y pidieron que “en conformidad de las Leyes Reales, y Ordenanzas de la Ciudad” se prohibiese a los labradores el acotamiento de tierras “mas que la fanega de tierra de cada yugada de 42. de sembradura para los Ganados de su labor”. Se reconocía por lo tanto un cierto avance de la costumbre de los labradores, en la medida en que resultaba fundada en la provisión del Consejo, pero sin dejar de advertir de que la costumbre de los labradores había tendido constantemente a una práctica abusiva.

27 *Memorial*, nn. 16-22, 51-53, 181-182, 227-228.

Trasladados los autos a los labradores, es muy interesante cómo los fundamentos de sus alegaciones introdujeron una novedad. Por supuesto, la razón consuetudinaria se mantuvo:

“alegó la Ciudad, pretendiendo se observasse la costumbre de que los Labradores huviessen de cercar la Tierra de Rastrojo para herial, desde la sintera hasta passado Mayo, y que los Rastrojos se guardassen por aquel tiempo que pareciesse preciso, segun la cosecha, para que el Labrador lo comiesse con sus Ganados; y los que despues entrassen, huviessen de ser de los Vecinos Criadores de Antequera, y no de Merchantes, y grangería”.

Esto suponía un reconocimiento de la disfunción que suponía la intervención de extranjeros en el tráfico económico de tierras. Pero, además, los labradores, como si la legitimación de la costumbre conveniente, inmemorial y justa (o su interpretación favorable pero limitada) se considerara insuficiente, incorporaban un argumento que reducía el conflicto normativo a la interpretación de las ordenanzas y a su posibilidad de reforma o novación, aclarando incógnitas sobre las sucesiones normativas:

“Y presentó un Testimonio, dado por el Escrivano de Ayuntamiento, en que se da fe, que en el Libro de Ordenanzas de aquella Ciudad hay una, que previene, que por quanto los tiempos se mudan, y segun ellos se deben variar las Ordenanzas, pues de lo contrario se seguiría grave perjuicio a la Republica, como tambien si se hiciesse sin mirarlo bien: Mandaron, que la Ciudad pudiesse hacer Ordenanzas de nuevo, y enmendar las hechas, creciendo, o menguando, o revocando la que le pareciere, segun los tiempos; y esto lo pudiesse hacer en los días de Cabildo, y en él, despues de las ocho de la mañana, y no antes, y con tal, que para ello fuessen especialmente llamados todos los Regidores, y Jurados, y Personas de Cabildo, y ante el Escrivano de él; y para tratar de esto se haga a lo menos dos Cabildos, en que se hable de ello, y las Ordenanzas, o revocaciones assi hechas, valgan, y no de otra forma”.

Abogar por la reforma o novación de las ordenanzas retrotrae al punto de partida del memorial analizado, luego las ordenanzas afectadas son claramente las de 1531. Las ordenanzas de 1570 quedaban así preteridas, acaso por insatisfactorias desde el punto de vista del interés de los labradores, como quien prefiere objetar a la totalidad y aspira a una trans-

formación absoluta. Teniendo en cuenta la extensa evolución temporal del conflicto, esta posición resultaba, paradójicamente, un reconocimiento de la tendencia por parte de los labradores al abuso de derechos. Pero, desde la perspectiva de la técnica jurídica, este reconocimiento no provoca empacho no solo porque hay que conjeturarlo, sino también en cuanto queda soterrado, precisamente porque no son ahora los derechos y perjuicios los que se encuentran en primer plano, sino las disposiciones normativas de las ordenanzas y sus mecanismos de reforma o novación. Puede tener que ver en ello, sin duda, el transcurso del tiempo: las distintas ordenanzas, la intervención de la justicia local, de la Real Audiencia y Chancillería y del Consejo de Castilla, ha provocado la producción de unas disposiciones normativas que paulatinamente han ido superponiéndose, con sus propios conflictos, a la colisión del ejercicio de los derechos. Acaso esta controversia jurídica, que arranca en el siglo XVI y termina en el siglo XVIII, acusa una concepción del sistema jurídico en el que las estructuras formales, que implican actos dispositivos de instituciones administrativas y judiciales, organigramas de poder jurídico, han alcanzado una naturaleza imperativa cada vez más condicionante del ejercicio de los derechos, que exige en consecuencia que todo cambio en el ejercicio de los derechos venga legitimado y validado por una previa decantación de las disposiciones normativas vigentes. Los márgenes potestativos de las disposiciones jurídicas altomodernas, bajo la vibración prevalente de las relaciones jurídicas y de sus derechos y obligaciones, se transforman en los márgenes imperativos de las disposiciones jurídicas bajomodernas, quizá en una paulatina y lenta transición hacia un sistema jurídico con una formalización de fuentes más precisa, o más rígida y menos flexible.

Es evidente que, insistiendo en la perspectiva de la técnica normativa, la cuestión se ha reducido a un campo formalmente estricto de ordenanzas, viejas y nuevas. No hay en el párrafo transcrito referencia a la costumbre, como elemento de interferencia, ni a la aprobación judicial, con su decantación de derechos. El asunto se constriñe a la naturaleza jurídica del tiempo normativo en lo que atañe a las ordenanzas: los cambios temporales justifican su enmienda y novación, y aun su revocación. En la misma línea se describen los cauces formales de la disposición normativa de las ordenanzas: criterios espacio-temporales en orden a garantizar la publicidad (en lo que se percibe una atención en segundo plano a los derechos afectados y a la posibilidad de su defensa, pero ahora no por vía judicial, sino en el procedimiento normativo de redacción ordenancista) y determinación de la composición del órgano de producción normativa, como factores y elementos de una forma *ad validitatem*.

En este sentido estrictamente dispositivo (ni consuetudinario ni judicializa-

do) es muy sugerente la nota marginal que recibe la ordenanza testimoniada: *"No consta esté aprobada por el Consejo, ni otra parte alguna"*. Si se recuerda, la primera de las ordenanzas de 1531 había recibido una nota marginal semejante, que hacía sin embargo hincapié en la ausencia de aprobación judicial. Parece así que la competencia jurisdiccional del alcalde mayor (más próxima a la *res*, a la tierra) contemplaba la normativa con el prisma de la colisión de derechos, mediante la necesidad de su aprobación judicial (habitualmente contenciosa, potencialmente voluntaria), mientras la superior competencia jurisdiccional de la Chancillería ha pasado a contemplar los derechos con el prisma de la colisión de las disposiciones normativas, mediante la valoración de las condiciones de validez de las ordenanzas y su sucesión temporal.

Por cierto que, así las cosas, resulta difícil resistirse a llamar la atención, atendiendo a las notas marginales del memorial, sobre los tintes fantasmagóricos de la secuencia de un problema jurídico centrado, desde la perspectiva de los ganaderos, en una ordenanza con la carencia de la aprobación judicial, y a su vez, desde la perspectiva de los labradores, en una ordenanza con la carencia de la aprobación del Consejo.

Seguirán, en la fase de información ante la Chancillería, pruebas documentales y testificales, su publicación, las alegaciones de las partes y la conclusión, hasta el pronunciamiento de la sentencia el 28 de mayo de 1743:

"mandando, que de alli en adelante el Concejo de Antequera se arreglasse a las Ordenanzas, que constaban de estos Autos, sin contravenir a ellas en manera alguna, y las hiciesse observar, y guardar en todo, y por todo, y para ello publicar el Vando pedido por Don Francisco Palma, y demás Consortes, Dueños, y Criadores de Ganado; y se reservó su derecho al Concejo, para que en razon de lo deducido sobre que se observasse el estilo, y costumbre, en que dixo estaban los Labradores, de cercar la Tierra, que quedaba de rastrojo para herial, desde la sintera hasta passado Mayo, y que los Rastrojos se guardassen para tiempo commodo, que fuesse preciso, segun la cosecha, para comerlo con sus Ganados, usasse de él, como, y donde le conviniessse".

La ratificación de las ordenanzas, defendida por los ganaderos, excluida su novación, viene acompañada por el reconocimiento del "estilo, y costumbre" alegado por los labradores. La Real Audiencia y Chancillería de Granada mantenía así la descripción del contencioso en términos tradicionales, contemplando salomónicamente el vigor de las viejas ordenanzas y aceptando la vestidura consuetudinaria de otros derechos; el estilo, a estas

alturas, se mueve entre la sinonimia consuetudinaria y su eventual reconocimiento judicial. Mas la sentencia de la Chancillería resuelve un contencioso y por lo tanto no contrasta formalmente las disposiciones normativas, sino que dirime los derechos. En rigor, la decisión en la que reside su propio estilo consiste en la consolidación de una situación jurídica respecto de la cual se excluyen expansiones y abusos, por una u otra parte. En este sentido, la costumbre se reconduce a ser percibida *secundum legem*, y no *praeter ni contra legem*,²⁸ porque la decisión judicial en sí misma entraña un reforzamiento sanado o validado del campo jurídico de los derechos.

No hubo recurso de suplicación interpuesto por los labradores, lo que debilitará su posición cuando impulsen ante el Consejo, con un criterio preeminente de producción normativa con el que ya habían amagado su acción ante la Chancillería, la elaboración de nuevas ordenanzas. Los ganaderos pidieron carta ejecutoria que se despachó y presentó ante el alcalde mayor de Antequera el 18 de octubre.²⁹ Ya sabemos lo que sucederá después.

CONCLUSIÓN

Contemplamos así en este pleito del siglo XVIII una secuencia jurídica que consiste en un procedimiento normativo que puede culminar en la confirmación de unas ordenanzas viejas, en su reforma o en la aprobación de unas ordenanzas nuevas. El procedimiento normativo se articula entre los términos *a quo* de la licencia y *ad quem* de la eventual aprobación. El órgano, del que dependen licencia y aprobación, y con potestad para la sustanciación del procedimiento, es el Consejo de Castilla, en representación del rey, de lo que se deriva una potencial atribución de fuerza de ley a la norma aprobada. El objeto de este procedimiento normativo son unas ordenanzas de redacción local cuya preservación, modificación o innovación se dirime a raíz de las representaciones recibidas de las partes enfrentadas en una controversia jurídica sobre su interpretación y consumación.

El procedimiento normativo entraña una actividad jurídica por parte del Consejo que responde a un encadenamiento subsecuente de funciones de gobierno y de justicia. Los actos de la Sala de Gobierno del Consejo en

28 No en vano en el memorial se recoge la previsión del Consejo de Castilla en orden a la observancia de la "costumbre actual" mientras se elaboran las nuevas ordenanzas. *Memorial*, n. 37: "Y habiendose mandado, con parecer del señor Fiscal, en 6. de Diciembre del mismo, que la Ciudad, en el termino de treinta dias, formasse las dichas Ordenanzas, y dentro de otros treinta las remitiesse para su aprobacion, y en el interin observasse, en quanto a la Ordenanza, la costumbre actual en que se hallaba".

29 *Memorial*, nn. 23-32.

orden a la concesión de la licencia respecto de la petición recibida y en lo sucesivo configuran un expediente gubernativo, mas la resolución definitiva por parte de la Sala de Justicia del Consejo, en relación con las pretensiones manifestadas contenciosamente, implican el desempeño de una competencia judicial, cuyos actos constituyen un procedimiento judicial incrustado en el procedimiento normativo.

El procedimiento judicial encaja en el procedimiento normativo porque la aprobación de las ordenanzas no se comprende como una función normativa formalmente diferenciada de la administración gubernativa o de la justicia, antes bien la propia función normativa del Consejo se revela precisamente en función de gobierno o función de justicia, que por lo demás no son, en el caso del procedimiento normativo, funciones alternativas, sino funciones que engarzan sin contradicción. A mayor abundamiento, la Sala de Justicia del Consejo, cuando a los efectos de la aprobación de las nuevas ordenanzas tiene que valorar distintas disposiciones normativas, debe activarse judicialmente porque revisa, entre ellas, una sentencia judicial dictada anteriormente por la Real Audiencia y Chancillería de Granada. Pero al hacerlo, en su máxima altura consiliar, junto a la valoración añadida de todas las disposiciones pertinentes (ordenanzas, leyes, costumbres, además de resoluciones judiciales) ordena y baraja un seno común que responde a una concreta finalidad normativa cual la decisión sobre la aprobación de las ordenanzas.

La causa y consecuencia de la inserción del procedimiento judicial en el procedimiento normativo, en nexo con el expediente gubernativo que lo precede, reside en una concepción jurídica que no solventa las posibilidades de confirmación, reforma o novación de las ordenanzas a partir tan solo de las relaciones formales entre las disposiciones normativas (incluido el potencial reconocimiento del uso o la costumbre como elementos en los que desemboca o que se oponen a la consumación de las ordenanzas), sino también y primordialmente en virtud de la consideración de los derechos en su ejercicio, a tenor o al margen (de ahí la eclosión normativa de la costumbre) de las disposiciones normativas, y los eventuales perjuicios generados en las relaciones jurídicas. El fin del procedimiento normativo no es tanto la fijación formal de una nueva disposición normativa cuanto la valoración y la delimitación pacífica del ejercicio de los derechos reales privados y comunes; por eso incluye la posibilidad de un procedimiento judicial que elimine o aclare los contenciosos detonados.

El mundo jurídico moderno castellano se presenta en fin y en esencia como una realidad o malla de derechos jurídicos, ajurídicos y antijurídicos, palpitanes y activos en un ejercicio problemático que condiciona materialmente y despunta sobre la génesis formal y la consumación de las disposiciones

normativas. Todavía en la baja modernidad, sin empacho del peso grave de las estructuras político-administrativas y sus mandatos más imperativos que dispositivos, persevera este perfume de sustancias obligacionales y reales.