



**Edited by**

*Institute for Social, Political and Legal Studies*  
(Valencia, Spain)

**Editorial Board**

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor  
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor  
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary  
José Franco Chasán, University of Valencia, Website Editor  
Anna Aitslin, Australian National University – University of Canberra  
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU  
Matthew Mirow, Florida International University  
Andrew Simpson, University of Aberdeen

**International Advisory Board**

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Texas at Austin; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Dag Michaelsen, University of Oslo; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustín Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam

**Citation**

María Cruz Oliver Sola, “Principios generales del Derecho de Navarra”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 10 (2013), pp. 346-408 (available at <http://www.glossae.eu>)

## PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE NAVARRA

### GENERAL PRINCIPLES OF THE LAW OF NAVARRE

María Cruz Oliver Sola  
Universidad Pública de Navarra

#### Resumen

El presente estudio pretende realizar un estudio sobre los Principios Generales del Derecho de Navarra, partiendo de la influencia que el Derecho históricos ha tenido sobre el Derecho vigente de la Comunidad Foral. En este sentido, la autora entiende que sin la tradición jurídica de Navarra no se podría realizar un estudio de las fuentes y principios jurídicos que conforman la realidad jurídica de Navarra. En concreto, nos recuerda cómo en la Ley 9 de las Cortes de Pamplona ya se decía que “en defecto de Leyes o Fueros de Navarra el Derecho Supletorio era el Derecho Romano o Común, como preferente al Derecho de Castilla”. Criterio que se mantuvo aun en el momento de la publicación del Código Civil de 1889, como se desprende del art. 12. Como la autora expone, esta realidad histórico-jurídica, se mantiene vigente con la promulgación del Fuero Nuevo de 1973, al otorgar al Derecho Romano un papel interpretativo e integrador respecto de aquellas instituciones o normas acogidas en el ámbito del denominado *ius commune*, bien por la vía de la Costumbre, bien por la de las Leyes contenidas en la propia Compilación, tal y como se desprende de la literalidad y espíritu de la referenciada Ley 1, en su apartado final.

La importancia que el fenómeno de la recepción ha tenido en el Derecho de Navarra lleva a la autora a analizar el influjo del *Corpus Iuris Civilis* en las Leyes de Derecho Privado contenidas en el Fuero Nuevo, así como en algunas de sus instituciones, como, por ejemplo, el ámbito familiar, o en la mayoría de los principios generales que lo conforman.

#### Abstract

This paper shows that the general principles of the law of Navarre cannot be properly understood without the sense of the legal tradition of Navarre. Law 9 of the *Cortes* (parliament) of Pamplona prescribed that gaps of the laws or *fueros* of Navarre should be filled by Roman law or Common law, particularly that of Castile. The same principle was laid down in the Spanish civil code (1889, art. 12) and in the *Fuero Nuevo* (1973, art. 1), as both laws recognize the value of Roman law in interpreting and filling the gaps of the current laws of Navarre. The author explores the influence of the *Corpus Iuris Civilis* in the private law of Navarre, paying particular attention to some institutions such as the family.

#### Palabras clave

Fuente del derecho, Derecho público y Derecho privado, Derecho foral, libertad civil, autonomía de la voluntad, equidad, buena fe, permanencia de la casa

#### Keywords

Sources of law, public law, private law, foral law, civil liberty, the autonomy of the will, equity, good faith

**Sumario:** I. Introducción a los “Principios Generales del Derecho de Navarra”; II. Evolución historiográfica; III. La influencia del Derecho Castellano; IV. Estudio de los “Principios Generales del Derecho Navarro”, a los cuales se refiere el Fuero Nuevo; V. La trascendencia del concepto de fuente del derecho; VI. El sistema de derecho romano y el sistema de Derecho Foral de Navarra; VI.1. ¿”clásico”? o ¿”vulgar”?; VI.2. Sistema de Derecho Foral Navarro; VI.3. La ley de 1839; VI.4. La ley paccionada de 1841; VII. El ámbito de lo “público” y lo “privado” en ambos sistemas de derecho. Referencia a la jurisprudencia de Ulpiano; VII.1. El binomio: derecho público, derecho privado; VII.2. El derecho público y privado de Navarra; VII. 3. Derecho público o Constitución Foral: el periodo histórico de 1841 a 1982; VII. 4. Derecho privado de Navarra: “el Fuero Nuevo” de 1973; VIII. Sistema general de fuentes y subsistema civil de fuentes; VIII.1. El sistema de fuentes y la naturaleza del ordenamiento jurídico navarro; VIII.2. El concepto de libertad civil; VIII.3. Declaración de voluntad; IX. Prelación y subsistema de fuentes u ordenación jerárquica del de derecho privado de Navarra; X. Distinción entre los “Principios Generales del Derecho” y los “Principios Generales del Derecho Navarro”; XI. “Principios generales del Derecho; XII. Los “Principios Generales del Derecho Foral Navarro”. Concepto, función y clases; XIII. “Principios Generales del Derecho Navarro”; XIII.1. Principio de libertad civil; XIII.2. Principio de equidad; XIII.3. Principio de buena fe; XIII.4. Principio

religioso; XIII.5.Principio de concentración familiar y permanencia de la casa; XIII.6. Otros principios; XIV. ¿Es posible un control de constitucionalidad del ordenamiento navarro?; XV. ¿Lagunas de derecho en el ordenamiento de Navarra?; XVI. Conclusiones. Apéndice bibliográfico

## I. Introducción a los “Principios Generales del Derecho de Navarra”

Resulta difícil abordar la cuestión sobre los “Principios Generales del Derecho de Navarra”, sin una previa referencia al singular Sistema de Derecho vigente de la Comunidad Foral.

Por ello, considero necesario hacer una introducción a dicho sistema, para configurar y centrar la cuestión, tanto desde un punto de vista histórico como cultural que deviene al fin en institucional, al objeto de comprender la realidad jurídica y el peculiar *status questionis* del Viejo Reyno.

Por ello, antes de comenzar el tratamiento de la cuestión sobre los “Principios Generales del Derecho de Navarra”, quiero en mi doble condición de docente del Derecho Romano y cultivadora del Derecho Foral de Navarra, hacer unas reflexiones en torno a la singularidad de su Sistema de Derecho Foral y asimismo en relación a la invocación de lo que el vigente Fuero Nuevo menciona, cuando alude al Derecho Romano precisamente en su primera Ley *in fine*:

Ley 1: “Compilación.- Esta Compilación del Derecho Privado Foral, o Fuero Nuevo de Navarra, recoge el vigente Derecho Civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y Leyes.

La Tradición jurídica navarra.- Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho Privado Foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las Leyes de la Compilación, y por este orden: las Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido, y el Derecho Romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo”.

La citada Ley 1 del Fuero Nuevo trae causa del Derecho histórico de Navarra. Concretamente de la Novísima Recopilación<sup>1</sup>, 3,1. donde en la Ley 9 de las Cortes de Pamplona ya se decía que “en defecto de Leyes o Fueros de Navarra el Derecho Supletorio era el Derecho Romano o Común, como preferente al Derecho de Castilla”.

Así se vino manteniendo en Navarra aun en el momento de la publicación del Código Civil de 1889 en el art. 12 de aquel texto.

Con la promulgación del Fuero Nuevo de 1973 esta realidad histórica ha quedado sellada, otorgando al Derecho Romano<sup>1</sup> un papel interpretativo e integrador respecto de aquellas instituciones o normas acogidas por el fenómeno de la Recepción; bien por la vía de la Costumbre, bien por la de las Leyes contenidas en la propia Compilación, tal y como se desprende de la literalidad y espíritu de la referenciada Ley 1 *in fine*.

Esta doble tarea de recepción de una parte, histórica (Recepción del Derecho Romano Medieval), y de otra, institucional, (Instituciones y normas de origen romano clásico

---

<sup>1</sup> Oliver Sola, M<sup>a</sup>. C., *Doctrina Romana de la Donatio en los Fueros Navarros de la Novenera*, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, 1991.

recibidas por las propias Leyes del Fuero Nuevo), nos obligan a abordar un estudio, un reto, una tarea que está por hacer<sup>2</sup>, sobre la Recepción del Derecho Romano en Navarra.

Estudiar a partir del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano el paralelismo de estos dos Sistemas constituye el planteamiento en general. Hay que tener en cuenta, que esta realidad jurídica no se predica al cien por cien en todas las Leyes de Derecho Privado contenidas en el Fuero Nuevo, sino solo de aquellas instituciones o normas de cuño romano a las que el Fuero Nuevo da carta de naturaleza. Es precisamente esto lo que lo hace interesante y singular.

Cabe por tanto realizar este trabajo, no sólo desde un planteamiento como ejercicio estilístico jurídico-clásico, sino también, y esto es lo más importante, desde un planteamiento útil y procesal.

En tal sentido proponemos la metodología para realizar un estudio sobre los “Principios Generales del Derecho Navarro” a los que alude la Ley 2 del Fuero Nuevo vigente, que participando del Derecho Romano Clásico, nos permita análisis en torno a los diversos presupuestos que veremos a continuación.

## II. Evolución historiográfica

A través del tiempo y del espacio territorial pudiéndonos auxiliar de fuentes medievales y modernas tanto romanísticas como hispánicas o del entorno de la Europa occidental.

No podríamos obviar en este estudio el paralelismo que presenta el desarrollo paulatino de la difusión del Derecho Canónico que, junto con el Derecho de Lombardía y el Derecho Romano, constituyen el entrecruce que se ha dado en llamar Derecho Común, cuyo principal cuerpo legal de recepción es sin duda en el caso español las Partidas del Rey Sabio Alfonso X de Castilla<sup>3</sup>.

Nos gustaría hacer referencia, al estudio sistemático de la institución de los “Principios Generales del Derecho” objeto de análisis dentro del Sistema de Derecho Navarro, tratando los perfiles históricos, naturaleza jurídica, elementos, defensa procesal y casos jurisprudenciales dentro del fondo de las fuentes clásicas: *Digesta, Instituta, Codex, Novellae, Constitutiones Imperiales, Senado consultos, Decisiones Jurisprudenciales*, etc. Dentro de los Derechos Hispánicos y con aquellos de raíz latina, (siempre que esto fuera posible), o al menos en el entorno de la Europa occidental, a la riqueza de matices que comprende el estudio comparado. Sin embargo las naturales limitaciones de espacio y orden temático, hacen que soslayemos el tema para otra ocasión, en relación a las referencias que se recogen en diversas publicaciones y comentarios que sí aludiremos en este trabajo. Sin embargo, en esta oportunidad nos limitaremos al tratamiento de los

---

<sup>2</sup> Al respecto autores navarros como Juan García Granero, José María Lacarra, Oliver Sola, etc. ya han realizado algunos estudios sobre fuentes e instituciones de Derecho Navarra, si bien la tarea ni mucho menos está agotada.

<sup>3</sup> En torno a la Recepción del *ius commune* en los distintos Ordenamientos bajo-medievales, pueden verse los trabajos de Obarrio Moreno, J. A., *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*. Madrid, 2009; *Estudios de tradición romanística: tutela y curatela*, Madrid, 2011; “La curatela en el Reino de Valencia”, *AHDE*, 2010, pp. 587-640; “*Remedium jurisfirmae vel manutentae* en el Reino de Valencia”, *AHDE*, 2011, pp. 575-678; “El *ius commune* y sus vías de recepción”, *RGDR*, num. 20, junio 2013, pp. 1-84; para una visión general y completa de la recepción del *ius commune* en el reino de Valencia, véase el estudio exhaustivo de Aniceto Masferrer y Juan A. Obarrio Moreno, *La formación del Derecho foral valenciano. Contribución al estudio de las tradiciones jurídicas hispánicas en el marco del ius commune*, Madrid, Dykinson, 2012.

“Principios Generales del Derecho” dentro del modelo navarro, ya que según nos informa el historiador José María Lacarra<sup>4</sup>, cabría realizar un trabajo donde pudiéramos diferenciar dos etapas:

Por un lado, de los siglos XIII al XV, donde se da una influencia de Derecho Romano pero no tanto una verdadera recepción del mismo.

Por otro, a partir del siglo XVI, donde la recepción del Derecho Romano es determinada de manera formal a través de la Ley 9 del Cuaderno I de las Cortes de Pamplona de 1576, cuando se declara al Derecho Romano como supletorio del Derecho del Reyno.

Una mirada curiosa al Fuero General de Navarra, nos advertirá enseguida de la presencia de conceptos, elementos y caracteres propios del Derecho Justiniano.

No está muy claro, ni es posible demostrarlo sino por vía de conjetura y de los indicios que se desprenden de algunos datos en torno a personajes históricos que no son ahora del caso relatar, pero la mayor parte de la doctrina de autores navarros coincide en señalar como vías de penetración del fenómeno de la recepción del Derecho Romano en la Navarra medieval los siguientes elementos:

1. Los estudiantes navarros. que acuden atraídos por los textos clásicos a las Universidades de Bolonia, Rávena, París, Avignon, Toulouse, de lo cual nos da noticia Lacarra<sup>5</sup> a través de ciertos datos documentales.

2. Los libros jurídicos.- que estos estudiantes importan atraídos por los valiosos códices conseguidos en tales universidades extranjeras de los cuales hay ejemplares en la Catedral de Pamplona.

3. Los juristas navarros.- que tanto en la Edad Media como en el inicio de la Edad Moderna tuvo Navarra.

4. El Camino de Santiago.- Creemos que la penetración en España de la cultura europea del medievo jugó un papel importante. La Ruta Jacobea que procedía de Francia y que se inicia en España en Roncesvalles; de ello buena cuenta nos da toda la vasta documentación que nos ha dejado mediante la transmisión de algunos *codex* (el *Codex Calixtinus*), Historia, Economía, Arquitectura, valores, etc., portadores asimismo de la cultura romana.

5. La vía práctica de juristas y abogados.- ya que muchos de ellos ejercieron como consejeros del Rey y en la Cort Mayor. Estas instituciones que estaban constituidas por romanistas y canonistas entre otros; por lo que la labor de aquellos juristas, encargados de aplicar el Derecho en la Cort, favoreció la recepción romana. No obstante, aquellos servidores y asesores del monarca, lo hicieron sin violentar los Fueros, ya que los escribanos utilizaron las citas y beneficios del Derecho Romano, (no siempre exactas), teniendo siempre el Derecho autóctono como premisa.

6. Los juristas colaboradores en la redacción del Fuero General de Navarra, Fuero de Tudela, Fuero de la Novenera, Fuero de Vall de Funes, Fuero de Estella, en su gran mayoría son anónimos, pero no obstante han dejado sentir en ellos la influencia romana tanto en sus quehaceres diarios como con su intervención en la vida jurídica del medievo.

7. No obstante, se produjo una cierta tensión entre las nuevas doctrinas procedentes del Derecho Común y el Derecho Autóctono a favor siempre de este último. Al efecto, en

---

<sup>4</sup> Lacarra, J. M<sup>a</sup>., *La Recepción del Derecho Romano en Navarra*, AHDE, 11 (1934), pp. 457-464.

<sup>5</sup> Lacarra, *La Recepción*, p. 462.

Tudela en 1247, se prohibió recibir como razonador en Cort de Justicia a quienes supieran Decretos o “dreyto”, (Derecho Romano). Ello prueba el recelo o la tendencia que existía a rechazar aquello que no se conocía. Lo mismo puede decirse en relación con la Ordenanza de Carlos III el Noble, (año 1413), donde se dispone que “los fueros, usos y costumbres de nuestro Reyno sean observados y guardados según Nos habemos jurado, y sean preferidos a todo Derecho Canónico y Civil: y do algún fuero fuere dudoso, que la interpretación de aquél quede a Nos”<sup>6</sup>.

Por tanto, a pesar de reconocer su elegancia e influencia, queda claro que los usos, costumbres y leyes de Navarra eran intocables.

### III. La influencia del Derecho Castellano

A la vez que se produjo una penetración y recepción del Derecho Romano también fue penetrando el Derecho Castellano, cuyo elemento catalizador reside en las Partidas del Rey Sabio Alfonso X. Esta obra monumental de las VII Partidas en la Recepción Medieval del Derecho Romano tiene especial importancia, a que la obra culminada por Alfonso X había sido iniciada por su padre el Rey Fernando III, apodado El Santo. Fue terminada entre 1263-1265. En su redacción influyeron los Glosadores Acursio, Azón y especialmente el Maestro Jacobo (cuya intervención es segura en la III Partida), los Decretales y los Canonistas de textos jurídicos castellanos. Aparte de su importancia en la romanización del Derecho Castellano y también Hispanoamericano, debe considerarse como fuente en la Recepción del Derecho Romano Europeo, ya que influyó en la formación de Juristas europeos y americanos.

El cardenal De Luca en sus “Discursos II De *Servitutibus*” afirmaba que cuando existía alguna duda sobre el *Ius Civile*, los juristas italianos acudían a las Leyes de Partidas<sup>7</sup>.

El medio de tradición del Derecho Romano en el Derecho Español Medieval, es sobre todo, las VII Partidas. En nuestra historia no creo exista hasta el Código Civil, ninguna obra que pueda comparársele. Su predominante carácter romanístico se basa en continuas citas de los textos romanos, incluso se abandonan nociones hispanas típicas y hasta puede decirse que se abusa con pedantería de los nombres romanos.

En la localidad navarra de Tudela, donde hubo una mayor cultura jurídica, ya se conocía el Derecho Castellano, pues sabemos que se tuvieron en cuenta estas Partidas de Alfonso X, ya que aparecen copiadas en un Códice del Fuero Extenso de Tudela. En esta ciudad navarra ha existido un interés creciente por la conservación del Derecho Histórico<sup>8</sup>.

Es lógico pensar que se diera esta influencia simultánea, ya que la unión entre ambos reinos (Castilla y Navarra), se produjo paulatinamente y se formalizó en 1515 en las Cortes celebradas en Burgos en julio “guardando los fueros y costumbres de dicho Reyno”.

Los medios a través de los cuales llega esta influencia serán una vez más los estudiantes, los juristas, los libros jurídicos de Derecho traídos a Navarra desde universidades castellanas, etc. que teniendo en cuenta su presencia dejaron sentir su huella. Se aprecia tal fenómeno no sólo por el léxico empleado, sino en ocasiones, supliendo

<sup>6</sup> Zuaznavar, J. M<sup>a</sup>. de, *Ensayo Histórico-Crítico sobre la Legislación de Navarra*, Edición de Diputación Foral de Navarra, Apéndice VI, Pamplona 1966, p. 651.

<sup>7</sup> García Garrido, M., *Derecho Privado Romano: Casos, Acciones e Instituciones*, Madrid, 2001.

<sup>8</sup> *El Fuero de la Novenera*. Otra copia fragmentaria del *Fuero de la Novenera* (comprende sólo los 97 primeros capítulos), se contiene en el manuscrito 13.331 de la Biblioteca Nacional de Madrid que fue publicado por Hergueta.

instituciones mal perfiladas en la legislación local<sup>9</sup>, (como es el caso de la validez del testamento o codicilo en la postrera voluntad<sup>10</sup>). Podemos constatar el paralelismo e influencia con otros Derechos hispánicos, con los que Navarra ha podido estar vinculada en sus raíces históricas.

#### **IV. Estudio de los “Principios Generales del Derecho Navarro”, a los cuales se refiere el Fuero Nuevo**

El estudio de estos “Principios Generales del Derecho de Navarra”, son el objeto de nuestro análisis y dentro del *Fuero Nuevo* vigente.

Ahora nos interesa centrarnos en los mismos. Hoy contamos con un cuerpo legal del que nos servimos con comodidad, como resultado de los trabajos de remodelación formal y técnica realizados en 1973 por un nutrido equipo de prestigiosos juristas<sup>11</sup>, entre los que destaca el maestro de maestros y romanista de prestigio universal, don Álvaro D’Ors, Al que recientemente, el 25 de abril de 2013 la Universidad de Navarra, ha erigido una estatua en el propio campus, frente al edificio de la que fuera “su” Biblioteca, en reconocimiento a su enorme figura científica y su labor creativa en los albores de la Institución. Sin embargo este no ha sido el único homenaje que recibiera el insigne Profesor D’Ors; además, entre otros reconocimientos se le otorgó el de la propia Comunicad Foral de Navarra: el galardón más alto con el que se distingue a figuras de gran prestigio y relevancia: el “Príncipe de Viana de la Cultura”.

El Fuero Nuevo de Navarra, cuya estructura sigue el modelo del Edicto del Pretor (Contratos, Préstamos, Estipulaciones y Contratos), es de manejo obligado para cualquier jurista que quiera ejercer ante los tribunales navarros y en la práctica procesal del Derecho de los navarros y en Navarra.

Por último y para subrayar la importancia de este texto, del que nos ocuparemos siquiera sea sucintamente en el presente trabajo, es que para cualquier modificación se requiere un procedimiento especial confiado a una Comisión Compiladora que cuidará, como siempre se hizo, de aquello que convenga y no contraríe los intereses de Navarra.

#### **V. La trascendencia del concepto de fuente del derecho**

En cualquier planteamiento o hipótesis de trabajo, así como de las tesis que puedan suscitarse en relación con el Derecho Supletorio de Navarra, y más concretamente en aquello que es de nuestro interés -el Derecho Romano- hemos de ir necesariamente al concepto de “sistema de fuentes” y desde allí reconducir la cuestión hacia otros

---

<sup>9</sup> Lacarra, *La Recepción*, p. 465, n. 29.

<sup>10</sup> Oliver Sola, M<sup>a</sup>. C., *Doctrina Romana sobre la Donatio en los Fueros Navarros de la Novenera*, Pamplona 1991, pp. 25 ss.

<sup>11</sup> Esta tarea se llevó a cabo en 20 reuniones. Modificándose la redacción y alterándose la numeración con mejoras de estilo y de sistemática en el contenido del FN de unas 320 leyes de las 616 del Anteproyecto el cual quedó en 596 leyes. Los vocales de la CCN que constituyeron ponencia encargada del trabajo indicado fueron, mi maestro y director de mi Tesis Doctoral sobre *La costumbre como fuente del Derecho Navarro*, el Catedrático Francisco Sancho Rebullida, Juan García Granero, Álvaro D’ors Peix, José Arregui Gil, Amadeo de Fuenmayor, y Javier Nagore Yarnoz. Con anterioridad a esta labor encomendada a dichos juristas por ambas Comisiones (de Pamplona y Madrid), éstos tuvieron, respectivamente: 8 reuniones la Sección Especial, en Madrid (9 de diciembre de 1971 a 12 de julio de 1972): y 13 la Comisión Compiladora en Pamplona (28 de enero a 25 de septiembre de 1972) (Protocolos de Javier Nagore Yarnoz, Notario de Pamplona).

subsistemas de las mismas. Ya antes de la aprobación del Fuero Nuevo de 1973 el propio Código Civil en su artículo 12, reconocía que en el Sistema Jurídico de Navarra, a falta de Fueros y Leyes del Antiguo Reyno, el Derecho Romano era el supletorio de primer grado, como preferente al Código Civil, el cual sólo era aplicado como supletorio de segundo grado.

Después de la aprobación del Fuero Nuevo de 1973 el Derecho Romano se configura no como Derecho Supletorio preferente, pero sí mantiene su lugar, (preferente al del propio Código Civil), en el elenco de fuentes además de seguir formando parte de la Tradición Jurídica de Navarra con valor interpretativo e integrador respecto a las instituciones o preceptos que la Costumbre o la Compilación hayan recibido del propio Derecho Romano. Por lo que se refuerza ese carácter no sólo de Derecho directamente preferente, sino que suma asimismo la función interpretativa e integradora para no ir en contra del Derecho Foral autóctono; ya que por mucha relevancia que podamos dar al estudio de las fuentes que conforman el Derecho Supletorio, jamás éstas o éste en general, podrán ser exhibidas cuando su aplicación fuera incompatible no sólo con cualquier Ley del Fuero Nuevo, sino con cualquiera de sus Principios Generales inspiradores (“Principios Generales del Derecho de Navarra”).

La propia y actual Constitución Española de 1978, ha respetado el singular Sistema de Derecho de Navarra, mediante la declaración del artículo 2º: “La Constitución ampara y respeta los Derecho Históricos allí donde existan”. Ya que, coherentemente, no se puede respetar ni amparar aquello que no existiera con anterioridad.

Asimismo y por otra parte, en la Carta Magna, también se hace una referencia *expressis verbis* a Navarra, en la Disposición Transitoria Cuarta.

Por todo lo anterior, creemos se hace necesario en Navarra estudiar la singular importancia o resultado de aplicar en la Comunidad Foral determinadas normas estatales que están basadas e inspiradas en legislación común, sin contemplar las Instituciones forales que, por otra parte, no existen en el Código Civil e incluso a veces siguen un criterio opuesto<sup>12</sup>. A título de ejemplo:

- La incompatibilidad del art. 119 de la Ley Hipotecaria y de la Ley 376 del Fuero Nuevo.
- Régimen sucesorio de legítimas (Código Civil artículo 806 y ss. y Fuero Nuevo: libertad de testar. Leyes 149 y 267-271).
- Testamento de hermandad (Leyes 172-183 del Fuero Nuevo), y el rechazo del testamento de “mano común” (Código Civil art. 669).
- Los actos de los cónyuges frente a la eficacia limitada en el Código Civil (art. 1.324); plena eficacia atribuida por el Fuero Nuevo, (Leyes 83.1 y 5).
- El régimen de conquistas (familiar y conyugal), está en abierta contradicción y no tiene sentido el criterio en el Fuero Nuevo con el art. 95.4 del Reglamento Hipotecario y no obstante armoniza con el criterio del Código Civil, art. 1.324.
- La concepción de la llamada Legítima foral y su contenido patrimonial (Ley 267 del Fuero Nuevo), diferente de la concepción de la legítima estatal, art. 841 del Código Civil.

---

<sup>12</sup> García Granero, J., *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXXV, dirigidos por Manuel Albaladejo, Editorial de Derecho Reunidas, Comentarios a la Ley 6, 300-333.

Sirvan estas referencias a título de ejemplo, ya que la nómina podría ampliarse mucho más. En orden a este criterio, se derivan temas básicos para su estudio y aproximación a cuanto tiene de singular el Sistema de Derecho de Navarra.

Tenemos por tanto dos clases principales de fuentes<sup>13</sup>:

a) Fuentes del derecho positivo, es decir, las normas que tienen su procedencia o nacimiento en los órganos políticos o fuerzas sociales, y

b) Las fuentes de conocimiento, que son las herramientas artesanalmente utilizadas para llegar a la profundización y a la raíz de su contenido.

Ambas “a” y “b” se relacionan y comunican llenándose de contenido interpretativo. Para el estudio del fenómeno, a partir del momento de tal producción normativa, interesará el trabajo al historiador; mientras que al constructor del pensamiento (al jurista), le interesa el porqué y el cómo aplicar esa emanación normativa. Si bien es verdad que tan ardua será la labor del historiador como la del jurista.

¿Quién tiene poder para crear reglas con valor de norma jurídica?, y también ¿Qué criterio será válido como preferente para elegir una entre dos de distinto origen? Esto nos conduce a la importante cuestión de las “fuentes en Derecho”; ya que dependiendo de dónde emana esa fuente y del tratamiento que se le dé, sentaremos los criterios básicos que nos sirvan para determinar su carácter jurídico y con ello el alcance de su eficacia.

Así, el valor de cada regla dependerá del respeto a la significación jurídica hacia el poder que la ha creado y habrá por tanto, de ser tenido en cuenta cada poder social o fuerza social, con facultad normativa creadora.

Siempre tendremos presente que por fuente jurídica hemos de tener solo aquella cuya voluntad es decisiva para la validez del mandato y que determina su aplicación con carácter coactivo por la organización estatal. Al propio tiempo que otorga legitimidad a sus mandatos adquiriendo no solo sentido, sino valor jurídico y en esta aproximación ya sabemos que la “naturaleza de las cosas” no es absoluta y por tanto, habrá que concebir el término fuente en sentido multívoco al menos cuando hablamos de creación del Derecho en su sentido más estricto, que es “hacer que haya donde hasta entonces nada existía”.

Por ello hablamos de pluralidad de fuentes. ¿De dónde procede? ¿Cuándo nace? Sabido es que ante el fenómeno de lo insuficiente de la Ley y además tener el deber de dictar sentencia con carácter obligatorio, se hace necesario proveer al juez de unas reglas que contengan la solución para cuando llegue el caso de insuficiencia y el supuesto no quede previsto por la ley. Este problema no es otro que aquel que la doctrina conoce con el nombre de “Sistema de fuentes”, donde además de fijarse estas reglas, se ha de establecer un orden de prelación entre ellas.

El art. 9º,3 de la CE: Garantiza el “principio de seguridad jurídica” y en concordancia con este principio Código Civil, en su art. 1º,7 nos dice: “los Jueces y Tribunales, tienen el deber inexcusable de resolver en todos los casos, los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”. Observamos la expresión imperativa de “deber inexcusable” que la convierte en norma de obligado cumplimiento para el Poder Judicial y que procede a su vez del Poder Legislativo. No se trata de una injerencia del Poder Judicial en el Legislativo, sino más bien al contrario, es un acatamiento “inexcusable de aquel, por éste”. Asimismo, el párrafo 7º del art. 1 del C.C. dice que “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al

---

<sup>13</sup> Sancho Rebullida, *Lección inaugural del curso 1984-85 en la Universidad de Navarra*, Pamplona, 1985.

sistema de fuentes establecido”. Y consiguientemente observamos cómo el Art.1º,6 del C.C. cuando se refiere a la Jurisprudencia, la contempla como el poder implicado en la tarea.

Analizamos que el sustantivo Jurisprudencia es polisémico:

1. Una de las acepciones se refiere a la “ciencia del Derecho” y como tal la refirieron los romanos: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*

2. Ahora también nos interesa especialmente en orden a las fuentes de derecho positivo, aunque dicha ciencia volcada en las elaboraciones doctrinales contribuya a formar y sistematizar criterios jurídicos y, en tal sentido, pueda inspirar y explicar las normas vigentes.

3. Pero la acepción de la palabra Jurisprudencia, que ahora nos interesa más, es su consideración en sentido estricto, es decir, la que constituyen las sentencias o resoluciones dictadas por los jueces y tribunales en los diferentes casos sometidos a su conocimiento o más bien, el contenido de dichas sentencias o resoluciones.

Sabemos que la Jurisprudencia no es fuente del Derecho, al no crear normas, por eso no la incluye en la enunciación del nº 1 sino que la menciona, por separado en el nº 6, y con diferente función; por ello el referido punto 6, expresa que la “Jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el T.S. al interpretar y aplicar la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho”. No obstante sí se hace preciso señalar que esta afirmación reconoce a la Jurisprudencia una importante función que, si no es de creación, sí es de configuración de la norma ya creada. Porque tanto las normas de la Ley, Costumbres y Principios Generales son algo inerte y abstracto<sup>14</sup>. Está claro que las sentencias de los tribunales no crean normas generales de inexcusable y obligada observancia. A lo sumo complementan, explican, integran, adaptan y configuran dichas normas, con arreglo a criterios que, sin ser inalterables, son sin embargo observados por una razón de carácter intelectual y por otra de carácter práctico, y esta última estriba en la existencia del Recurso de Casación por infracción de doctrina legal, autorizado por los art. 1687, 1692 y 1782 de L.E.C. pues los tribunales inferiores saben que sus sentencia no pueden prosperar ni prevalecerán sí, no existiendo una causa de mutación razonable, van en contra de los criterios mantenidos por el T.S.; siendo por tanto natural que los sigan y respeten.

Por ello observamos que en nuestro ordenamiento jurídico el juez ha de atenerse al “Sistema de Fuentes” y además por mandato del precepto constitucional, “motivar” en base a tal sistema sus decisiones y sentencias.

El origen de todo ello y/o el antecedente más remoto, pudiera encontrarse en el Dominado Romano<sup>15</sup> ya que el Derecho de la época post-clásica está en función de una nueva cuestión política que llamamos Dominado. Sucede después de que el Imperio quedara sumido en una gran crisis. La voluntad del Emperador se erige abiertamente en única fuente del Derecho, manifestada en forma de *leges* generales de tono providente y ampuloso. Este estilo dominará la Cancillería de los Emperadores cristianos.

Y como antecedente más próximo, la historia nos remite al momento del movimiento o exaltación de las nacionalidades en Europa (el siglo XIX), con la aparición del sentimiento absolutista en Francia donde la Ley lo es todo para el Derecho, ante el fracaso de esta

---

<sup>14</sup> Batlle Vázquez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa 1978, pp. 65 ss.

<sup>15</sup> D’ors Peix, *Derecho Privado Romano Universitas Studiorum Navarrensis*, Pamplona, 1998.

concepción y por otra parte, teniendo en cuenta la obligación del juez de dictar resoluciones o sentencias y ante la falta de *refere*, se ve la necesidad de dotar al juez de un sistema de fuentes donde, a través de la supletoriedad de las normas, se cumpla la función de administrar justicia.

Pero si bien es verdad que las leyes no pueden prever todos los casos, ni conviene hacer nuevas para todos, y aun menos con precipitación, entonces ¿qué fuentes manejar? ¿cuál es el sistema donde han de contenerse? Por otra parte, el Juez tiene la obligación de juzgar, pero ¿si no tiene *refere*?...

El Código Civil español, menciona en su art. 1 que las fuentes son: La ley, La Costumbre y los “Principios Generales del Derecho”. Sin embargo no distingue nuestro Código en relación al poder social que crea la norma dándole forma y expresándola.

Lo mismo cabe decir de los “Principios Generales del Derecho”, ya que son normas básicas que revelan las más arraigadas creencias y convicciones de la comunidad y que suelen contener al propio tiempo la lógica aplastante de los silogismos. Además los Principios Generales juegan un papel de gran relevancia incluso a la hora de crear la ley, ya que no irá en contra de ellos y lo mismo podría decirse respecto de la Costumbre, pues los Principios Generales participan de ese carácter cabal que también le es exigido a la Costumbre mediante dos correctores: la moral y el orden público establecido.

Por otra parte, llama la atención la expresión que el Código utiliza cuando se refiere al papel informador de los “Principios Generales del Derecho” en el apartado 4º del art. 1; lo que nos sugiere todo ello, como en un cierre perfecto del círculo, es que la existencia de estas fuentes “componen una trilogía perfecta” de nuestro sistema de derecho tal y como lo preconiza el apartado 7º del ya citado art. 1, y es a esa deducción lógica que llevará “al deber inexcusable por parte del Juez y Tribunales de resolver en todos los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

¿Por qué si el Derecho es uno las fuentes son plurales? Esto último nace de la confluencia de dos dogmas que han marcado todo nuestro tiempo:

1. El “dogma del legalismo de la escuela racionalista”.
2. El “dogma de la división de poderes” atribuida a Montesquieu.

Del enfrentamiento de estos dos dogmas se produjo un monumental e histórico atasco en la Justicia en París en el siglo XIX, ya que por una parte, el Juez “debía” juzgar, pero no podía hacerlo si carecía del *refere* de la Ley. La Escuela de Viena defendía la exaltación de la Ley, y preconizaba la existencia de una sola fuente con la defensa del dogma racionalista, que enseguida se vio que era tan utópico como insuficiente, aparte de otros componentes.

El otro dogma, al que aludíamos como la “División de Poderes”, puso de manifiesto que el juez no puede inventar nada sino atenerse a la Ley estrictamente, pues lo contrario suponía invadir el terreno sagrado del legislador.

Con estos planteamientos se dio un “gran consenso” para salir de este monumental atasco, y advirtieron que la Ley tenía lagunas ya que a esta situación les llevó el desengaño y la experiencia. Así se llega a plantear el problema y su solución, reconociendo que no se sabe en ese momento si es bueno esquematizar las fuentes del Derecho, pero sabiendo que todas ellas confluyen en el mismo principio de “Norma jurídica”.

¿Qué clase de fuerzas sociales intervienen en la creación de este sistema de fuentes? ¿qué sucede con la Ley? Se llega a la prelación siguiente:

Primero: está la Ley. Con gran satisfacción en primer lugar de los racionalistas-positivistas. Pero como se admite por la experiencia que a veces su vida es precaria, no es perfecta, ni total y a veces de vigencia breve: (*lex posterior derogat anterior*), donde esta no llega,

Segundo: Se acudirá a “la costumbre”. ¿Qué sucede con la costumbre? ya que está reconocida la *potestas normandi* de los grupos sociales que intervienen en su creación dado que ellos mismos son los autores. Se satisface así la *potestas normandi* del pueblo que la crea. Esta norma no necesita de canon ni de fecha de promulgación ya que al ser los pueblos los autores es sobradamente conocida, si bien requiere unos determinados requisitos: El uso; la *opinio iuris seu necessitatis*; un largo y determinado paso del tiempo que suele fijarse en nuestro país en 30 años y su desuetudo (que es un procedimiento de eliminación de esta norma jurídica es decir, un procedimiento derogatorio); jalonada además por dos correctores (la Moral y el Orden Público). Pudiendo afirmarse que esta segunda fuente presenta “una vocación de permanencia y vigencia” más duradera que la Ley. Pero si aun así no fuera suficiente se dota al nuevo sistema de fuentes de una norma:

Tercera: “Los Principio Generales del Derecho”. Aunque a primera vista no lo parezca, supone el triunfo de la Escuela Iusnaturalista. Ya que los Principios son inmanentes, constantes, atemporales, no geográficos, universales, incluso planetarios y además están dotados de canon. Son útiles porque resuelven todas las lagunas que las dos corrientes anteriores representadas por dos escuelas, la de Viena y la de París, pudieran dejar sin resolver. No son creados por modas positivistas ni por corrientes populares; son creaciones abstractas de un “Derecho culto” –el de los “Jurisprudentes romanos”- y aplicables por los Jueces y Tribunales que entienden los valores de Justicia y de Prudencia, que además de virtudes cristianas son virtudes cartesianas. La Justicia implicada en una tarea de complementación y aplicación del Derecho, no del exceso o defecto de misericordia o rigor. Los “Principios Generales del Derecho” son extraídos –como hiciera el Derecho Romano de la casuística- e incorporados al ordenamiento jurídico en forma de reglas, axiomas u otras formulaciones. Y lo más importante que podemos decir de esta fuente objeto de nuestro estudio, es que estas condiciones solo las cumplen o son características de Las Santas Escrituras, por lo que, de alguna manera, los “Principios Generales del Derecho”, reciben santificación (*sanctio legis*). Por eso los Principios, alcanzan la consideración de universales, porque representan la moral global más allá de una moral de puesta al día objetiva u objetivable.

Estas condiciones se predicán tanto de los “Principios Generales del Derecho” que cita el art. 1º del C.C. como de los “Principios Generales del Derecho de Navarra”, que son citados en la Ley 2 del Fuero Nuevo, a pesar de ser distinto su orden de prelación.

## VI. El sistema de Derecho Romano y el sistema de Derecho Foral de Navarra

### VI.1. ¿”Clásico”? o ¿”Vulgar”?

En Derecho Romano, se denomina “clásica” a la etapa histórico-jurídica de máximo apogeo y esplendor de este sistema de Derecho<sup>16</sup>. Se identifica asimismo, con el modelo a imitar e incluso algunos autores de la doctrina científica lo hacen coincidir con la historia de la Jurisprudencia<sup>17</sup>

<sup>16</sup> García Garrido, *Derecho Privado Romano*, pp. 75 ss.; D’ors Peix, *Derecho Privado Romano*, p 27.

<sup>17</sup> Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2013, pp. 54-64.

El Romanista U. Álvarez Suárez<sup>18</sup>, considera que el concepto de “clásico” debe aplicarse también a la Jurisprudencia Republicana, cuya labor tuvo una fuerza creadora superior incluso a la Jurisprudencia del Principado.

Nadie duda de que fue la civilización romana, la que estuvo persuadida de su primacía intelectual en ordenar la vida cotidiana y la grandeza de su existencia política y militar. Esa autoconciencia de una historicidad coherente, le llevó a concebir un armonioso sistema de un edificio jurídico a través del desarrollo de numerosas fuentes tanto de producción como de conocimiento.

Tenemos huellas de ello en Hispania, en los bronceos de Andalucía (en la Bética) y en numerosas excavaciones en el Imperio. Junto a ello, la aportación de los Juristas; la obra didáctica del gran Jurista Gayo que vivió en el centro mismo de la vida política y cultural del pueblo romano quien nos legó sus *Instituciones*; la tarea y labor del Senado; la figura del Pretor, cuya obra se recoge por Salvio Juliano en el Edicto del Pretor. A ello se une un conjunto de Plebiscitos, Senadoconsultos, Constituciones Imperiales, Edictos, en una vertebración de un mecanismo creador, que ha llegado a nuestros días y del que seguimos siendo tributarios.

El legado del Sistema de Derecho que nos dejaron los romanos, está basado en una arquitectura tripartita: El Pueblo, organizado en Asambleas Cívicas o Comicios (de *cum ire*, reunirse), centurias y grupos militarizados. El Senado, u órgano que emitía dictámenes (*consulta*), Los Magistrados que estaban dotados de *imperium*, una *potestas* general de mando tanto en tiempo de paz como de guerra (*domi militiaeque*), Cónsules y Pretores que conlleva asimismo la promulgación de Edictos en su jurisdicción para resolver cuestiones concretas y urgentes<sup>19</sup>. Según el jurista *Gaius*<sup>20</sup> cuentan con la facultad de dictar edictos en virtud del *ius edicendi*<sup>21</sup> o venia otorgada por el Emperador para “decir derecho”:

Los Magistrados del Pueblo Romano. Los Pretores: Urbano y Peregrino.

Los Gobernadores de las Provincias. Ediles Curules. Los Cuestores.

La actividad pretoria y por tanto la labor más progresista de creación del Derecho, cesa con el encargo que el emperador Adriano confía al eminente Jurista Salvia Juliano para dar una estructura estable y permanente al *Edictum* y así los magistrados se habrán de ceñir a la “codificación juliana”, que se va a conocer con el nombre de “*Edictum Perpetuum*”, cuya reconstrucción por vía de Palingenesia fue llevada a cabo siglos después, concretamente, en 1883 por el Jurista alemán Otto Lenel.

En tiempos de Augusto, ese equilibrio tripartito de tan magna creación jurídica se rompe para siempre, debido a los cambios constitucionales que se van a producir al final de la República. Son el final y el comienzo de una etapa nueva en tránsito desde la República al Imperio (comprende a su vez dos subetapas: “el principado y el dominado”), separadas por Diocleciano, produciéndose a su vez una modificación sustantiva de las Fuentes del Derecho.

<sup>18</sup> Álvarez Suárez, U., *Curso de Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, 1955, I, p. 35.

<sup>19</sup> Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, J. M., *Las bienaventuranzas del Derecho Romano*, Madrid, 2010, pp. 23 ss.

<sup>20</sup> Gayo, 1.6. “Tienen derecho de dar Edictos los Magistrados del Pueblo Romano. Este derecho está principalmente en los Edictos de los Pretores del Urbano (año 367 a/c) y del Peregrino (año 242 a/c), cuya jurisdicción pertenece en las provincias a los gobernadores de éstas; igualmente en los edictos de los ediles curules cuya jurisdicción pertenece en las provincias del Pueblo Romano a los Cuestores; pues a las provincias del César no se mandan Cuestores, y por ello este edicto no se publica en ellas”.

<sup>21</sup> Voz latina que procede del verbo *dico-is-ere*.

Augusto parte de la Constitución Republicana. Sin embargo, no reniega de dos potestades: la *potestas tribunicia* y el imperio proconsular. Dotado de estas facultades quedarán reservadas al emperador tanto en Roma como en las Provincias, actuar como garante del ejercicio jurisdiccional, dando lugar al nacimiento de un Tribunal imperial cuyos fallos adoptaron la forma de Decretos. En tiempos de Claudio se consolida esta política, que alcanza su máximo exponente con Adriano, Antonino Pio Caracalla, y Marco Aurelio.

Apoyado en esta legitimación, el emperador se inviste de la autoridad de promulgar nuevas normas llamadas Constituciones Imperiales. Estas formaron un nuevo estrato de Derecho: El Derecho Imperial, compuesto de numerosas Constituciones. Así, los emperadores acuñan una nueva fuente de Derecho, llamada *Constituciones Imperiales* que establecen a través de:

*Decreta*<sup>22</sup>. *Edicta*<sup>23</sup>. *Epístulae*<sup>24</sup>. *Rescripta*<sup>25</sup>. *Mandata*<sup>26</sup>.

Sin embargo, toda esta producción normativa no tuvo la coherencia interna deseable como la propiciada por el *Ius honorarium* (el Derecho emanado del Pretor), y desde luego se nota ya la decadencia por la ausencia de la fuerza creadora y transformadora de los Juristas.

El Senadoconsulto es aquella norma jurídica que el Senado autorizó y que a tal efecto establece y tiene fuerza como la propia ley. *Ulpianus* afirma que “no se duda que el Senado puede crear derecho”.<sup>27</sup>

Las decisiones senatoriales se ordenaban en capítulos. A partir de la época de Adriano el discurso del Príncipe se hacía coincidir con el propio texto del Senadoconsulto (como hemos aludido anteriormente), de tal manera que la función del Senado se limitaba simplemente a aclamarlo y a jugar un papel político, como expresión de la voluntad imperial. De esta forma el Príncipe se vale (se sirve) del Senado para dictar lo que en realidad debiera ser mera legislación imperial, pero con el “marchamo” de la *auctoritas* de esta importante Institución.

Con Diocleciano se instaura en el año 284 el llamado “Dominado” (gobierno absoluto), típico del Bajo Imperio, y se va a producir una etapa de “vulgarismo”, tanto jurídico como científico.

Desde Constantino, los emperadores dan comienzo a la promulgación de Leyes Generales con Exposiciones de Motivos. En esta época se va a dar también otro proceso, la burocratización jerárquicamente organizada, que crecerá más y más en paralelo a un proceso de aumento de la presión fiscal, basada y justificada en la incuestionable *potestas* imperial. Hasta el punto que el Senado llegó a ser dominado por el propio Emperador y su Cancillería Imperial, utilizando la modalidad de un “envío”, es decir, de un mensaje personal del emperador, asumido por el Senador que le da nombre, lo cual convirtió el *Senadoconsulto* en una ley imperial más.

<sup>22</sup> Sentencias dictadas por el procedimiento extraordinario en 1ª Instancia o en Apelación.

<sup>23</sup> Disposiciones que dicta el Príncipe en virtud del *ius edicendi*.

<sup>24</sup> Servían de forma ordinaria para comunicar las decisiones imperiales de todo tipo.

<sup>25</sup> Son Respuestas sobre cuestiones Jurídicas de la Chancillería Imperial. La actividad legislativa más importante del Príncipe solicitadas por las partes de un proceso o por los Magistrados o Jueces.

<sup>26</sup> *Mandata* o Instrucciones y órdenes que el Emperador da a sus administrados o a los gobernadores de las Provincias.

<sup>27</sup> *Ulpianus*. 16 ed. D.1.3.9.

En las fuentes se observa un *silencio* legislativo roto sin embargo por tres “Leyes de Citas” de los años 321, 327, y 426 y por la aparición del primer Código (de *Codex*), libro paginado, pegado, y encuadernado, citando por párrafos, que sustituyó al antiguo formato del rollo (*uolumen*). Esta sustitución se atribuyó a la Iglesia, que en actos litúrgicos siguió utilizándolo para distinguirse de los usados por judíos y paganos. Así se llega a promulgar el primer Código, que “tardará diez años” (429-438). Se trata del Código Theodosiano o colección de *leges* y *iura*.

En Oriente El *Codex*, rigió casi cien años, hasta la promulgación del Código de Justiniano en el 529. En Occidente el Emperador Valentiniano III, lo aceptó a final del 438. El Código Theodosiano fue acogido por Alarico en el año 506, quien lo tomó como base y resumen para la confección de su *Lex Romana Visigotorum*, gracias a la cual ha sido conocido en Occidente.

Es típica de estos Códigos de la etapa Postclásica la introducción en los mismos de interpolaciones e interpretaciones, que dieron lugar en Occidente a torpes errores peculiares del fenómeno del desarrollo de un llamado “Derecho Vulgar”. Esta clase de Derecho, conocido como “vulgarismo”, ha sido el que ha penetrado en el Derecho de Navarra, en un fenómeno de Recepción.

El Emperador Justiniano será quien termine con este período mediante la promulgación de la Constitución *Deo Autore*, y quien realizará la gran obra conocida como *corpus iuris*, a la que se añadió siglos más tarde la calificación de *Civilis*, para diferenciarlo del *Corpus Iuris Canonici*. Este *Corpus Iuris Civilis*<sup>28</sup>, constituye y fundamenta nuestros modernos sistemas de Derecho, una vez pasado un período de vulgarismo científico que abarca la época del llamado Dominado, donde el Emperador pasa a ser *Dominus et Deus*.

Las actividades de conservación, interpretación y enseñanza del Derecho Romano han sido posibles en Oriente y Occidente gracias a la figura del Emperador Justiniano, quien emprendió una tarea recuperadora de las fuentes clásicas del Derecho Romano y se trató de preservar de impurezas las obras clásicas. Aunque no consiguió todos sus objetivos, es decir, no pudo impedir que ciertas incursiones se realizaran, sí reunió una importante compilación que pervivió y consiguió conservarse hasta entrado el S. XIV al menos en Oriente; Sin embargo en Occidente las fuentes se destruyeron al tiempo de la caída del Imperio Romano.

En Oriente mantuvieron un alto concepto de la enseñanza del Derecho, que pasó a ser una labor “estatal”<sup>29</sup> que gozaba de mucho prestigio y alta consideración social.

La obra de la compilación Justiniana, conocida como *Corpus Iuris Civilis*, (nombre que recibió siglos más tarde para diferenciarlo del *Corpus Iuris Canonici*) consta de:

*Institutiones*.<sup>30</sup> *Digesta*<sup>31</sup>. *Codex*<sup>32</sup>. *Novellae*<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> La Edición del *Corpus Iuris Civilis* (abreviatura C.I.C.) más perfecta y utilizada es la de Monsem Krüger. Existen también Ediciones del Digesto en formato más simple de Bonfante, Ferrini, Riccobono. Más accesible por nosotros es la traducción del Digesto de D’ors Peix, Hernández Tejero, García Garrido, Burillo, Fuenteseca, en tres volúmenes. Pamplona 1975.

<sup>29</sup> La referencia al Pueblo, está aludiendo al *Populus Romanus* entidad semejante, (con grave anacronismo histórico), al Estado actual. Cuando hablamos de la idea del “Estado” hay que salvar este anacronismo histórico que supone configurar este concepto nacido en el S. XIX, en el momento histórico de exaltación de las nacionalidades en Europa. En Roma no existió tal concepto. El “concepto de Estado actual”, en realidad no es la suma de individuos sino la Administración misma, mientras que el *Populus Romanus* es la suma de individuos que lo componen.

<sup>30</sup> Obra destinada a la enseñanza del Derecho.

<sup>31</sup> Antología de texto de los Jurisprudentes.

El trabajo de Redacción del Digesto se realizó por comisiones, como se refleja en las masas (Edictal, Sabiniana, Papiniana y Apéndice)<sup>34</sup>.

En definitiva podemos decir que nuestra civilización es, desde la óptica del Derecho, una civilización Justiniana. Sin embargo hemos de tener en cuenta que el Ordenamiento Navarro, recibe esa influencia receptora en las fuentes e instituciones del Derecho de Navarra, del llamado “derecho vulgar” principalmente través del Código Theodosiano, ya que en Navarra se ha prestado siempre más atención al derecho autóctono, que a otros ordenamientos, y cuando se han aceptado, ha sido siempre en aquello que “no estorbaba” a las “cuestiones forales”.

## VI.2. Sistema de Derecho Navarro

Navarra es un Viejo Reino que a raíz de la Reconquista (S. IX), surge con fuerza e instituciones propias.

Posiblemente la primera regulación jurídica de Navarra fuese a través de la costumbre, ya que hasta mediados del S. XIII no se redactó el Fuero General, donde se recogen todas las normas existentes en Navarra como Derecho Común del Reino.

La recepción del Derecho Romano como parte del Derecho Común<sup>35</sup> va a influir poderosamente en el Ordenamiento Jurídico de Navarra<sup>36</sup>. Con la expresión Derecho Común se quiere aludir a la traducción del *ius commune*<sup>37</sup>, y acoge la realidad de un mismo Derecho para las diferentes comunidades políticas de la Baja Edad Media, que en su día habrán servido de base para la expansión del Imperio Romano, es decir, lo que actualmente conocemos como la Europa Occidental.

Sobre las causas que originaron este tipo de Derecho Común se han barajado varias explicaciones por parte de la historiografía. La más aceptada de todas es aquella que liga el fenómeno con el resurgir que Europa experimentó hacia el S. XII, reflejado en:

Un notable aumento de la población.

Una revitalización de la vida agraria.

La intensificación del tráfico de mercancías propiciada por la apertura de grandes rutas comerciales.

Personas que atravesaban Europa y hacían largas distancias como consecuencia de las Cruzadas.

Por la aparición en Italia de un manuscrito del Digesto.

De acuerdo con estas consideraciones, las causas pudieran hallarse en los grandes cambios en los modos de vida que reclamaron una renovación normativa que superara la dispersión alto-medieval que ya resultaba imperante para una realidad tan diferente.

---

<sup>32</sup> Codificación de leyes Imperiales, aprovechando los Códigos precedentes.

<sup>33</sup> El trabajo de Redacción del Digesto se realizó por comisiones, como se refleja en las masas (Edictal, Sabiniana, Papiniana y Apéndice)

<sup>34</sup> Ver Bluhme en Rev. *Labeo* 1960 50; y Wiacker en ZSS. 1972. 293.

<sup>35</sup> Alvarado y otros, *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Parte II, Madrid, 2000

<sup>36</sup> Moran Martín, R., *Historia del Derecho Español*, Tomo II del Curso de Historia del Derecho Español, Madrid 2000, p. 24 a propósito de los *Iura Propia* y pp. 32-33. Recepción del Derecho Común en Navarra.

<sup>37</sup> Moran Martín, *Historia del Derecho Español*, Madrid 2000, *Los Textos básicos del Derecho Común en Europa*, 21 a 25.

La nueva ciencia jurídica fue propiciada a corto plazo por el resurgir del Derecho Romano clásico que, habiendo pervivido de forma legendaria, solo podía recrearse a través de un estudio de los textos que de él se habían actualizado en la época de Justiniano.

Por otra parte, ya para esa misma época la Iglesia Católica poseía su propio Derecho, generado fundamentalmente por los cánones de los Concilios y las disposiciones de los Papas llamadas Decretales<sup>38</sup>.

A ambos elementos (Romano Justiniano y Derecho Canónico), hay que añadir como componentes del Derecho Común, el Derecho Feudal Lombardo, expresado fundamentalmente a través de la injerencia de los *Libri Feudorum*<sup>39</sup>, y algunas fuentes de Derecho Mercantil, principalmente las procedentes de la zona del Mediterráneo, como el Libre del Consulat del Mar<sup>40</sup>.

Las obras más destacables<sup>41</sup> para la difusión del Derecho Común fueron<sup>42</sup>.

Las *Exceptiones Petri Legum Romanorum*, o lo que es lo mismo, extractos de las Leyes Romanas hechos por un Jurista llamado Pedro. La obra trata de una refundición de obras anteriores: el Libro de Ashburnham; el Libro de Tubinga; el Libro de Gratz y otros extractos varios de libros de Justiniano, inspirados en el Código de Justiniano, compuesto por cuatro libros dedicados a temas de Derecho Penal, Procesal, y organización judicial de cuyo autor solo conocemos el nombre y que se ha podido datar en el siglo XI.

Lo Codi: Es una obra teórico-práctica de origen anónimo redactada probablemente durante el período 1149-1162. Contiene una exposición general del Derecho realizada básicamente mediante una síntesis crítica del Derecho Justiniano y escrita en lengua provenzal, que pronto se tradujo al castellano, al francés, al catalán y al latín, por lo que alcanzaría una amplia difusión.

Por otra parte, la idea de restablecer al antiguo Imperio Romano, fue patente en los monarcas alemanes que, a partir de Otón I, se consideraban restauradores del Imperio Carolingio y aparecían investidos con el título de: “Emperador de Romanos”, inspirándose en la recreación del Derecho Romano como único del Imperio, y considerando que debía existir un único Derecho para un único Imperio (*unus imperium, unus ius*).

Todo ello supuso, por una parte, la vuelta del Derecho Romano Clásico (desde la base que ofrecía la obra de Justiniano recogida en los textos que *ut supra* hemos citado) y, por otra, la utilización de un Derecho Común como elemento unificador, desde el momento en que el emperador aglutinaba los poderes políticos de los monarcas integrados bajo su autoridad representando una potestad que estaba por encima de todos ellos y de sus Estados. Así, el Derecho Común será el Derecho destinado a servir de lenguaje jurídico común a todas las monarquías integradas en el Imperio, y que acatan la autoridad del Emperador por encima de la suya propia.

Pero llegados a este punto, hemos de insistir que el Derecho Romano, al que nos queremos referir en la recepción por Navarra, es el Derecho Vulgar -como ya se ha dicho anteriormente-, que se introduce principalmente por la vía del *Codex Theodosianus* dada la similitud que se observa en el tratamiento de las Instituciones recibidas en el Ordenamiento

<sup>38</sup> Moran Martín, *Historia*, pp. 26 ss.

<sup>39</sup> Moran Martín, *Historia*, p. 23.

<sup>40</sup> Alvarado y otros, *Derecho Común es igual a la Recepción del Derecho Común en España, Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*, II, Madrid, 1998, pp. 27 ss.

<sup>41</sup> Pérez-Prendes, J. M., *Lecciones de Historia del Derecho español*, Madrid, 1993, p. 405 y ss.

<sup>42</sup> Moran Martín, *Historia*, pp. 21 ss.

Navarro<sup>43</sup>. Sin que ello sea incompatible con el interés de los estudiantes navarros que se trasladan a las Universidades extranjeras para el estudio del Derecho Romano clásico.

A falta de ley o costumbre del Reino, se puso de manifiesto la necesidad de recopilarlo y su primer fruto fue el Fuero Reducido, aprobado por las Cortes en 1528.

Es una verdad histórica que Navarra se incorpora a la Corona de Castilla en las Cortes de Burgos de 1515 sin alterar su naturaleza de Reino independiente. Este hecho histórico vino dado como consecuencia de la conquista de Navarra y la incorporación a Castilla como Reino independiente en 1512, en tiempos de Fernando El Católico.

Navarra por tanto y a pesar de la incorporación a Castilla, ha conservado sus propias Instituciones:

1.-Cortes. 2.- Virrey. 3.-Consejo Real. 4.- Diputación del Reino. etc.

En el desarrollo de las mismas, Navarra va a ser capaz de actualizarse y renovarse en virtud precisamente de la conservación de sus propias instituciones. Las Cortes de Navarra con carácter “estamental” se van a componer de tres brazos:

1.- El eclesiástico; 2.-El militar o de la nobleza; 3.-El popular o de las universidades, desarrollando una intensa actividad legislativa.

La situación de Navarra, por otra parte, no es diferente a la que poseían los Reinos de Aragón, Valencia, Mallorca y Cataluña. Sin embargo lo que la convierte en diferente fue el hecho histórico que se va a derivar a raíz de los Decretos de Nueva Planta que afectaron a estos Reinos excepto a Navarra, como consecuencia de la Guerra de Sucesión del Archiduque Felipe V (1711-1715).

Este rey de la Casa de Borbón, Felipe VII de Navarra (Felipe V de España 1700-1746) estuvo en todo momento unido por un destino común al Reino de Navarra. Al ser al mismo tiempo Rey de Castilla y Rey de Navarra<sup>44</sup> y habiendo resultado vencedor en la citada Guerra de Sucesión, a Navarra se le respetó su Régimen Foral y no le fueron de aplicación aquellos Decretos de Nueva Planta que dieron al traste con los derechos forales de aquellos reinos a los cuales les fue de aplicación el Derecho de Castilla. Este hito histórico resulta interesante en abierto contraste con lo sucedido en Navarra y viene justificado por el apoyo que el Viejo Reino prestó a la causa de Felipe V de Borbón -Rey también de los navarros-, lo que propició como premio que pudiera conservar sus Fueros y su régimen propio tanto en el Derecho Público como en el Privado.

Igual suerte corrieron Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, pero en este caso, solo hasta el S. XIX. A partir de esta fecha, por diversas circunstancias históricas y hasta el día de hoy, solo Navarra en el conjunto de los derechos hispánicos tiene un régimen diferente e Instituciones propias tanto de Derecho Público como de Derecho Privado.

### **VI.3.- La ley de 1839**

El llamado frente del Norte, el más activo desde que se inició la guerra entre las fuerzas cristianas y las carlistas, quedó pacificado gracias al alegórico abrazo entre los Generales

---

<sup>43</sup> Sancho Rebullida, F., *Lección inaugural 1984*, p. 36, n. 46: *Acta general de las reuniones celebradas por las Comisiones negociadoras del Pacto de Reintegración y Amejoramiento Foral, Amejoramiento del Fuero*, Pamplona, 1984, pp. 22-23

<sup>44</sup> La dinastía de los Borbón reina en Navarra a partir de 1555 cuando Antonio de Borbón se casa con la Princesa Juana III (1555-1572) de la Baja Navarra.

en Jefe de ambos ejércitos: Baldomero Espartero y Rafael Maroto. En virtud al histórico Convenio firmado en la ciudad guipuzcoana de Vergara y simbolizado en el conocido abrazo de Vergara que puso fin a la guerra carlista en el Norte peninsular. El general Espartero<sup>45</sup> se comprometió y pactó recomendar a las Cortes que se conserven los Fueros Vascos y Navarros, reconociendo asimismo los sueldos y grados de los militares carlistas, llevando aparejado también un canje de prisioneros. El acuerdo entre los dos bandos fue posible por los sucesivos reveses que los carlistas habían venido encajando desde la muerte de Zumalacárregui en 1835. Tras un período en el que las fuerzas mantuvieron sus posiciones, comenzó el declive de las tropas de Don Carlos. Al ser nombrado Maroto jefe del ejército, una parte de la camarilla de Don Carlos conspiró contra él. Lejos de amilanarse, Maroto reaccionó fusilando a cuatro generales e incluso doblegó la voluntad del pretendiente al trono<sup>46</sup> cuando éste quiso destituirle. De esta manera Maroto fue quien propuso las negociaciones con Espartero llevadas a cabo en Oñate cuyos frutos se sellaron con el histórico abrazo en Vergara dos días más tarde, por lo cual el Infante Don Carlos optó por renunciar a la lucha y abandonó el país<sup>47</sup>. La regencia del general Espartero duró apenas tres años pero fue el precedente o la causa para llegar al Pacto.

#### VI.4. La ley paccionada de 1841

La Ley Paccionada o “Pacto-Ley” (porque primero fue el Pacto y después la Ley) constituye para Navarra un hito histórico. Se daba en España una situación política peculiar ya que estaba vigente la Constitución de Cádiz de 1812, y no obstante, se llegó a pactar y elevar a Ley entre el Gobierno de España y la Diputación de Navarra esta importante Ley, que supuso para Navarra una verdadera Ley anclaje de todo el Sistema Foral y que ha permitido funcionar jurídicamente al Viejo Reino de Navarra hasta 1982, fecha en que se promulga el Amejoramiento del Fuero y que paralelamente reconoce la Constitución de 1978 bajo el nombre de L.O.R.A.F.N.A.

De lo anteriormente mencionado se deduce que la preconstitucionalidad del Régimen Foral de Navarra está históricamente justificada<sup>48</sup> y pudiéramos decir que el *status quaestionis* del llamado “Sistema de Derecho Foral de Navarra” está constituido en materia de:

Derecho Privado: Por El Fuero Nuevo o Compilación de Derecho vigente de 1973<sup>49</sup>, firmado por la Diputación de Navarra y el General Franco.

---

<sup>45</sup> El general Baldomero Espartero asumió la Regencia dejada por la Reina madre M<sup>a</sup> Cristina de Borbón a favor de su hija Isabel en manos de éste general, héroe de la guerra carlista. Parece que la Reina madre se vio en problemas con las fuerzas políticas desde el final de la guerra carlista y confiando en éste general y con la anuencia del mismo comenzaron a crearse Juntas Revolucionarias en todo el país acompañadas de una explosión de descontento contra la Regente, empecinada en impedir el avance del Liberalismo. La crisis obligó a la Reina M<sup>a</sup> Cristina a renunciar y a partir hacia el exilio.

<sup>46</sup> Carlos M<sup>a</sup> de Isidro era el pretendiente al trono.

<sup>47</sup> Hernández Gil, A., *Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil*. Ciclo de Conferencias del Título Preliminar del Código Civil, Colegio de Notarios y Abogados de Barcelona, Obras Completas, I, Madrid, 1987.

<sup>48</sup> Aizpún Santafé, R., *Naturaleza jurídica del Régimen Foral de Navarra*, Institución Príncipe de Viana. Pamplona, 1984.

<sup>49</sup> Si bien la Compilación ha sido revisada por la Comisión Compiladora en dos ocasiones (desde 1973) produciéndose dos mejoramientos de Derecho Privado: 1) la mayoría de edad de los Navarros, y 2) la capacidad de obrar de la mujer casada, que históricamente estaba afectada por el *Senadoconsulto de Veleyano* que prohibía el afianzamiento por parte de la mujer casada.

Derecho Público: Expresado en el texto jurídico llamado por los navarros El Amejoramiento o L.O.R.A.F.N.A. (Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra).

En la actualidad este es el círculo que cierra del Sistema de Derecho Navarro, que ampara y protege la propia C.E. en su artículo 2º, tal como se ha indicado anteriormente.

## **VII. El ámbito de lo “público” y lo “privado” en ambos sistemas de derecho. Referencia a la jurisprudencia de Ulpianus**

### **VII.1. El binomio: derecho público-derecho privado**

Tal como ocurriera en la Roma antigua, hasta el día de hoy se han venido yuxtaponiendo la dicotomía existente entre Derecho Público y Derecho Privado. Sin embargo, creo, que a pesar de las sucesivas discusiones se ha sosteniendo, la división entre uno y otro ámbito del Derecho, si bien no creo que sea posible ni necesaria.

También es identificable como práctica Romana la síntesis y unificación de la idea del Imperio como Constitución Unificadora<sup>50</sup> de los Pueblos Europeos, frente a la dispersión como comunidades independientes. Idea que, desde principios de la Edad Media hasta nuestros días, resurge cíclicamente con más o menos fortuna y vigor<sup>51</sup>. Poco importa que a veces esas y otras proyecciones en el mundo moderno del Derecho Público Romano sean debidas a interpretaciones muy discutibles de la realidad romana, ya que lo mismo ocurre, como es bien sabido, en el Derecho Privado. En uno y otro campo, Roma proporcionó con frecuencia sólo los elementos básicos y las sugerencias iniciales. El resto fue obra de los juristas y teóricos políticos, tanto post-medievales como modernos.

Pero mientras que, a lo que llamamos los romanistas “Derecho Privado Romano”, ha sido y es hoy todavía objeto de estudio, en lo que respecta al “Derecho Público Romano” que comprende la idea política y administrativa de una Europa unificada (de nuevo se ha resucitado a la “Diosa Europa” que no es otra cosa que una concepción típicamente romana), existe una expectación o exigencia a la cual habrá que dar respuesta a través de una formulación de esta “nueva conciencia jurídica” llamada la Europa del Derecho Unificado a través de Directivas y otras Normas Comunitarias vinculantes para los países miembros.

De nuevo se presenta el mismo reto y confirmación de los mismos elementos<sup>52</sup> (1.- Derecho 2.- Gobierno. 3.-Administración).

Por tanto, el Derecho Público se halla hoy en la Europa del siglo XXI en clara expansión si tenemos en cuenta que en los próximos años se va a producir (a diferentes ritmos de velocidad), la incorporación al contexto comunitario de otros países, como por ejemplo Croacia, que ha sido la última incorporación solicitada (ha entrado recientemente como Estado 28).

Además, no podemos olvidar que, el estudio del Derecho Público Romano ha quedado fuera del ámbito de lo que pudiéramos llamar la cultura jurídica general y su estudio ha sido muy escaso a no ser por parte de la natural curiosidad de los especialistas, tales como

---

<sup>50</sup> La redacción de la Constitución Republicana de marcado cuño Patricio es un hito en la historia del Derecho Público Romano.

<sup>51</sup> Burdese, A, *Manual de Derecho Público Romano II*. Barcelona, 1954.

<sup>52</sup> Lacruz-Sancho Rebullida y otros, *Elementos de Derecho Civil I*, Parte General, Madrid 1998, pp. 62 ss.

el Catedrático de Derecho Romano A. Fernández de Buján<sup>53</sup>, por lo cual se hace necesario una aproximación histórico-jurídica a este fenómeno.

Sabemos que la configuración del Estado Moderno fue realizada y confeccionada por los juristas y teóricos de la política de la Baja Edad Media y del Renacimiento sobre el modelo de Roma<sup>54</sup>.

La idea del Estado como un ente abstracto y supremo, distinto de la masa de individuos que lo componen e integran, y que actúa a través de normas generales o leyes y de órdenes concretas y/o actos coercitivos impuestos por el aparato burocrático, es de origen romano.

Por ello no acabamos de ver la identidad, aunque sí el paralelismo histórico e institucional de la idea de “Estado” en Roma o *Populus Romanus*, y la idea actual de Estado.

Por otra parte, aunque alguna fracción de la doctrina, hoy todavía atribuye -falsamente- a Montesquieu la concepción y creación de la división de los tres poderes del Estado Moderno, sin embargo la realidad es que Montesquieu, fue un verdadero conocedor y estudioso de la historia Antigua Romana. Y en este modelo de “separación de poderes” fue a fijarse cuando hubo de diseñarse un gobierno equilibrado en sus diversos órganos para evitar abusos de poder.

Posiblemente una de las causas principales del desvío de los juristas respecto al Derecho Público Romano es la dificultad de encontrar obras asequibles y puestas al día que lo expliquen en forma clara y sistemática.

Por lo tanto, hablar de “cosa pública” o “cosa privada”<sup>55</sup> no parece que resuelva ningún problema y en Roma no tuvo ningún predicamento.

No obstante, si hay que atender a algún criterio ordenador en esta división tal vez sea el viejo concepto ulpianiano de la *utilitas*<sup>56</sup>. Dependiendo de la utilidad a la que se asigne la “cosa pública”, *res publicae*<sup>57</sup> o la “cosa privada”, *res privatae*<sup>58</sup>, quedará adscrito su tratamiento por una u otra rama.

O dicho en otras palabras, el Derecho no se ocupa de las cosas en tanto o en cuanto ellas puedan procurar a las personas alguna utilidad, esto es, siempre que sean accesibles y deseables.

Por ello los Estados modernos, y no digamos los llamados “Estados del Bienestar Social”, consideran cosas públicas o al menos se ha llegado a concebir como “cosas de interés público”, jurídicamente hablando, entidades tales como un descubrimiento científico y en el futuro no sabemos si nos referiremos a cosas con categoría de “públicas” cuando nos refiramos –vg.- a metales existentes en otros planetas, o a parcelas de terreno en la luna, o a las infinitas plantas o animales de los cuales la industria humana no ha logrado aún extraer provecho, o incluso al reciente descubrimiento del genoma humano.

¿Qué respuesta dará ante este futuro tan próximo que se avecina el Estado moderno? Ya hemos esbozado que Montesquieu en aquella concepción del Estado, llegó a formular las

<sup>53</sup> Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano*, Thomson Civitas, 2007.

<sup>54</sup> Lacruz-Sancho Rebullida y otros, *Elementos de Derecho Civil*, p. 62.

<sup>55</sup> Ortega Carrillo de Albornoz, A., *La Propiedad y los Modos de adquirirla*, Granada 1991, pp. 16 ss.

<sup>56</sup> Ulpianus 10. Ed. D.50.16.15.

<sup>57</sup> *Res publicae* = Cosas o derechos pertenecientes al Pueblo Romano. D. 43.8. 2.9. y D. 50. 16. 112.

<sup>58</sup> *Res privatae* = Cosas y objetos de propiedad privada que integran el patrimonio de una persona y son susceptibles de adquisición y transmisión. También se les denomina *bona y pecunia*. D. 50. 16. 49.

características esenciales que integran el Estado de Derecho<sup>59</sup> tomándolas de las instituciones mantenidas a lo largo de la historia de Roma, que no es otra cosa que la historia del Derecho Público Romano, con sus avatares y episodios desde que Roma adquiere conciencia de ciudad (753 a/c) hasta el eclipse del Imperio Bizantino integrado por la Constitución Republicana.

El griego Polibio afirmaba que la Constitución Republicana era mixta y no podía encuadrarse en ninguna de las tres categorías aristotélicas de monarquía, aristocracia y democracia. Si nos fijamos en el poder de los cónsules parecería ser monarquía; si en el del Senado, aristocrática; y si se considera el poder del pueblo, o de los más numerosos parecería entonces, claramente democrática<sup>60</sup>.

El perfecto equilibrio parece que radicó en la armoniosa coordinación entre ellos y la perversión o la deformación se acusará cuando el gigantismo de uno de esos poderes, por un resultado de un sistema opuesto al de los vasos comunicantes, origine el enanismo de los otros.

Esta es una lección que no debemos olvidar, porque en las actuales tendencias expansivas de la Administración (que en Roma abarcaba una interminable serie de facultades ligadas a un funcionarismo y a una burocracia desmedida) se han apreciado paliativas figuras como la de la figura del Ombudsman escandinavo, que no es otra cosa que la traducción del *Defensor Civitatis*<sup>61</sup> que pretendía arbitrar remedios a las facultades ejecutivas y legislativas que reclaman cada vez con más fuerza el poder ejecutivo, que ya no ejecuta nada sino que lo administra todo.

Debemos realizar todo este proceso de análisis y reflexión partiendo de la esencia de cualquier institución pública o privada, ya que seguramente, en su gran mayoría, hundirá sus raíces en el mundo romano.

A Roma debemos dos conceptos de creación genuinos que no se llegan a explicar perfectamente y mucho menos a entender, cuando se olvida o prescinde de su origen o procedencia:

Uno.- Europa: Ya aludimos a aquella vieja diosa protectora del Gran Imperio Romano. Europa no es un producto natural, no es un producto geográfico y espontáneo, sino que es una creación de la historia<sup>62</sup>.

Dos.- La Cultura Mediterránea como amalgama de ideales, costumbres, pensamientos y estética en torno al Mediterráneo como fenómeno cultural.

Todo ello se ha alcanzado con la fórmula de gobierno que consiste en convertir al *subdit* en *cives*, a la *polis* en *cosmópolis*, a la *urbe* en *orbe* mediante una política imperial encerrada en los preceptos constitucionales.

<sup>59</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Altaya, 1993, Libro XI.

<sup>60</sup> Polibio, 6.5. Este historiador, el filósofo Panecio y el comediógrafo Terencio, pertenecían al famoso círculo de los *Escipiones*, que en la segunda mitad del Siglo II a. C. defiende la cultura griega que se incorpora al humanismo romano.

<sup>61</sup> El *Defensor Civitatis* es un funcionario creado por Valentiniano III en el año 364 d/c para defender a los pertenecientes de las clases más humildes contra los abusos de los gobernantes y de los Poderosos. Su antecedente clásico era el Tribuno de la Plebe que defendía a los Plebeyos contra el abuso de los Patricios. Eran nombrados los ex Senadores o aquellos que habían tenido altos cargos. Justiniano da una nueva regulación al cargo y castiga los abusos. C.I. 1.55; Nov. 15.

<sup>62</sup> García Garrido, M., "Las Neiras y el rapto de Europa", *Boletín de la Facultad de Derecho* de la Uned, Madrid, 1985.

Y no queremos decir con todo esto que en Roma tuviera lugar el nacimiento o creación del Imperio como idea política. Otras culturas o civilizaciones también tuvieron su historia y dieron lugar a imperios tales como los de:

Sargon de Acad hacia el tercer milenio a/E.c.

Hammurabi de Babilonia hacia el año 2100 a/E.c.

Tutmosis III de Egipto en la mitad del primer milenio a/E.c.

Pero todos ellos se fundamentaron sobre las bases de grandes gestas militares conservadas en una constante alerta y mantenidas sobre la fuerza del temor. A diferencia de Roma, ya que fueron los romanos los que dieron corporeidad imperial al Derecho que les fue propio, a “aquello” que quedó preparado para que tiempo más tarde Pablo de Tarso, judío-hebreo “educado a los pies de Gamaliel”, escribiera una carta a los ciudadanos Gálatas, una carta que ha sido llamada la “Carta de la Libertad” donde se perfila y recoge el principio de igualdad: *non est masculum neque feminae. Quicumque enim in Christo baptizati estis, Christum indistis...*<sup>63</sup>.

Este terreno de igualdad y de respeto al Derecho estuvo “preparado” por Roma para la siembra de aquellos valores e ideales a que hemos hecho referencia, y a los cuales pertenece la cultura mediterránea, integradora asimismo de la cultura hebrea, egipcia, babilónica, griega, etc.

Por todo ello vamos a estudiar e investigar en nuestras fuentes, en este caso los Principios del Derecho, en nuestras leyes y costumbres y en nuestras instituciones.

Veamos toda la obra material que en Roma y en la cultura recibida se encierra, pero no olvidemos que hay un espíritu detrás de todo ello, un trasfondo histórico, y ese espíritu que siempre aletea, ése trasciende inevitablemente y por fortuna, de los libros, de las fuentes y de todo lo escrito y aquél se conecta y moldea la sabiduría y es entonces y solo entonces, cuando todo cobra un sentido.

La sedimentación de las ideas alumbra más que las ideas mismas. Por eso permanece la cultura romana que aparece tan lenta en su establecimiento y a veces incluso anquilosada, sobre todo si se observa y compara con las meteóricas conquistas de Medos y Persas, pero en contraste con ellos, asimismo rápidamente dejaron de existir, sobre todo Macedonia, que transformada en Imperio no conoció más amplitud y duración que los años de vida de Alejandro Magno.

Roma y su Derecho en cambio es una tarea lenta y sedimentada que desde 753 a/C todavía nos alcanza, pervive y permanece. Podríamos decir que Roma guardó en su pasado nuestro futuro, en su Derecho Público nuestro Derecho Público, en su Derecho Privado nuestro Derecho Privado. Hasta el punto que no podríamos entender nuestras actuales instituciones, públicas y privadas, sin entender y estudiar los orígenes de Roma representándola como *ab origine*, como ciudad-estado (*civitas*) a manera de organización de hombres libres y partícipes en la vida en comunidad dotada de una estructura político-constitucional.

## VII.2. El derecho público y privado de Navarra

También en Navarra tenemos esta misma dicotomía. Analizaremos el fenómeno.

---

<sup>63</sup> Epístola a los Gálatas del Apóstol Pablo, cap. 3:28-29. “Ya no hay hombre ni mujer; ni judío ni griego; ni esclavo ni libre, ya que todos vosotros sois uno en Cristo ...”

### VII. 3. Derecho público o Constitución Foral: el periodo histórico de 1841 a 1982.

Hay que remontarse como antecedente más próximo a la fecha de agosto de 1841. A nuestra Ley-Paccionada o Pacto-Ley ya aludido, siendo José Alonso ministro de “Gracia y Justicia” del Gobierno que bajo la regencia de Baldomero Espartero fue calificada de Pacto; Y en verdad que lo fue con una gran solemnidad, ya que es una norma de extraordinario relieve doctrinal publicada en 1848 en Madrid con el título Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra.

Esta Ley tiene un carácter singular ya que en su contenido quedó recogido para Navarra por la vía de Pacto entre Navarra y el Gobierno de la Nación la conversión del Viejo Reyno Pirenaico en Provincia foral.

Sabemos que paccionar significa “pactar–convenir”; es decir, llegaron Navarra y el Estado a una Ley Pactada: la llamada “Ley Paccionada de 1841” -aunque insistimos-primero fue el Pacto y luego la Ley que ratificó formalmente aquel Pacto.

Esta Ley de 1841 constituye una obligada referencia histórica, es una verdadera “ley anclaje” ya que además no afectó en absoluto al Derecho de Navarra, como se colige del dictamen de la Comisión publicado el día 12 de julio de 1841<sup>64</sup> ya que las enmiendas favorecían los intereses de Navarra y el resto se refería al “célebre” y “memorable” Convenio de Vergara, y termina proponiendo la aprobación por el Congreso del Proyecto de Ley.

Este hito histórico al que nos estamos refiriendo, una vez más, resulta intangible a las instituciones del sistema navarro, ya que las referencias que tenemos de la mencionada Ley de 1841, son que tal Ley es actualizada a través del “Amejoramiento”<sup>65</sup>.

La Diputación Foral de Navarra ha venido ejerciendo una verdadera acción de Gobierno cuyo “anclaje” se encuentra en aquella norma.

La idea esencial está en relación con el “Principio de libertad” que se consagra en esta importante Ley y que es un “Principio básico e histórico del Derecho Navarro”<sup>66</sup>, cuyo desarrollo y formidable capacidad de adaptación ha hecho que en Navarra haya servido de instrumento de desarrollo integral que permanecerá vigente en cualquier ámbito. “El principio de autogobierno de Navarra”, tanto en materia administrativa como económica, configura el derecho de los navarros a una administración autónoma, sin perjuicio de la necesaria vinculación a las tareas Comunitarias y Nacionales.

Buen ejemplo de ello y ya más reciente en nuestra historia, es el desarrollo de esta verdadera Carta de Derechos forales: El Amejoramiento o L.O.R.A.F.N.A. de 16 de agosto de 1982. El lapso de tiempo transcurrido entre uno y otro texto es de 141 años exactamente. Así lo aconsejaban las circunstancias históricas. España había proclamado la Constitución de 1978 y una vez más Navarra demuestra con esta ley que el Fuero posee una formidable capacidad de adaptación como se hace figurar en el propio texto<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Burgo Torres, J. del, *Origen del Reino de Navarra*, Biblioteca Diputación Foral de Navarra, pp. 439-879, Diario Sesiones de Cortes del Congreso de Diputados, Apéndice VI, nº 65, año 1981.

<sup>65</sup> Oliver Sola, *La Costumbre como fuente del Derecho de Navarra*, Pamplona, 1991.

<sup>66</sup> El lema de los Infanzones de Obanos era: *Pro libertate patria, gens libera state* (En nombre de la patria, sed libres).

<sup>67</sup> Amejoramiento del Fuero. Preámbulo 29 a 31. Diputación Foral de Navarra. Departamento Publicaciones 1982. Pamplona.

Navarra se incorporó al proceso histórico de formación de la unidad nacional española manteniendo su condición de Reino, con la que vivió, junto con otros pueblos, la gran empresa de España.

Avanzado el siglo XIX, Navarra perdió la condición de Reino y se convirtió en una provincia más española (pero en una “provincia foral”). La Ley de 25 de Octubre de 1839 confirmó sus Fueros, sin perjuicio de la “unidad constitucional”, disponiendo que, con la participación de Navarra, se introdujera en ellos la modificación indispensable que reclamara el interés de la misma, conciliándolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía.

A tal fin, se iniciaron negociaciones entre el Gobierno de la Nación y la Diputación de Navarra y, en el acuerdo que definitivamente se alcanzó, tuvo su origen la Ley Paccionada de 16 de Agosto de 1841, aprobada por las Cortes de la Monarquía española.

Al amparo de las citadas Leyes, que traían causa de sus derechos originarios e históricos, Navarra conservó su régimen foral y lo ha venido desarrollando progresivamente, conviniendo con la Administración del Estado la adecuación de facultades y competencias cuando fue preciso, acordando fórmulas de colaboración que se consideraron convenientes y atendiendo siempre las necesidades de la sociedad.

En justa consideración a tales antecedentes, la Constitución de 1978 que afirma principios democráticos, pluralistas y autonómicos, tiene presente la existencia del régimen foral y, consecuentemente, en el párrafo primero de su Disposición Adicional Primera, ampara y respeta los derechos históricos de Navarra, y asimismo, en el apartado dos de su disposición Derogatoria, mantiene la vigencia en dicho territorio de la Ley de 25 de Octubre de 1839. De ahí que, recién entrada en vigor la Constitución de 1978 se promulgara, previo acuerdo con la Diputación Foral, el Real Decreto de 26 de Enero de 1979, con el que se inició el proceso de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra.

Es por tanto, rasgo propio del “Régimen Foral Navarro”, amparado por la Constitución, que previamente a la decisión de las Cortes Generales, órgano del Estado en el que se encarna la soberanía indivisible del pueblo español, la representación de la Administración del Estado y la de la Diputación Foral de Navarra acuerden la reforma y modernización de dicho Régimen.

Dada la naturaleza y alcance del “Amejoramiento” acordado entre ambas representaciones (la del Gobierno Central y la del Gobierno de Navarra), resulta constitucionalmente necesario que el Gobierno, en el ejercicio de su iniciativa legislativa, formalice el Pacto con rango y carácter de Proyecto de Ley Orgánica y lo remita a las Cortes Generales para que éstas procedan, en su caso, a su incorporación al ordenamiento jurídico español como tal Ley Orgánica.

#### **VII. 4. Derecho privado de Navarra: “el Fuero Nuevo” de 1973**

El Derecho Privado Foral Navarro no es solo un conjunto de normas jurídicas (Costumbres, Fueros y Leyes) sino un verdadero Sistema de Fuentes y Principios que rigen la vida del Viejo Reyno.

Representa un tipo específico de organización normativa, sobre todo en lo que respecta a la organización de la familia y a la propiedad, pero entraña también una concepción peculiar y privativa del Derecho Civil enraizada en una tradición secular, que se armoniza

a través de sus normas con un *modus esendi* que matiza las instituciones con peculiaridades que no pueden reflejarse siempre y exactamente en las normas escritas.

El Derecho Civil de Navarra o Fuero Nuevo no se halla enmarcado dentro de un número fijo de instituciones reguladas por normas inflexibles, ni sus relaciones humanas están limitadas por férreos dogmas jurídicos, ya que lo que da valor y sentido trascendente a la norma es aquello que no puede recogerse en preceptos escritos, ni confiarse a fórmulas gramaticales. Por eso la Ley, o norma escrita, es solo en Navarra una manifestación parcial de su Derecho, y por ello han entendido los navarros, que es necesario completarlo con los usos, la tradición y las costumbres con arreglo también a unos Principios informantes que derivan de un peculiar “Sistema de fuentes” que requiere una breve exposición.

### VIII. Sistema general de fuentes y subsistema civil de fuentes

Se hace necesario establecer un instrumento técnico que determine un orden de prelación de estas fuentes. Esto es lo que llamamos “el principio de jerarquía normativa”<sup>68</sup>.

En Navarra, como ya se ha indicado anteriormente, tenemos que tener en cuenta:

La L.O.R.A.F.N.A o “Amejoramiento” de 10 de Agosto de 1982. Ley Orgánica que sirvió para que Navarra actualizase y recuperase la potestad legislativa que perdió en 1841 y que traía causa de la:

\* “Ley Paccionada” de 16 de Agosto de 1841 que a su vez venía dada de:

\* La Ley de Confirmación de Fueros de 25 de octubre de 1839.

De todo lo anterior, cabe deducir que, a tenor de la ley de 10 de agosto de 1982 o más conocida como “El mejoramiento” vigente, y en sus artículos<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Oliver Sola, *La Costumbre como fuente del Derecho Navarro*. La teoría del Principio de Jerarquía normativa explicitado en el siglo XIX, ha sido expuesta en la obra de la autora Departamento de Presidencia del Gobierno de Navarra, (Fondo de Publicaciones), Pamplona 1991.

<sup>69</sup> Artículo 40: 1. En las materias que sean competencia exclusiva de Navarra, corresponden a las Comunidad foral las siguientes potestades: a).-Legislativa. b).-Reglamentaria. c).-Administrativa, incluida la inspección. d).-Revisora de la vía administrativa.

2. Dichas potestades deberán ejercitarse en los términos previstos en la presente Ley en la legislación del Estado la que la misma hace referencia.

3. El Derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro. En defecto de Derecho propio, se aplicará supletoriamente el Derecho del Estado.

4. En materia de Derecho Civil Foral, se estará a lo dispuesto en el artículo 48 de la presente Ley Orgánica.

Artículo 41: 1. En las materias a las que se refiere el artículo 57 de la presente Ley Orgánica y en las que con igual carácter se regulan en otros artículos de la misma, corresponden a la Comunidad Foral las siguientes potestades: a).-De desarrollo legislativo. b).-Reglamentaria. De la administración, incluida la revisora. c).-Revisora en la vía administrativa.

2. La potestad de desarrollo legislativo a la que se refiere el párrafo a) del apartado anterior, deberá ejercitarse, en todo caso, de conformidad con las normas básicas que dicte el Estado”.

Artículo 42: 1. En las materias a las que se refiere el artículo 58 de la presente Ley y en las que con igual carácter se regulan en otros artículos de la misma, corresponden a la Comunidad Foral las siguientes potestades:

a).-Reglamentaria, para la organización de sus propios servicios. b).-De administración, incluida la inspección. c).-Revisora en la vía administrativa.

2. La Comunidad Foral ejercerá las potestades a las que se refiere el apartado anterior de conformidad con las disposiciones de carácter general que, en todo desarrollo de su legislación, dicte el Estado”.

Es importante destacar el artículo 40.3 donde se hace referencia a la competencia exclusiva de la Comunidad Foral y asimismo la indicación de existencia de un “Derecho propio” de Navarra en cuyo defecto se aplicará sólo entonces y de modo supletorio, el llamado Derecho del Estado.

### VIII.1. El sistema de fuentes y la naturaleza del ordenamiento jurídico navarro

Es de naturaleza pre-constitucional, de origen soberano y de estructura paccionada.

Estas tres condiciones quieren decir que el ordenamiento navarro posee un sistema propio de fuentes. Lo cual se traduce prácticamente en que sin la decisión y cooperación de Navarra, no puede ser alterado por nadie.

Cuando hablamos de sistema de fuentes, nos estamos refiriendo a la denominación que se aplica a la ordenación prioritaria de una pluralidad de las mismas. No podríamos hablar de sistema de fuentes, cuando la ordenación no es prioritaria, ni mucho menos cuando hay una sola fuente.

Así, en el Derecho histórico (más notablemente en el Medieval)<sup>70</sup> es una verdadera aporía la preferencia entre la ley y costumbre; porque no había en aquellos ordenamientos verdadero sistema de fuentes, en el sentido ya dicho, sino concurrencia, y en su caso preferencia, según el criterio del juez al fallar cada caso.

Por razones de espacio<sup>71</sup> (que excedería el tema que estamos tratando), no podemos detenernos aquí en una exposición pormenorizada de esta aporía histórica, tormento de la doctrina moderna<sup>72</sup>.

Sin embargo sí señalaremos que, por otra parte, tampoco puede hablarse de sistema de fuentes en el apogeo de la corriente legalista, ya que entronizada la ley –en plena formación y exaltación de las nacionalidades de Europa-, como “única” fuente del Derecho emanada del poder estatal, no cabe, posponer a ella, ni mucho menos anteponerle otra norma distinta.

Será, con la crisis del legalismo<sup>73</sup> –en concreto, en el momento histórico en que los jueces teniendo y debiendo juzgar cada caso, no hallaran precepto en la Ley; es decir, constatarán la insuficiencia de la Ley-, y con la superación de la manera en que había interpretado la doctrina la llamada “División de Poderes”, ofreciendo al Poder Judicial fuentes alternativas como solución a las lagunas normativas, que le permitan fallar sin recurrir en *refere* al Poder Legislativo, es cuando surge –ahora sí- el llamado sistema de fuentes<sup>74</sup>.

Sólo a partir de ahí, se puede hablar de fuente principal y fuente supletoria.

<sup>70</sup> Vallet de Goytisolo, J. B., *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico. Plenitud y equilibrio sensorial en las antiguas fuentes del derecho foral*, Montecorbo, 1982.

<sup>71</sup> Galán Lorda, Sánchez Bella, Saralegui Mateo y Ostolaza Elizondo, Edición crítica y estudios al Fuero Reducido de Navarra, Volumen I, 1989. Fuero Reducido de Navarra, (edición Crítica y Estudios), Pamplona, 1989, dos volúmenes. El Volumen I comprende el Fuero Reducido de Navarra y la Publicación del Fuero General, (Sánchez Bella) y las Fuentes del Fuero Reducido, (Galán Lorda). El Volumen II contiene: aspectos lingüísticos y glosario, (Saralegui Mateo), y Edición crítica de Ostolaza Elizondo. Asimismo: Mercedes Galán Lorda Tesis doctoral *El Fuero Reducido de Navarra*, Universidad de Navarra, publicada en 1989.

<sup>72</sup> Gibert, R., “El derecho medieval de la Novenera”, *AHDE* 22-23 (1951-52), pp. 1169-1221.

<sup>73</sup> Pala Mediano, F., *Concepto de Derecho Civil*, Enciclopedia Jurídica, Tomo I, Seix Barral, 1950.

<sup>74</sup> De Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, p. 342.

Así, aquella concurrencia igualatoria medieval y el fracaso de los dos dogmas sustentadores del legalismo (en concreto: la división de poderes y la insuficiencia de la Ley), sirve como perspectiva para colocar a la Costumbre y a los “Principios Generales del Derecho”, como fuentes subsidiarias en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (también en el sistema español), mientras que en Navarra –caso singular-, se antepone siempre la Costumbre a la Ley; y aún más, incluso si entra en colisión con ella, como es la conocida costumbre contra *legem*, de manera también peculiar, sucede con los “Principios Generales del Derecho”, que en el sistema de fuentes del Derecho de Navarra, son los “Principios Generales del Derecho Navarro”.

En el Código Civil Español se mantiene la subordinación de la Costumbre a la Ley, y de este a los “Principios Generales del Derecho”, incluso después de la reforma de Título Preliminar del mismo. En Navarra el sistema consuetudinario se ha llevado hasta sus últimas consecuencias, pues de una parte se establece un sistema distinto al del Código Civil (Ley 2 de la Compilación o Fuero Nuevo), colocando a la Costumbre, como ya se ha dicho, en primer lugar y admitiendo su eficacia no solo por encima, sino aun en contra de la Ley.

¿Qué razones históricas, políticas, sociológicas han determinado este fenómeno<sup>75</sup>?

La respuesta está guardada en la historia de Navarra. Parece necesario reconocer que Navarra se ha conformado como un Reyno que ha tenido reyes; y no como una dinastía que ha tenido un Reyno; por lo cual aquellos reyes, al acceder a esa realidad política y social superior que llamamos Reyno, tienen que jurar respetar y defender sus Fueros (que no eran leyes emanadas de otros monarcas anteriores que accedieron al trono), sino algo mucho más enraizado, objetivo, permanente: las costumbres y sus Fueros.

Tratando de resumir, estamos en condiciones de afirmar que la Comunidad Foral tiene competencias propias en materia de fuentes del Derecho. Por ello, hemos de constatar que siempre en Navarra, obligatoriamente tendremos en cuenta:

Primero.- El Fuero Nuevo o Compilación vigente en su Ley 2<sup>a</sup>. Donde queda patente, tanto en su primera redacción (la del año 1973), como incólume ha quedado, es decir, sin lesión ni menoscabo, en la última y reciente reforma del Fuero Nuevo.

Segundo.- La Constitución Española en su disposición adicional primera: “La constitución ampara y respeta los derechos de los territorios forales”.

Tercero.- El artículo 13.2 del Código Civil, que alude al “pleno respeto” a los derechos especiales o forales de las provincias en que están vigentes. El Código Civil regirá como Derecho supletorio en defecto del que sea preferente en cada una de aquellas, “según sus normas especiales”.

Queda patente como verdad jurídica insoslayable, a tenor de la Ley 2 del Fuero Nuevo<sup>76</sup>, cómo el carácter de fuente principal de la costumbre en Derecho navarro, es incuestionable; incluida tal preferencia en caso de colisión con la Ley, tan solo jalónada por dos correctores: uno de carácter ético-espiritual: “la moral”; y otro, de carácter político-cívico: “el orden público”. Así cuando uno de ellos se rompe, podrá ser otra cosa, incluso costumbre, pero nunca costumbre navarra.

<sup>75</sup> De Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, pp. 370 ss.

<sup>76</sup> Ley 2 del Fuero Nuevo. En Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente: 1) La costumbre. 2) Las leyes de la presente Compilación. 3) Los Principios Generales del Derecho navarro. 4) El Derecho supletorio.

Tras la Costumbre, rige la Ley foral Navarra (es decir la emanada del Parlamento de Navarra).

Seguida de “Los Principios Generales del Derecho Navarro”.

Y Por último del Derecho Supletorio<sup>77</sup> (Referenciado en la Ley 6 del Fuero Nuevo).

Navarra, en su Derecho, ha ido buscando el cambio pausadamente, paulatinamente, sin comprometerse con una ruptura definitiva. No es amiga de las exageraciones jurídicas. Sus costumbres permanecen tanto en la Montaña como en la Ribera. Le molesta, eso sí, que otros poderes ajenos a sus gentes se las cambien. Quizá su Derecho sea entre moderado y liberal. Y por tanto, eso resulte eterna “piedra de escándalo” para otras modas jurídicas que adoptan continuas modificaciones y cambios.

El Derecho de Navarra, no obstante, tiene la virtud de todo aquello que nace natural y libremente, ya que “nace de sus gentes”.

El Derecho Navarro es un derecho “adulto” que empero puede buscar la renovación acorde con los tiempos. Como lo hizo siempre.

El sistema de fuentes así expresado regula todas las materias combinándolas e integrándolas bajo el Principio ordenador de “jerarquía normativa”. En tal sistema, la materia de Derecho Civil Foral contempla que se estará a lo dispuesto en el artículo 48 de la L.O.R.A.F.N.A.

Trataremos de analizar a continuación qué lugar ocupa esta materia dentro del Subsistema de Fuentes en Navarra<sup>78</sup>.

La remisión de este subsistema de fuentes<sup>79</sup> expresado en el citado artículo 48 es clara y contundente, al menos así se desprende de la lectura del citado artículo y también en torno a su conservación y modificación:

“Artículo 48:

1. Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral.
2. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante Ley Foral”.

Una vez que ya hemos recalado en el Fuero Nuevo y hemos visto que en materia del Derecho Privado la foralidad “ha ganado la batalla”, cabe analizar el sistema de fuentes expresado en la L.O.R.A.F.N.A. o Amejoramiento.

“Artículo 2:

1. Los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de 25 de octubre de 1839, a la Ley Paccionada de 16 de Agosto de 1841 y disposiciones complementarias, a la presente Ley Orgánica y a la Constitución, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero de su Disposición Adicional Primera.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no afectará a las Instituciones, facultades y competencias del Estado inherentes a la “unidad constitucional”.

---

<sup>77</sup> Ley 6 del Fuero Nuevo: El Derecho Supletorio: El Código Civil y las demás leyes generales de España serán derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la Ley 1; y no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos.

<sup>78</sup> Pérez-Prendes, *Lecciones de historia del derecho español*, pp. 421 ss.

<sup>79</sup> Salinas Quijada, F., *Derecho Civil de Navarra*, X, Volúmenes, Pamplona, 1974.

## VIII.2. El concepto de libertad civil

No obstante lo expresado por la Ley 2 del citado Fuero Nuevo, hemos de tener en cuenta asimismo:

La Ley 7: “Conforme al principio “paramiento fuero vienze” o “paramiento ley vienze”, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad”.

Donde se recoge “el principio de libertad civil” del Derecho de Navarra o la llamada relevancia general de la voluntad en Derecho Civil Foral. Ya que en este ámbito del Derecho aparece la voluntad como causa eficiente de modificaciones jurídicas.

Este principio de la ley 7 aparece recogido bajo el brocardo “paramiento fuero vienze” o “paramiento ley vienze” que es la expresión foral de la relevancia de la voluntad que prevalecerá sobre cualquier otra fuente de Derecho.

## VIII.3.- Declaración de voluntad

No obstante “la voluntad” de la que habla la ley 7 solo adquiere valor preceptivo si se exterioriza a través de un acto. Y a ese acto es al que el Fuero Nuevo llama “Declaración de voluntad” y a cuya regulación se dedican las Leyes 18 a 21, que no se exige una concreta y determinada forma. Con tal de que sea clara puede expresarse en cualquier forma según la Ley 18. Por tanto la expresión de la validez es amplia.

Sin embargo, si la declaración de la voluntad no pueda deducirse claramente, se entiende que pueda aparecer viciada. De tal manera que aquella puede devenir ineficaz, y entonces a tenor de la Ley 19, serían ineficaces aquellas declaraciones de voluntad que tuvieran vicios e incluso ausencia o inexpressión de la voluntad.

Asimismo cabe también el error y por ello, sigue la Ley 19 en su párrafo segundo, aludiendo al error como la falsa representación de la realidad y lo sería si tal error fuera provocado por una actitud maliciosa, es decir, habría de contener tres elementos:

1.- volitivo, (querer / queriendo). 2.- intelectual, (saber /conocer). 3.- resultado, (real, no imaginario o fantástico).

En este caso serían actos anulables<sup>80</sup>.

Como síntesis o resultado de todo lo anterior y para facilitar la comprensión de la Ordenación de las Fuentes del derecho en el Sistema de Derecho en Navarra, se facilita a modo de esquema la siguiente prelación, en la que se puede observar la singularidad y diferencias con la ordenación de las fuentes del Derecho tanto en relación con el Sistema Del Código Civil, como en otros subsistemas de derecho establecidos en otras Compilaciones, tales como la aragonesa, catalana, balear, gallega.

## IX.- Prelación y subsistema de fuentes u ordenación jerárquica del de derecho privado de Navarra

---

<sup>80</sup> En este sentido, el Fuero Nuevo se encuentra en armonía con el Código Civil, artículo 1269.

Ley 7: Autonomía de la voluntad

Ley 2: Costumbre (incluso contra *legem*)

Ley 2: Ley navarra

Leyes 2 y 4: Los “Principios Generales del Derecho de Navarra”:

Ley 5: La analogía

Ley 2 y 6: El Derecho Supletorio

Ley 1: La tradición jurídica navarra

Ley 1: Los derechos históricos

Ley 1: El Derecho Romano

Ley 6: El Código Civil y Leyes de España

## **X. Distinción entre “Los Principios Generales del Derecho” y “Los Principios Generales del Derecho Navarro”**

Cuando nos referimos a los Principios del Derecho Romano, sabemos que estamos aludiendo a un determinado texto que contiene todos y cada uno de estos principios. Los “Principios Generales del Derecho”, se hallan dispersos por diferentes textos o fuentes Clásicas.

Por ello, nos planteamos el concepto de los “Principios Generales del Derecho”.

Hacia el primer tercio del siglo XX surge en Italia una viva polémica sobre qué debe entenderse por “Principios Generales del Derecho”. Con ocasión de tal cuestión surgió un intenso despliegue bibliográfico, del cual nos da noticia Del Vecchio<sup>81</sup>, sobre si por “Principios Generales del Derecho” debía entenderse los del Derecho Romano o los del Derecho Común.

Aquellos que defendían la tesis de que los Principios del Derecho a que alude el art. 1 del Código Civil son los del Derecho Romano, pueden considerarse vencidos. Sin embargo no lo fueron sus rivales, los defensores de que tales Principios son los del Derecho Natural.

El tradicional y encarnizado enfrentamiento doctrinal entre las visiones iusnaturalistas y las histórico-romanistas, dio como resultado un concepto del Principio General muy distinto.

Señala el Profesor Reinoso Barbero<sup>82</sup>, que al tratarse este problema se ha venido incurriendo en un constante error que surge al intentar contemplar esta cuestión desde una perspectiva general supranacional, y no individualizándola en cada Estado.

Si se admite que cada Nación posee un Derecho distinto e independiente, aunque existan rasgos, caracteres e inferencias de otros ordenamientos y en el que se dan estructuras, concepciones y planteamientos propios de su particular idiosincrasia histórica, sociológica, pública y jurídica, no parece acertado querer presumir que los “Principios Generales del Derecho” de cada uno de los ordenamientos son comunes a los demás. Este acertado razonamiento, es aplicable -como se ha visto- al Sistema de Derecho Navarro.

---

<sup>81</sup> Vecchio, G. del, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1979, pp. 43 ss.

<sup>82</sup> Reinoso Barbero, F., *Los Principios Generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1987, pp. 116 ss.

Es decir, nos movemos al hablar de los “Principios Generales del Derecho”, en el ámbito del Derecho primitivo, donde no caben generalizaciones que traspasen las fronteras de la vigencia de los ordenamientos jurídicos en donde aparecen aquellos principios. Otra cosa diferente será que quiera pensarse en un Derecho Supranacional, buscando las identidades o contactos que puedan existir entre los preceptos superiores ofrecidos por cada ordenamiento. Pero ese es otro problema.

Lo que nos preocupa ahora es entrar en la polémica sobre la procedencia de los “Principios Generales del Derecho”, y muy concretamente si puede o no determinarse su origen: ¿Romanos? ¿Naturales? No pueden admitirse las generalidades, tal y como vienen realizándose por los más destacados sectores doctrinales dedicados al estudio de esta fuente del Derecho.

No es de recibo dilucidar, como se pretende, sobre si los Principios Generales proceden del Derecho Natural o lo hacen del Derecho Romano, o emanan de la misma Ley. En el fondo, en el ordenamiento español, es decir, el del Código Civil, esta discusión surge con ocasión de contemplar a los “Principios Generales del Derecho” como algo abstracto que sirve de hilo conductor en la interpretación del sistema jurídico, pero carente de sustantividad propia. Sin embargo el que hoy, al menos en España, posean sustantividad propia es algo que resulta evidente.

## XI.- “Principios Generales del Derecho”

Es verdad que los Principios del Derecho se hallan dispersos a lo largo de todo el ordenamiento jurídico tanto histórico como en las fuentes, pudiendo afirmar que “no están todos los que son”. Los investigadores nos descubren siempre uno nuevo que no conocíamos. Sin embargo los romanistas manejamos siempre y nos gusta referenciar una serie de los mismos que citamos para apoyar nuestros argumentos y dotarlos de fuerza interpretativa, como parte de sistema de fuentes del derecho.

He aquí algunos de ellos y su referencia en el Digesto y en otros Textos Clásicos:

- *Quod ab initio nullum est, tractu tempore convalescere non potest (Paulus-Digesto)*  
“Lo que es nulo desde el principio, no puede convalidarse por el transcurso del tiempo”.
- *Patrem vel tutorem habendi tutor non datur (Ulpianus – Marcianus / Instituta – Digestum).*  
“No puede darse tutor para una causa o negocio determinado”. (Porque se da o nombra para la persona, pero no para los negocios o cosas).
- *Res ubicumque sint pro domino suo clamant (Ulpianus/Digesto).*  
“Las cosas donde quiera que estén, claman por su dueño”.
- *Qui iure suo utitur neminem laedit (Ulpianus/Digestum).*  
“El que usa de su derecho no daña a nadie”.
- *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet (Ulpianus / Digestum).*  
“Nadie puede transmitir a otro más derecho que el que tiene”.
- *Superficies solo cedit (Labeon – Gaio – Ulpianus /Digestum).*  
“La superficie cede al suelo”.
- *Omne quod inaedificatur solo cedit (Gaio – Instituta – Digestum).*

- “La edificación cede al (dueño del) suelo”.
- *Solo cedit quod solo implantatur* (Gayo / Digestum).  
“La plantación cede al suelo”.
  - *Adipi scimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore* (Paulus /Digestum).  
“Adquirimos la posesión con el cuerpo y el ánimo; ninguno de los dos basta por sí solo”.
  - *Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est* (Paulus /Digestum).  
“La buena fe aprovecha al poseedor como si fuera verdadero dueño, siempre que no lo impida la Ley”.
  - *In pari causa possessor potior baheri debet* (Paulus /Digestum).  
“En causa igual es mayor la condición del que posee”.
  - *Servitus in faciendo consistere nequit* (Pomponius).  
“La servidumbre no consiste en hacer”.
  - *Servitus servitutis esse non potest* (Paulus /Digestum).  
“No puede constituirse una servidumbre sobre otra servidumbre”.
  - *Ressua nemini servit* (Sexto Pomponius/ Digetum).  
“Sobre cosa propia nadie puede tener constituída servidumbre”.
  - *Non erit donatio, debiti solutio* (Digestum).  
“No sería donación, el pago de lo debido”.
  - *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit* (Pomponius /Digestum).  
“El heredero sucede en todos los derechos del muerto, y no sólo en el dominio de las cosas singulares”.
  - *Sine haeredis institutione nihil in testamento scriptum valet* (Modestinus /Digestum)  
“Sin la institución de heredero no tiene valor nada de lo que está escrito en el testamento”.
  - *Ubi pugnancia inter se in testamento inveniuntur, neutrum ratum est* (Celsius /Digestum)  
“Cuando en el testamento se mandan cosas contrarias entre sí ninguna es válida”.
  - *Qui semel haeres Semper haeres* (Ulpianus /Digestum).  
“El que una vez es heredero, lo es siempre”.
  - *Volenti non fitiniuria* (Ulpianus /Digestum).  
“No se hace injusticia al que la consiente”
  - *Summum ius summa iniuria* (Ciceron / De officiis).  
“Justicia (máxima) extrema, extrema injusticia”.
  - *Redde quod debes* (Seneca / De beneficiis).

“Restituye lo que debes”

- *Res ipsa loquitur* (Ciceron / *Pro Milone*).  
“Los hechos hablan por sí mismos”.
- *In caris non fit interpretatio* (Paulus / *Digestum*).  
“En las cosas claras no se hace interpretación”.
- *Ad impossibilia nemo tenetur* (Celsius / *Digestum*).  
“Nadie está obligado a lo imposible”.
- *Supremus est, quem Nemo sequitur* (Paulus / *Digestum*).  
“Ultimo es aquel a quien no sigue nadie”.
- *Tres faciunt collegium* (Marcelo / *Digestum*).  
“Tres constituyen un colegio”.
- *Sine pretio nulla ventitio est* (Ulpianus / *Digestum*).  
“Sin precio, no hay compraventa”.

## **XII.- Los” Principios Generales del Derecho Foral Navarro”. Concepto, función y clases**

Al igual que los diversos Estados poseen distintas leyes, para evitar lo que los tratadistas llaman normas de colisión, se ha creado un Derecho Internacional Público y un Derecho Internacional Privado, los “Principios Generales del Derecho” siguen un régimen paralelo a la Ley. De esta manera no cabe hablar de unos “Principios Generales del Derecho” Internacionales como la suma de los Principios Generales de los Derechos Nacionales, sino que exclusivamente tendrán aquella naturaleza los evacuados con ese carácter.

Por tanto, de los ordenamientos nacionales no es acertado afirmar que los “Principios Generales del Derecho” son Derecho Romano, o Derecho Natural o que se señalen cualquier procedencia, ya que no indica, al menos en el caso del Código Civil español (art. 1), ninguna procedencia o aplicación de los mismos.

No es el caso del Ordenamiento Navarro, donde “se indican expresamente” y conocemos su canon, mediante las leyes a que el Fuero Nuevo hace referencia, sobre cuáles son estos Principios. Y lo que es más importante: las instituciones a las que han dado lugar como consecuencia de su aplicación ya que se hallan referenciadas y tasadas en el singular Sistema de Leyes de su Derecho Privado contenido en la Compilación de Derecho Foral.

Lo que sí puede decirse, o al menos esa es la opinión unánime de la doctrina científica, es que vienen dados fundamentalmente por el Derecho Romano, y por la Tradición Jurídica, que recoge unas veces y acoge otras el Derecho Natural.

Estos principios de Derecho que acabamos de relacionar, procedentes del Derecho Romano, también rigen en Navarra, en virtud de que el Propio Derecho Romano es fuente del Derecho a tenor de la Ley 1 del Fuero Nuevo, sin embargo el Derecho Romano ocupa un lugar secundario en las fuentes del Derecho de Navarra. En el ordenamiento de Derecho Navarro, ostentan un lugar preferente los Principios del Derecho de Navarra.

Como ya hemos indicado, todos los razonamientos anteriores no son enteramente aplicables en el caso del Derecho Foral de Navarra.

Los “Principios Generales del Derecho de Navarra” están definidos en la Ley 4 del Fuero Nuevo:

Ley 4: “Principios Generales”.- Son Principios Generales los de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones”.

Por tanto, la expresión literal de la citada Ley 4 no deja lugar a dudas. Lo cual es un reto, que el Fuero Nuevo atribuye a estos Principios del Derecho Navarro el inmenso valor de haber sabido interpretar el Derecho Natural, resumiéndolo en unos principios tan universales como su procedencia, ya que no solamente se adaptan al momento histórico para el que se crean, sino que servirán para cualquier otra fase o circunstancia por la que atraviese la Comunidad Foral.

Un apunte para referirnos brevemente y en primer lugar al concepto de “foral”:

En el ámbito universitario el término foral fue usado por primera vez referido al ordenamiento privado y de una manera oficial en el discurso dictado por Mayans y Siscar en el siglo XVIII en el “Parabien al Rector y Claustro de Catedráticos de la Universidad de Valencia” al señor Rey de las Españas Don Carlos III en su feliz advenimiento al trono de la monarquía española.

También Felipe V de España y VII de Navarra en su Novísima Recopilación utilizó esta expresión de foral.

En un Real Decreto de Septiembre de 1857, reinando Isabel II de Castilla donde se designan las cátedras de la Facultad de Derecho, se alude a una de ellas con el nombre de “Historia e Instituciones de Derecho Civil Común y Foral”.

No obstante estas referencias histórico-universitarias, el verdadero sentido de Fuero en Navarra ha sido entendido siempre como el conjunto de costumbres navarras identificadas por el Derecho. Actualmente seguimos entendiendo por Derecho Foral Navarro el conjunto de todos:

Los usos. Fueros. Costumbres. Leyes.

Puesto que Navarra es la autora, tanto en sentido consuetudinario (no escrito), como en sentido positivo (leyes forales).

La sutileza que no esconde el Ordenamiento navarro, es que intenta convertir a los juristas en filósofos, lo que sólo esto no estaría mal, pero hacerlo sin perder el equilibrio necesario entre positivismo y iusnaturalismo, ¡eso es lo difícil!

El jurista navarro no puede darse por satisfecho con lo que en la Ley está escrito, sino que debe además investigar su fundamento intrínseco. Es decir, no basta conocer las normas particulares; es necesario penetrar en el espíritu que las anima, el cual tiene sus primeras raíces en el propio espíritu del pueblo. La particularidad de las Leyes del Fuero Nuevo es que remiten por vía de sus principios de universalidad del Derecho al pensamiento universal del Derecho Natural.

Una reflexión de cuanto apuntamos es que todos los grandes juristas han sido al mismo tiempo grandes filósofos. Filosofía y Derecho no deben marchar separados. Para confirmar esta reflexión podemos invocar las palabras con que *Ulpianus* abre el Digesto en el *Liber Primus, Tít. 1.1.*

Digestorum Seu Pandectarum “...veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes”.

*Digesto* “...buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”.

Ya que, ni del Edicto del pretor ni de las XII Tablas ni de ninguna otra norma, debe obtenerse la disciplina del Derecho. Pues eso, ni más ni menos, es lo que hicieron los juristas romanos al desarrollar su función creadora e informadora del Derecho, porque precisamente supieron pensar y filosofar en clave de Derecho. El jurista romano creó Derecho con una doble intención: Uno.- solucionar el caso concreto; y Dos.- Que esa solución particular poseyera los caracteres necesarios que le hicieron general y aplicable a cualquiera otro supuesto idéntico.

En estas condiciones es lógico que las soluciones de valor universal enseguida se movieran en la órbita del Derecho Natural, igual que sucede con el Derecho Navarro expresado en la referida Ley 4 del Fuero Nuevo, y como invocó Ulpianus en el primer libro del Digesto:

*Digestorum Seu Pandectarum = “Ius naturale est, quod natura “Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mar nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim Cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi.”*

*Digesto* = “Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves. De aquí procede la conjunción del macho y la hembra, que llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación; pues vemos que también los demás animales, hasta las fieras, se gobiernan por el conocimiento de este derecho”.

Una vez más advertimos como en el Derecho Navarro hay una influencia e inspiración en el Derecho Romano y se nota sin duda la “mano romana” de sus redactores o Compiladores de 1973, en cuya elaboración participaron insignes juristas, catedráticos de universidad, notarios y registradores, de la categoría intelectual y científica de Don Álvaro D’Ors, Nagore Yarnoz, Sancho Rebullida, Juan García-Granero, José J. López Jacoiste, etc., entre otros.

De todo ello podemos deducir que a los Principios del Derecho Navarro, inspirados como dice la Ley 4 “en el Derecho natural e histórico” y que resultan de sus disposiciones podemos atribuirles una doble función: A) informadora. B) propiamente normativa.

Pero además dada su naturaleza quedan anclados en el Derecho Natural o histórico. Lo cual los caracteriza y configura como algo externo y distinto al derecho positivo.

No obstante, ese *modus essendi* obtenido a través de sus expresiones, consigue que se materialicen las instituciones en sus peculiaridades reflejadas a lo largo de su regulación jurídica.

Trascienden sus normas e instituciones y aunque inspirados en el Derecho, se acomodan y matizan los actos del hombre tales como:

Vivir honestamente.

No hacer daño a otros.

Dar a cada uno lo suyo.

Sirven a la utilidad de:

Integrar las lagunas normativas.

Proyectan una luz a la analogía como técnica jurídica. Analogía que por otra parte está incluida en el elenco de fuentes del Derecho Navarro.

La idea transpersonalista trasciende a la mera moral religiosa o confesional. Por otra parte resulta ser integradora de las diferentes expresiones religiosas que han coincidido históricamente en Navarra de acuerdo con:

La moral cristiana cuyo principio básico es el Amor.

La moral judía cuyo principio y exponente máximo es la Justicia.

La moral musulmana cuyo principio y exponente es la Fe.

Las tres grandes expresiones religiosas han convivido y compartido la vida cotidiana históricamente en el Viejo Reyno.

¿Cuáles son estos principios del derecho navarro?

Para una mejor comprensión presentamos esquemáticamente los Principios en los que se fundamenta el sistema de Derecho Privado de Navarra.

### **XIII. “Principios Generales del Derecho Navarro”**

- “Libertad Civil”. Leyes: 7, 8, 18, 20, 25, 45, 80, 93, 94, 97, 101, 115, 116, 118, 128, 133, 137, 201, 202, 203, 205, 219, 238, 239, 244, 247, 261, 264, 265, 281, 309, 312, 321, 328, 331, 371, 384, 410, 413, 423, 428, 431, 437, 438, 440, 460, 462, 467, 470477, 484, 485, 490, 492, 518, 520, 525, 553, 567, 574, 575, 588, 589, 594, 595.
- “Equidad”. Leyes: 23, 298, 367, 493 Y 534
- “Buena Fe”. Leyes: 17, 21, 335, 353, 357, 362, 490 Y 566.
- “La Casa Navarra”. Ley 48.
- “Religioso”. Remisión a la Costumbre de la Ley 2.
- “Otros Principios”. Tradición y Sencillez.

Los llamados “Otros Principios” del Derecho de Navarra, son invocados por el foralista y uno de los miembros de la Comisión Compiladora, docto en del Sistema de Derecho Privado de Navarra, el catedrático de Derecho Civil Dr. José Javier Lopez Jacoiste, en virtud de la reiteración que se mantiene sobre tales principios en todo el Texto Legal del Fuero Nuevo, y de acuerdo con el sistema consuetudinario propio del Ordenamiento Navarro.

#### **XIII.1. Principio de libertad civil**

Este principio está enraizado en la idiosincrasia y expresión del carácter navarro. Tiene su manifestación dentro del sistema jurídico navarro en todos sus aspectos, tanto normativos como patrimoniales. Se denomina también “Principio de la autonomía de la voluntad”<sup>83</sup>:

Ley 7: “Paramiento.- Conforme al principio paramiento fuero vienze o paramiento ley vienze, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de derecho,

---

<sup>83</sup> Está recogido en el Fuero Navarro en la Ley 7. *paramiento fuero vienze o paramiento ley vienze.*

salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta compilación con sanción de nulidad”.

Este principio está relacionado tanto con la libertad patrimonial (inter vivos o mortis causa) como con la contractual o sucesoria. Por ello se pueden encontrar expresiones en aforismos tales como: “paramientos et conveniencias”, “pactos rompen fueros”, “hablen cartas y callen barbas”, *standum est chartes, pacta sunt servanda*.

“Libertad normativa”: según este principio, la libertad civil es regla y la ley es excepción. Solamente de esta manera puede explicarse la fuerza operativa de la costumbre contra la ley<sup>84</sup>.

“Libertad patrimonial”: este principio presenta una manifestación de una doble vertiente ejecutiva:

Actos patrimoniales *inter-vivos* y *mortis causa*. Tiene su manifestación en un sentido individualista muy propio del Derecho Romano, favorecedor de una amplia facultad de pacto. Fue sancionado desde la antigüedad con la frase: “paramiento fuero vienze” que equivale a: “porque el convenio vence al fuero”<sup>85</sup>. Este principio de libertad civil está delimitado, para que no se produzcan abusos y libertinajes, por correctores tales como la moral, el orden público y no dañar intereses de terceros.

“Libertad sucesoria”.-Actos patrimoniales *mortis-causa*. Esta Libertad está dirigida hacia la perpetuación de los patrimonios familiares. Incluye instituciones tales como:

- “La legítima foral”: caso claro de costumbre contra ley. Se trata de una legítima o fórmula sin apenas contenido patrimonial ya que esta equivale a “cinco sueldos o febles carlines por bienes muebles y sendas robadas en los montes comunales por inmuebles”<sup>86</sup>.
- “Testamento de hermandad”: o posibilidad de otorgar testamento de modo singular y no admitido en la legislación o Derecho Común (Código Civil). Es una clase de testamento otorgado mancomunadamente o en un mismo instrumento por dos o más personas; si falleciera una de ellas (uno de los testadores), es irrevocable para las demás<sup>87</sup>.
- “Testamento de confianza”: se trata de otra manifestación del amplio régimen de la voluntad de testar<sup>88</sup>.
- “Testamento ante párroco y ante tres testigos”: también en este caso se trata de una modalidad más con relación a la voluntad testamentaria<sup>89</sup>.
- “Donaciones *mortis causa*: aun siendo la donación una Institución típicamente de *inter vivos*, sin embargo, el Derecho Navarro recoge esta Institución del Derecho Vulgar<sup>90</sup>. Es aquella que se hace por temor a la muerte. Y de ella se dice que el que dona por causa de muerte, piensa en sí mismo y prefiere poder recuperar para sí “mientras viva”, que desprenderse de la cosa que dona porque se dice que “prefiere tener él, a que tenga el donatario, pero que tenga éste, a que tenga su heredero”.

<sup>84</sup> Oliver Sola, *La costumbre*, pp. 178 ss.

<sup>85</sup> Fuero General de Navarra XX, Tit. IV, Lib. II

<sup>86</sup> Fuero Nuevo. Leyes 195, 267, 271.

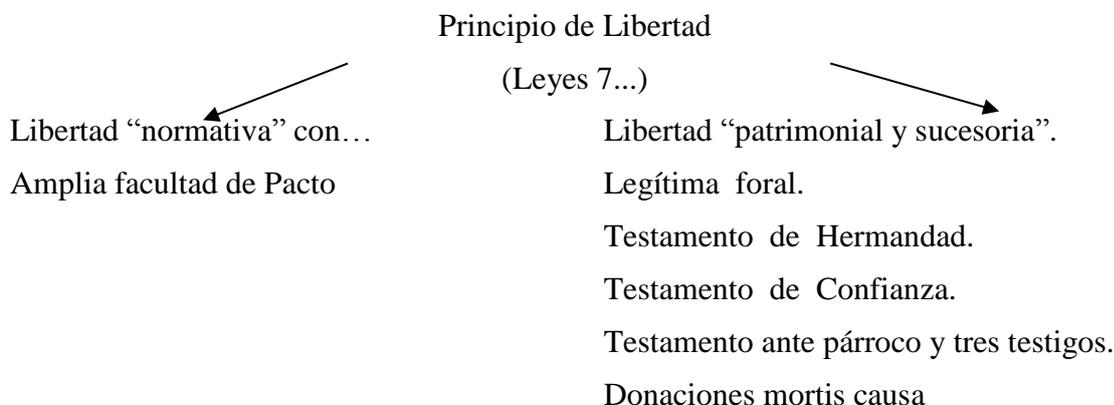
<sup>87</sup> Fuero Nuevo. Leyes 199 a 205, 208, 297.

<sup>88</sup> Fuero Nuevo. Leyes 289, 290, 291.

<sup>89</sup> Fuero Nuevo. Leyes 186 ss. y 190, 191.

<sup>90</sup> Digesto 39.6.35.

En realidad esta Institución de *donaciones mortis causa*, a nuestro entender sería más correcta si se tratara de un legado a costa del heredero. No obstante el Fuero Nuevo se hace eco de tal institución *mortis causa*<sup>91</sup> y así aparece ampliamente regulada.



### XIII.2.- Principio de equidad

Es un principio de adaptación flexible del Ordenamiento Jurídico a las circunstancias específicas del tiempo. Es la templanza del Derecho –como virtud cartesina junto con la Justicia, la Prudencia y la Fortaleza- y la moderación del mismo frente a determinadas situaciones en las cuales la aplicación de las leyes generales produce fraude, lesión o distribución desigual de bienes. De este principio nacieron varias instituciones que ya estaban establecidas dentro de la Bula de San Pío V y Navarra las incorpora.

Aunque la equidad es atributo del Derecho, implica conseguirla desde el equilibrio entre una justicia absoluta y una justicia individualizada, que tanto el Derecho consuetudinario como el Derecho escrito sitúan en la órbita del Derecho Natural.

Ya en el proyecto de Fuero Recopilado se decía que: “En los casos dudosos se ha de preferir siempre lo que sea más conforme a la equidad”. Veamos algunas de las instituciones que inspira ese Principio en el ordenamiento navarro:

“Retracto gracioso”: Se trata del derecho que correspondía a los deudores desposeídos por cualquier clase de créditos, o sus herederos, para recuperar tales bienes previo pago de las deudas e intereses y gastos en el plazo de cuatro años<sup>92</sup>. Esta institución ha caído en desuso ante las nuevas formas de vida de las relaciones crediticias. Sin embargo de nuevo los tribunales navarros se plantean su discusión y aplicación ante la actual crisis.

“Rescisión por lesión o acción rescisoria”: Es el derecho que tiene un contratante cualquiera de todo negocio traslativo de dominio a título oneroso para pedir la rescisión del contrato, cuando hubiere sido perjudicado en más de la mitad del justo precio que la cosa tuviere al tiempo de operarse la transmisión. Esta diferencia en la contraprestación debe tener un límite impuesto por la “equidad”, para evitar lo dañoso y abusivo que pudiera contener, aun dentro del mundo de los negocios, de más del 50% del valor de la cosa negociada<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Fuero Nuevo, leyes 165 a 171, 210, 214, 255 y 320.

<sup>92</sup> Fuero Nuevo. Ley 446-451.

<sup>93</sup> Fuero Nuevo. Leyes 33-34-336,504 a 507.

“Fraude de ley”: Se trata de una situación por la que se priva de eficacia a los actos realizados por quien pretenda ir contra el espíritu de la disposición normativa de equidad, aunque no se halle prohibido<sup>94</sup>.

“Enriquecimiento injusto”: Se prevé el supuesto para el que sin causa legítima se lucrea injustamente con daño de otro, por lo que quedará obligado a resarcir a éste del perjuicio que por ello hubiera sufrido, hasta el límite del lucro logrado como si hubiera recibido de él un pago indebido<sup>95</sup>.

“Carta de gracia o pacto de retro”: Tiene por objeto evitar cualquier maniobra fraudulenta que tienda a producir un despojo que equivalga a una incautación usuraria de los bienes del deudor y que consiste tal carta de gracia cuando el vendedor se reservaba el derecho a recuperar la cosa vendida, mediante la entrega del precio recibido y de los gastos de legítimo abono<sup>96</sup>.

Principio De Equidad. Leyes 29, 298, 367, 493 y 534

- Retracto Gracioso.
- Rescisión por lesión o acción rescisoria.
- Fraude de ley.
- Enriquecimiento injusto.
- Carta de Gracia o pacto de retro.

### XIII.3.- Principio de buena fe

Se trata de un principio eminentemente subjetivo ya que ¿quién tiene o puede proporcionar el densímetro con el que medir la *bona fides*? Habrá de acudirse sin duda a la aplicación del criterio de las presunciones. Todo consiste – insistimos – en una consideración subjetiva en que el poseedor de una cosa o derecho, lo es creyendo fundamentalmente que no comete injusticia adquiriendo o reteniendo.

Por lo que este principio consiste en el juicio prudente por el cual una persona cree –de buena fe- que un objeto es suyo y que no comete injusticia.

En el Derecho de Navarra la buena fe no solamente ha de tenerse en cuenta para cuestiones de adquisición o de retención del dominio, sino que este principio se extiende al ejercicio de todos los derechos donde se aplique el rigorismo contra el fraude. En la contratación de cualquier clase, ningún negocio jurídico concertado con la finalidad de perjudicar a otro, legitimará este perjuicio<sup>97</sup>. Por contraposición también regula el Fuero Nuevo la *mala fides*<sup>98</sup>.

Principio de Buena Fe

Leyes 17, 21, 335, 353, 357, 362, 362, 590 y 566.

“Cualquier cuestión de adquisición o retención de dominio. Rige para todos los derechos donde se aplica el rigorismo contra el fraude”.

---

<sup>94</sup> Fuero Nuevo. Ley 9.

<sup>95</sup> Fuero Nuevo. Leyes 89, 508 a 510.

<sup>96</sup> Fuero Nuevo, Leyes 234,419.

<sup>97</sup> Fuero Nuevo, Leyes 17,321,335,353,357,362

<sup>98</sup> Fuero Nuevo, Leyes 323, 362,509.

#### XIII.4. Principio religioso

Que dimana de la presencia de la moral y el orden público, como elementos correctores. A estos correctores se alude también en su primera fuente del Derecho que es la Costumbre, que también se halla jalonada por ambos correctores. Este principio impregna todos los cuerpos legales en Navarra, influenciados por una Iglesia que actuaba positivamente sobre el mundo legislativo, respaldada por los poderes temporal y espiritual, imbuidos recíprocamente y manteniendo una hegemonía imposible de superar ni vencer.

Al respecto hemos de recordar que históricamente las Cortes de Navarra estaban compuestas por tres brazos y uno de ellos estaba representado por el clero, lo cual permitió su proyección legislativa en lo foral.

Recordemos asimismo que el Fuero General de Navarra comienza en su proemio con la siguiente frase: “En el nombre de Jesucristo que es y será nuestro salvamento<sup>99</sup>”. De la misma manera los reyes de Navarra debían prepararse para su coronación pasando toda la noche anterior en la iglesia ante el altar de la Catedral de Santa María la Real en la catedral y ante la conocida “silla de Roma” oyendo misa y comulgando y cumplido esto, habían de jurar los Fueros sobre la cruz y los Santos Evangelios. Para la prueba de cualquier alegación también se apelaba al juramento sobre la cruz y los Evangelios.

No obstante, cabe preguntarse si esa moral a la que alude el Fuero Nuevo, se refiere a la moral Católica o tal vez sería mejor referirla a la moral objetiva u objetivable y no confesional.

En nuestra opinión creemos que, en cualquier caso, esta moral a la que alude el Fuero Nuevo es la que coincide con el Derecho natural.

La respuesta tradicional, es el papel preponderante de la Iglesia Católica. Pero hemos de tener en cuenta y hay constancia histórica de que en Navarra han convivido en total armonía otras Comunidades Históricas Judías y Musulmanas y de aquella pacífica presencia han dejado huella de sus costumbres y correspondientes expresiones de fe. Sobre todo encontramos referencias en determinadas localidades navarras como Pamplona, Estella y Tudela, etc. y por tanto, al menos hasta el momento de la expulsión de España (que en Navarra sucedió diez años más tarde que en el resto de la Península), esas comunidades mantuvieron su presencia religiosa a través de sus ritos y cultos como expresión de su moral, tanto judíos como musulmanes.

Creemos de una manera particular que este principio religioso que alude tantas veces a la moral debe interpretarse extensivamente y de acuerdo con una moral cualificada no de “puesta al día”, según interese a poderes fácticos más o menos presentes o representados. A mayor abundamiento, a partir de la Constitución de 1978, que alude y garantiza el principio de Libertad Religiosa, pensamos que en Navarra adquiere todavía mayor esplendor ya que sólo así, se explicaría su sentido moral no excluyente ni exclusivo.

En los Fueros se observan frecuentemente referencias a expresiones tales como:

“Por San Juan...”; “En la Cruz de mayo”; “Por San Martín”; “Desde el día de Santa Lucía”.

Tales expresiones evocan sin duda a la Confesión Católica ya que, como ya hemos aludido, el Derecho Canónico está presente en el Fuero Nuevo debido a la presencia en las Cortes de Navarra del brazo eclesiástico.

---

<sup>99</sup> Esta invocación a Jesucristo sin duda manifiesta un sentido cristiano.

Hay que tener en cuenta que los Reyes de Navarra pertenecían a dinastías católicas, y así debían prepararse para su coronación pasando la noche anterior en la Iglesia de la Catedral en que oían misa, comulgaban, ante la “Silla de Roma” con la Cruz y los Santos Evangelios, como se ha indicado.

En la tenencia de la heredad, además de llamar a siete testigos, se marcaba con una “cruz”, símbolo católico, antes de la firma y rúbrica.

Los Fueros históricos contienen incluso regulación sobre cómo se han de tocar las campanas en las iglesias.

Todo ello nos habla de la evidente presencia religioso-católica en el Ordenamiento de Navarra, por una Iglesia que ejerció todo su poder. Sin embargo, es constatable históricamente la presencia de aljamas y comunidades judías y sinagogas, sobre todo en la zona de Estella y Tudela, así como en Pamplona. Una de las más insignes personalidades del mundo judío es el erudito Benjamín de Tudela, que narra los viajes de este sabio cien años antes de que Marco Polo iniciase su expedición al Oriente. Este judío había concluido antes del siglo XII un largo viaje desde su ciudad ribereña navarra (Tudela) hasta tierra Santa y hasta Oriente, trayendo consigo por escrito las memorias de su itinerario, testimonio de la vida y costumbres de unos lugares y gentes hasta entonces desconocidos. El Gobierno de Navarra ha recogido en una publicación trilingüe (hebreo-castellano-euskera) tamaña gesta cultural<sup>100</sup>. Pero no es el único caso: La vida de la presencia judía en Navarra y su aportación cultural ha quedado reflejada en el libro de La poesía hispano-hebreo-tudelana a través de dos figuras de primera magnitud dentro de la literatura de judíos y sabios eruditos, tales como Yehuda ha-Levi o Abraham Ibn Ezra, que nacieron en Tudela y que vivieron a caballo entre los siglos XI y XII y cuyos poemas abundan en referencias bíblicas, aportando también testimonio de sabiduría kabalística y talmúdica<sup>101</sup>. La presencia de los judíos en Navarra llega hasta la crisis del siglo XV. Así lo ha constatado en su tesis doctoral Eunáte Mirones Lozano<sup>102</sup>. Sin embargo, es bien sabido que las Comunidades Judías tanto en Navarra, como en todo el mundo es minoritaria, aunque de firmes y sólidas creencias y prácticas.

Principio Religioso: Remisión a la Costumbre de la ley 2.

(Tiene en cuenta la moral objetivable y la confesional).

“Históricamente coincide con el Derecho Natural. La respuesta tradicional es la que ha dejado huella en las Instituciones”.

### **XIII.5. Principio de concentración familiar y permanencia de la casa**

Principio básico del Derecho Navarro. De él derivan casi todas las Instituciones de Derecho Privado, tan peculiares del sistema navarro y a él se orientan para alcanzar un doble objetivo:

Perpetuar la familia y

La continuidad de la Casa a través del tiempo.

---

<sup>100</sup> *Libro de los viajes de Benjamín de Tudela*, Edición trilingüe (hebrero-castellano-euskera), del Gobierno de Navarra, Pamplona, 1994.

<sup>101</sup> *Poesía hispano-hebreo tudelana*. Fundación Diario de Navarra. ISBN 84-85112-99-7. D.L.NA-2002-2003.

<sup>102</sup> Mirones Lozano, E., *Los judíos del Reyno de Navarra en la crisis del siglo XV (1425-1479)*, Pamplona, 1999.

Podemos ver que este principio constituye la razón de ser de todo el Derecho Privado de Navarra y de él derivan instituciones fundamentales tales como la Casa Navarra.

La Casa como institución, es un ente social integrado por una familia estable, más los bienes que aseguren su permanencia.

La Casa como concepto jurídico también es una idea metajurídica. En Derecho navarro tiene un gran parecido a la idea que al concepto de empresa atribuye el Derecho mercantil. Es un objeto y un sujeto de Derecho, pero también es un conjunto de personas y una comunidad y así es tratada en la Ley 48 del Fuero Nuevo o Compilación vigente.

#### A.- La Casa Navarra

Como hemos indicado La Casa Navarra es un concepto metajurídico que proyecta en el ordenamiento navarro uno de “sus principios” generando unas Instituciones típicas. La idea de la Casa representa la familia y su patrimonio.

Hablar de la “Casa” en Navarra es hacer referencia a una institución que viene de antaño, no hace demasiado tiempo que las Casas parece tenían “vida propia”. Las Casas“ vivían más que sus dueños y marcaban totalmente la existencia de sus titulares y ocupantes. Uno era hijo/a de una Casa que le proporcionaba un “apellido”, y que a su vez le podía dar el título de “vecino”, la condición de miembro de pleno derecho de la comunidad en la que la Casa estaba enclavada. Esto, desde el punto de vista del Derecho administrativo navarro, no es una cuestión en absoluto baladí, sino que conlleva derechos económicos patrimoniales muy importantes<sup>103</sup>.

Toda la integración e interpretación de las normas y negocios jurídicos referentes al patrimonio familiar navarro, no pueden alcanzarse a espaldas de ese “Principio de Derecho Navarro fundamental”: La Casa.

Por ello, el Fuero Nuevo en su Ley 48 expresa que:

“La Casa sin constituir persona jurídica, tiene su propio nombre y es sujeto de derechos y obligaciones respecto a las relaciones de vecindad, prestaciones de servicios, aprovechamientos comunales, identificación y deslinde de fincas y otras relaciones establecidas por la costumbre y usos sociales”.

El Fuero Nuevo eleva a “principio fundamental” el régimen de bienes de la familia el de “unidad y continuidad de la Casa” expresada en la Ley 75 que abre el Título VII que trata: “De los principios fundamentales del régimen de bienes en la familia”, y por ello impone que “en todos los pactos y disposiciones... etc.” se observará el principio fundamental de Unidad de la Casa, así como el de Unidad y Conservación de la familia.

Conjugar armoniosamente por una parte la “conservación” y por otra la “libertad”, no evita que el valor de ambos se halle tradicionalmente unido a economías rurales y modelos familiares extensos, hoy ya un tanto diferentes de la realidad social en el siglo XXI.

Actualmente, los habitantes de la Comunidad Foral de Navarra, que es mayormente urbana, (no hay que olvidar que de aproximadamente 528.000 habitantes navarros, solamente en metropolitana de Pamplona, viven más de la mitad, y por tanto estos navarros son urbanos o urbanizados, con una clara tendencia a la familia nuclear), lo cual no quiere decir que “el principio navarro de derecho de la Casa” haya sido superado, sino que se abre un reto a una realidad cambiante que planteará un nuevo ejercicio de imaginación a los juristas.

---

<sup>103</sup> Aprovechamientos Forestales: madera, helechales, suelo vecinal o parte = *Enfiteusis*. En la zona de Bardenas Reales, se alude al título de *congozantes*, etc.

Como hemos venido considerando, algunos autores como Lacruz o Sancho Rebullida, afirman que la casa solo existe en la medida en que creemos individualmente que constituye un valor y como tal valor en abstracto, es juzgado por el ordenamiento como un interés jurídicamente protegible. Adecuar este valor a las exigencias actuales es el reto; ya que la Casa Navarra ha pasado de ser considerada como núcleos o “fuegos” (familias o casas), que sirvieron como base administrativa para elaborar cualquier censo de mentalidad más antigua y propia de una sociedad agropecuaria, a esta otra mentalidad actual de casa urbana en la que, la casa dónde se vive, es tan sólo un sustrato al servicio de la comodidad de la nueva familia urbana donde la casa se compra, se vende o alquila, sin que quepa ya aquel espíritu de permanencia.

Así, confluyen dos realidades diferentes: la casa que hasta mediados de siglo XX se concibió como una especie de sede ligada a la empresa familiar y la base de una determinada organización social que nunca se quedaba vacía y cuyo tamaño era grande y que a su vez reunían además de los bienes muebles e inmuebles derechos como el de vecindad, edificios tierras, derecho a gozar de los bienes comunales y hasta la misma sepultura. Lo anterior eran elementos que se mantenían unidos dando a la *Casa* un espíritu propio que se representaba con el “Nombre de la Casa”. Por lo que constituía un *rebus* inseparable y no se pensaba siquiera en enajenar porque a su vez todos los miembros de la familia debían trabajar –según el Fuero- “en aumento y mejora” de la misma.

La organización personal funcionaba más de forma vertical que horizontal dando mayor importancia a la sucesión por generaciones y a la pervivencia de la Casa. Cabe señalar además, una cuestión muy importante que afecta a la “Casa”, el llamado “Derecho de Vecindad” que no era personal sino que pertenecía e iba ligado a la propia Casa y se ejercitaba por quien en el momento oportuno figurase como propietario de la misma. Hasta tal punto que una familia que no tuviera casa vecinal debía estar al servicio de un vecino para poder acceder a los servicios básicos: “helechales, leña, etc.”.

Hoy, esta otra Casa surgida de la nueva sociedad Navarra postindustrial es una casa-descanso que alberga una familia, que se deja sola la mayor parte del día o en vacaciones y es pequeña y funcional, comparada con la “Casa Tradicional” y la mayor parte de las veces está ubicada en una propiedad horizontal. Ello plantea una diferencia de situación jurídica por lo que a las nuevas generaciones les resulta difícil entender la idea de aquella casa tradicional, desde la actual mentalidad urbana. Así, el sistema social y el sistema jurídico basado en la Casa ya casi ha desaparecido en la capital del Reino, pero sigue enraizada y vive en algunos hermosos valles como la Ultzama, Salazar, Barranca, etc., sobre todo en el Norte de Navarra, incluso en aquellos pueblos donde se da un cambio social en la vida cotidiana. No solo ocurre esto en Navarra, sino en toda Europa, el fenómeno es general. El éxodo rural que ha traído la mecanización del campo ha hecho que esta realidad social haya cambiado en todo este proceso, hoy en día en los albores del siglo XXI se une otro fenómeno poblacional: el de la inmigración.

Por lo tanto Costumbres y Principios tan importantes en Navarra como el de la *Casa* y la Familia no son los mismos. Parece que haya pasado mucha historia en poco siglo.

Podríamos cuestionarnos ¿qué queda de la Casa Navarra? En primer lugar, quedan las mismas casas que siguen siendo como “las de antes”; otras, que se han construido asumiendo los cambios y convirtiéndose en “casas-rurales” dedicadas en muchos casos a una nueva explotación turística, restaurantes, etc.,... donde todavía se mantiene viva la llama de la pervivencia y conservación. Otras, permanecen cerradas como piezas de museos y las más desafortunadas se arruinan sin que nadie se ocupe de ellas.

También hay que decir que no todas las casas son iguales y en Navarra se pueden diferenciar cuatro tipos geográficos distintos<sup>104</sup>:

\* La zona Atlántica: Valles de Baztán, Barranca, Basaburua, Bertizarana.

\* La zona pirenaica: Valles de Urraul, Roncal, Salazar, Erro.

\* La zona Media: Alrededor de la Comarca de Pamplona-la Valdorba.

\* La zona Meridional, de la Ribera de Navarra en torno a los Ríos Ebro, Arga y Aragón.

A esta “Casa” se vinculaba el heredero/a único/a y los demás hijos e hijas debían elegir entre: salir de la Casa con una legítima o dote, o bien seguir solteros trabajando para la Casa.

Sin embargo, y a pesar de todo ello, en el Derecho vigente en Navarra sigue teniendo importancia la Casa como entidad supraindividual y ello, hace que afecte al Régimen económico-matrimonial que se elija, que como se sabe en Navarra, no es el de gananciales sino el de “conquistas”, en su doble acepción familiar y conyugal.

No obstante todo lo anterior, no quisiera cerrar este punto sin realizar un análisis exegético de la Ley 48 del Fuero Nuevo, dentro del título II de su Libro Primero, donde se trata “De las entidades y sujetos colectivos sin personalidad jurídica” y a propósito de *la Casa* de la citada Ley 48 plantea una aporía ya que a la Casa, la letra de la Ley la determina como sujeto de derecho y obligaciones:

Ley 48: “La Casa, sin constituir persona jurídica, tiene su propio nombre y es sujeto de derechos y obligaciones respecto a las relaciones de vecindad, prestaciones de servicios, aprovechamiento comunales, identificación y deslinde de fincas y otras relaciones establecidas por la costumbre y usos locales.

Corresponde a los amos y al gobierno de la Casa, el mantenimiento de su unidad y la conservación y defensa de su patrimonio y nombre”

Los términos en que se pronuncia la citada Ley, en sí mismos son contradictorios: No es posible, en modo alguno, ser sujeto de derechos y obligaciones sin ser persona física o jurídica. Es una verdad jurídica universal que sólo puede ser sujeto de derecho además de los seres humanos las personas jurídicas.

Podía el Fuero Nuevo en su redacción de 1.987 haber otorgado personalidad jurídica a la Casa o podía incluso haber declarado que la Casa puede actuar como (si fuera) sujeto de derecho, pero ha elegido y esto no es posible, afirmar la condición de sujeto de derecho negando al mismo tiempo la personalidad jurídica, ¿Cómo es posible esta *contradictio in terminis*?

Históricamente, el punto de origen de esta aporía se encuentra en la Recopilación Privada de donde pasó literalmente a la Ley de 1973 que aprobaría el Fuero Nuevo “arrastrando el error” a la última reforma de abril de 1987. En aquéllas notas de la Recopilación Privada podemos observar que “La Casa tiene su propio nombre distinto del de las personas individuales que en cada momento determinado figuren como titulares de la misma o rijan sus destinos”. Y aunque nada dice de la opinión de la Casa para ser sujeto de derechos y obligaciones llega a la conclusión de que la Casa es objeto y no sujeto de derechos. Asimismo (continúan estas mismas notas) en las capitulaciones matrimoniales, nombramiento de herederos, testamentos, disposiciones del régimen de bienes en el matrimonio, transmisión sucesoria del patrimonio familiar, es frecuente designar a la Casa

---

<sup>104</sup> Carmen. Ávila, I. y López, C., “Encuesta etnográfica en Eugi (Navarra), I: la casa”, *Cuadernos de Etnografía de Navarra*, 30 (1998), pp. 353-370.

como sujeto de derechos. Así figura: “los bienes se revertirán a la Casa” o “retornarán a la Casa” o “las dotaciones se pagarán con cargo a la Casa”, “los gastos de entierro y funerales serán con cargo a la Casa”. Se da una frecuencia práctica de estas cláusulas o expresiones, que si bien no son discutibles, sí lo es el que estas expresiones aluden a la Casa como sujeto de derechos y obligaciones y no como masa o conjunto de bienes, es decir, como objeto de derecho. Con lo que su titular y aquí sí, verdadero sujeto, haya de atender algunas obligaciones con los bienes que a la misma se vinculan.

Por otra parte, nos llama la atención sobre todo en la zona media de Navarra y especialmente en la montaña, el modo frecuente de describir las fincas (lo mismo de forma catastral e incluso en escrituras públicas notariales), con el nombre de la Casa y no con el del titular o titulares a los que la Casa pertenece, lo mismo ocurre con los linderos de las fincas que limitan la Casa. De este modo, aparece como una entidad duradera con mayor permanencia que las personas físicas que habitan en ella.

Parece ser que, de esta manera se entiende mucho mejor que citando los nombres de los actuales dueños, ya que de antiguo un pueblo no ignora las fincas de cada Casa, en tanto que sí puede desconocer el nombre de los actuales dueños. Por último, siguiendo con las aludidas “Notas Históricas” a que hemos hecho alusión “para muchas relaciones administrativas” (derechos de aprovechamientos comunales, prestaciones personales, etc.), lo que importa no es la condición individual, sino la situación jurídica de los miembros de la Casa; debido a que esta Casa, es la que recibe el tratamiento de sujeto de derechos y obligaciones porque es la que proyecta “la condición de vecinos” de sus moradores.

Vista la Casa de un modo ortodoxo, nos atrevemos a decir que no tiene personalidad jurídica ni es por tanto sujeto de derechos y obligaciones, ya que cuando las leyes, en este caso la Ley 48, formulan un imposible físico o lógico, no convierte en realidad este imposible, sino que solamente obligan al intérprete a realizar una exégesis correctora de la norma adecuada a su *ratio iuris*. Por otra parte, el tenor literal de este precepto legal es contrario a la significación que trasciende a la idea de la Casa en Navarra, ya que, a *sensu contrario*, a nadie se le ha ocurrido jamás demandar a una Casa como término subjetivo de relaciones jurídicas o titular de derechos y obligaciones.

Otra cosa es que consideremos a la Casa en Navarra como centro de imputación de relaciones jurídicas (como ya se ha aludido anteriormente), pues esta subjetivación sociológica de un mero objeto de derecho se da frecuentemente en la práctica con referencia al “concepto de empresa” dentro del Ordenamiento Laboral, concepto éste, que está por definir. Un tratamiento unitario como una *universitas*<sup>105</sup> y no un sujeto de derecho no es lo mismo que la condición que sólo posee el titular de la empresa o *mutatis mutandis* en este caso, los titulares de una Casa.

La condición de sujeto de derechos y obligaciones a los que se refiere la Ley 48, recaerá siempre en una persona física, que será quien ostentará la titularidad de la Casa considerada ésta como objeto de derecho.

Lo que ha tratado, a mi modo de entender, la Ley 48 del Fuero Nuevo, es un intento frustrado de institucionalizar jurídicamente lo que es una realidad metajurídica, como realidad social y familiar y contemplada por el Derecho, básicamente por la Costumbre. En Navarra la Casa es noción central y fundamento para el Derecho Navarro, a pesar de carecer de sustancia jurídica y sólo por vía de la Costumbre encontraría asentamiento la defensa de esta institución.

---

<sup>105</sup> García Garrido, “Las Neiras y el rapto de Europa”, *Corpus Iuniversitas. Corpus patrimonii, gregis servorum*, Digesto 47.22.

Proyectando la Casa Navarra como Costumbre o norma jurídica, se ha querido que todo el Derecho de Familia se concentre en la conservación y mantenimiento de la Casa, porque sin duda nuestros antepasados consideraron, no sin razón, que sin la Casa la familia se desarticula y desaparece. De esta manera, integrando el concepto de Casa, por vía de Costumbre y Principios del Derecho Navarro (como normas jurídicas peculiares del ordenamiento navarro, costumbre, incluso contra ley), es donde encontraría solidez y fundamento para guardar, proteger y respetar aquellas instituciones más destacadas del Derecho de Familia en Navarra: las donaciones *propter nuptias*, la libertad de testar, la viudedad foral para acrecentar la economía, la sucesión troncal para restituir las Casas a su primitivo tronco, el retracto gentilicio para concurrir y con esta misma finalidad en el caso de enajenación de los bienes familiares, etc.

Por lo tanto y como conclusión, la Costumbre como fuente o el principio de la Casa señalado en el Fuero Nuevo en su Ley 48, nos conducen al mismo principio de norma jurídica, ya que en el Derecho Histórico de Navarra se alude incidentalmente a las casas madre (Etxeko-chandras) en el Fuero General de Navarra 321,1; 4.12 y 4.35 y en concordancia con las Leyes de esta misma Compilación o Fuero Nuevo<sup>106</sup>.

El reconocimiento jurisprudencial de cuanto antecede se recoge en las sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona del 10-3-1978 y 15-10-1987 (ya que era Audiencia Provincial desde 1983).

En la práctica si se hiciera necesaria la venta de la *Casa* familiar, lo cual se considera un verdadero demérito para quien lo lleva a cabo y en tal sentido, viene la Ley 132 párrafo 2º del Fuero Nuevo a distinguir entre la enajenación o gravamen de la Casa por un lado, y la de la vivienda por otro, y de la hacienda familiar o parte de ella por último. De donde no parece aventurado deducir que se trata por parte del Fuero Nuevo, de aplicar una medida de gracia en el tratamiento de esta “*universitas*” lo cual, lejos de constituir una incongruencia, es o constituye el más puro quicio del marco de conservación que dentro de la familia se reserva. Podemos así contemplar instituciones tales como: el bínubo, el retracto gentilicio, la sucesión legal de los bienes troncales, la libertad de disposición inter vivos o mortis causa, que son precisamente los bienes transmitidos o conservados de generación en generación, y que forman la Casa como objeto de derecho. Aunque bien es verdad que, en definitiva, es la “autonomía de la libertad o libre voluntad” expresada en la Ley 7, y más concretamente “la Costumbre” expresada como primera fuente del Derecho de Navarra en la Ley 2, quien les dota de su verdadero significado jurídico.

#### B.- Capitulaciones Matrimoniales

La familia navarra se halla estructurada con la posibilidad de introducir la estipulación de capitulaciones matrimoniales antes o después de la celebración del matrimonio y mediante las Donaciones *propter nuptias* como base económica de la misma, aunque también pueden persistir independientemente de los capítulos, donaciones y cartas de arras<sup>107</sup>.

Navarra ha gozado siempre, y así lo recoge el Fuero Nuevo en las Leyes 78 y siguientes de: “la libertad de pacto” entre los cónyuges con una gran libertad al otorgar capitulaciones matrimoniales. Se ha regulado por el Fuero Nuevo tanto la capacidad de los otorgantes, como el contenido de sus estipulaciones. Si bien es verdad que se exige la escritura

<sup>106</sup> Fuero Nuevo de Navarra, Leyes 48, 75, 112, 115, 128, 131, 132, 133, 134, 136, 285 y 288.

<sup>107</sup> Fuero Nuevo, Leyes: 53, 64, 78 a 81, 86, 87, 91, 97, 101, 103, 113, 131, 133, 173, 174, 175, 182, 281, y 488.

pública, ya que de otro modo devendría en nulidad. Su contenido habitualmente expresa y manifiesta el más depurado estilo de las peculiaridades forales de Navarra.

Su regulación hace referencia a:

- \* El régimen económico del matrimonio (Ley 80 y ss.)
- \* Las donaciones *propter-nuptias* (Ley 80, 112 a 118, 182,280, y 320).
- \* Señalamiento de dotes (Ley 119 y ss).
- \* Donaciones hechas con pacto de convivencia (Ley 64).
- \* Donaciones hechas en la sociedad matrimonial de conquistas (Ley 62).
- \* Otras disposiciones de derecho sucesorio de tipo pacticio.

En realidad lo que se pone de manifiesto es esa tendencia a la “unidad de la casa”, en cuanto que el matrimonio de un hijo suele ser la causa de que se convierta en donatario o heredero del patrimonio familiar, normalmente con pacto de convivencia entre donantes o instituyentes y donatarios o instituidos que se define, popularmente, con la expresión “casar a casa”.

Tal situación origina -salvo pacto en contrario-, un peculiar “régimen económico-matrimonial” o más propiamente “una comunidad familiar” llamada sociedad familiar de conquistas a la cual nos vamos a referir a continuación.

### C.- Régimen de Conquistas

La llamada Sociedad Familiar de Conquistas que ha sido regulada por costumbre y uso (recibida en el Fuero Nuevo), de tal manera que éste es un régimen en el que tanto los donantes o instituyentes como los donatarios o instituidos participan en las conquistas obtenidas<sup>108</sup>. Los patrimonios de los integrantes, serían como círculos concéntricos

Este régimen es el que en defecto de pacto rige en Navarra así llamado de conquistas como régimen general, ya que en la Comunidad Foral, no existe como régimen económico-matrimonial el de gananciales, del que sí nos habla el Código Civil.

Al tratarse de un régimen de comunidad no universal, comporta la coexistencia entre los cónyuges de, al menos, tres patrimonios diferenciados:

1. Los privativos de cada uno de ellos.
2. El común (los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio o lo ganado por ambos).
3. Los frutos de los bienes comunes y privativos y lo pactado por los cónyuges.

En lo que respecta al activo y al pasivo del matrimonio tanto el Fuero Nuevo como el Código Civil, no presentan grandes diferencias, si bien el régimen navarro resulta más claro, completo y breve.

Sí, en cambio, es específico de Navarra el régimen de fianza<sup>109</sup> y otras garantías contenidas en cuanto a la capacidad de los cónyuges. Si se presta en favor de tercero, uno solo de los cónyuges afectará exclusivamente a los bienes privativos de éste. Si se prestan por los dos afectarán entonces tanto a los bienes privativos como a los comunes (Ley 61 del Fº Nº).

---

<sup>108</sup> Fuero Nuevo. Leyes: 53 a 56, 82 a 91, 106, 108 a 110, 112, 115, 116, 251, 340, 453; 92 a 100, 104, 112 y 160.

<sup>109</sup> Oliver Sola, *Garantías Personales: la Fianza*, Congreso de la SHIDA en Salzburgo (Austria). Septiembre, 2001, en prensa.

En cuanto a la gestión de la comunidad y dada la capacidad de los cónyuges en defecto de pacto, corresponderá a ambos cónyuges conjuntamente. En esencia no se dan tampoco grandes diferencias con el Código civil (Ley 53 del Fº Nº).

El Fuero Nuevo señala dos regímenes económico-matrimoniales. A saber:

1. El régimen de “Comunidad Universal de bienes” regulado en las Leyes 56,101 y 102, que comporta la creación de un patrimonio único de titularidad conjunta, integrado por todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges.

2. El régimen de “Separación de bienes” regulado en las Leyes 56 y 104, donde no se crea un patrimonio común, aunque de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia responderá subsidiariamente el patrimonio del otro.

Este peculiar régimen navarro al que acabamos de aludir está ampliamente regulado en la Compilación a través de dos instituciones:

1. “La sociedad conyugal de conquistas” regulada en las leyes 53 a 56; 82 a 91; 106,108 a 110; 112, 115,116,251,340,453; que afecta solo a los cónyuges.

2. “La sociedad familiar de conquistas” regulada en las leyes 92 a 100; 104, 112, 160, que viene a ser una ampliación de la sociedad conyugal de conquistas y constituye una unidad institucional (con círculos concéntricos patrimoniales formados por los patrimonios de los miembros pertenecientes a la Casa).

En los textos histórico-jurídicos de Navarra y en concreto si nos referimos a los fueros locales de Tudela, Estella, Viguera y Valdefunes, Novenera, etc.,..., sancionaron como régimen patrimonial de bienes en el matrimonio el de comunidad restringida o mera comunidad de adquisiciones. Por ejemplo en el XIII, Título IV, Lib. II; XX-XXI y XXII, tít. IV, Lib. II etc.

En los albores del siglo XVI se comenzó a pactar un régimen de comunidad de adquisiciones y es aquí cuando nace por primera vez el de simple comunidad de adquisiciones por título oneroso, es decir, el auténtico “sistema de conquistas” y en todo caso tanto si había hijos como si no los había.

Este sistema, llamado ya de “conquistas”, fue sancionado por la práctica como régimen legal supletorio de Navarra.

En el devenir histórico va a ser el Fuero Reducido el que va a prescindir de la circunstancia de la descendencia o no en el matrimonio estableciendo como régimen de bienes en cualquier caso el de conquistas (así figura en una serie de leyes por ejemplo: XLVI, tít.I, lib. II; VI, tit. XI, lib. II; III, IV, VI, VIII, IX, X y XI, tit. II, lib. III, etc.,...) aunque bien cabe decir que en ciertos capítulos y de modo esporádico figure todavía alguna reliquia histórica que evoca el recuerdo de aquel Fuero General.

Con el transcurso del tiempo, concretamente en 1558, las Cortes de Tudela en su Ley 34 (Novísima Recopilación de Navarra, Tít. X, lib. III), admitió como régimen patrimonial del matrimonio universalmente extendido a todo el Reino de Navarra con carácter presuntivo y supletorio el sistema de conquistas, es decir, la simple comunidad de adquisiciones a título oneroso durante el matrimonio.

A partir de este momento histórico el régimen universal de bienes quedó privado de carácter legal o consuetudinario y solo figuró como reducido a la condición de pacto posible entre cónyuges.

De todo ello nos da cuenta una nota de Don Francisco de Echenique que pertenece a la colección particular del notario García Granero<sup>110</sup> por la que los cónyuges establecen, constante matrimonio, un régimen de comunidad universal de bienes y que tal formulario se titula “unión y hermandad”.

Apreciamos de esta manera la trascendencia que en Navarra ha tenido este régimen tan peculiar y nos llama la atención que el Fuero Nuevo ha situado en primer lugar el de la sociedad conyugal de conquistas.

Respecto al concepto de “conquistas” opina la Doctrina foralista que fue una expresión afortunada, ya que nos acerca de un modo más expresivo al esfuerzo en la adquisición que la mera expresión de gananciales.

Hay que recordar que el “régimen de conquistas” nunca fue un imperativo en Navarra, sino supletorio y en defecto de pacto, y aunque en su mayor parte este es el más frecuente puede y suele modificarse por convenio.

Se ha dicho que es el más habitual, pero asimismo también es el que mejor encaja con el sentido foral, ya que la idea de conquistas resulta de mayor amplitud que el régimen de gananciales del Código Civil, abarcando un carácter familiar que permite extender y aplicar a otras personas distintas de los cónyuges, como si de círculos concéntricos de diferente y mayor radio se tratara, que la formada solo por los cónyuges.

Patrimonialmente se definen las conquistas, como todo aquello que durante el matrimonio adquieren el marido y la mujer a través de su economía, oficio, empleo o industria: es decir, todo aquello que contribuya a aumentar el caudal sin que provenga (del marido o la mujer), de sucesión testada o intestada, legado, ni donación.

En cuanto a la supletoriedad romana del Fuero Nuevo, hemos de significar que no podía admitirse en defecto de ley Navarra, sino que había que pasar directamente de los bienes de conquista (régimen navarro), a la sociedad de gananciales (régimen del Código Civil), ya que aquella Institución no se conoció en Roma y por tanto no podría aplicarse como derecho supletorio (el Romano).

Después de la publicación o promulgación del vigente Fuero Nuevo en 1973, no cabe duda que lo regulado de modo taxativo y específico sobre el régimen de conquistas a tenor de la Ley 100, ha quedado patente ya que:

“En todo lo no previsto en este capítulo se aplicará el régimen familiar de conquistas lo establecido en lo anterior para la sociedad conyugal”.

Podemos observar que aunque se trate de regímenes distintos, existen grandes semejanzas entre ellos (conquistas-gananciales) y permite, por tanto, aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil en aquello que no se oponga a su régimen, al cual dedica la Compilación las leyes 82 a 91 a que se hizo referencia.

Regula el Fuero Nuevo la liquidación, el activo, el pasivo, el pago, los alimentos, la división, el derecho de “aventajas” o “amejoramientos”, así como la disolución de la sociedad de conquistas donde cada cónyuge tendrá derecho a que le sean adjudicados en pago de su haber, hasta donde éste alcance una serie de bienes siempre que tuvieran la condición de comunes y en el caso de ampliarse a la sociedad familiar de conquistas se regiría por lo pactado a través de la costumbre y en su defecto, por las disposiciones del capítulo II del Fuero Nuevo, de las leyes 92 a 100.

---

<sup>110</sup> García Granero, Notario y miembro de la Comisión del Fuero Nuevo. Nota perteneciente a su protocolo.

#### D.- Usufructo de fidelidad

Se asegura por esta Institución la existencia de un usufructo de fidelidad<sup>111</sup> a favor del cónyuge superviviente sobre todos los bienes integrantes de la herencia del cónyuge premuerto.

Este derecho de Usufructo lleva aparejada consigo la obligación de atender al sostenimiento de la familia. Para gozar de este Usufructo de Fidelidad es necesario que el sobreviviente haga escritura de inventario a partir de los 50 días siguientes a la noticia de la muerte.

Conlleva también este derecho de usufructo la obligación de prestar alimentos a los hijos y descendientes del premuerto, cuidar de los bienes, responder de las deudas hasta donde alcance el valor de los bienes, etc.

El derecho de usufructo no se puede enajenar a no ser que sea necesario para la subsistencia de la familia.

Se extingue el usufructo de fidelidad en caso de no hacer inventario en el tiempo y modo previsto, por contraer segundas nupcias y por llevar vida deshonesto con escándalo público.

#### E.- Patria Potestad y Tutela

Hoy en día esta materia no es diferente a la regulación del Código Civil y está reclamando una puesta al día por parte del Fuero Nuevo que se adecue a la realidad social existente, ya que estas Instituciones han sido reformadas en el Código Civil en su Libro IV, a raíz de las reformas llevadas a cabo en las Leyes 11/81 de 13 de mayo y 21/87 de 11 de noviembre, o la de 7 julio de 1981, conocida como la Ley del Divorcio.

Este nuevo tratamiento está haciendo cambiar también la concepción de aquella familia troncal en su organización y asimismo de la Institución de la Patria Potestad<sup>112</sup>

#### F.- Los parientes mayores

Institución histórica y típica de Navarra<sup>113</sup> encaminada a conseguir la concentración familiar y permanencia de la casa. Asimismo los nuevos usos sociales han cambiado sensiblemente estas Instituciones y su significado en su esencia tradicional.

#### G.- El Sucesor único

Es necesario contar con la voluntad del sucesor, ya que en la mayoría de los casos esta figura supone en Navarra una pesada carga.

Este heredero o donatario universal, en contra de lo que pudiera parecer, no es un sucesor arbitrario y poderoso; en la mayoría de los casos es un mero gestor de la Casa y en ocasiones, viene a realizar las veces de un siervo adscrito al lustre del apellido o de la Casa, servidor de sus padres ancianos y de sus hermanos atendiendo y proveyendo sus necesidades, guardador de todos ellos, a los que tiene que cuidar y atender materialmente y en su educación y en el momento de sus enfermedades<sup>114</sup>.

Se trata de evitar mediante esta Institución de sucesor único la excesiva atomización de patrimonios modestos.

---

<sup>111</sup> Fuero Nuevo, Leyes 80, 89, 116, 122, 252 a 256, 304, 331 y Transitoria IV.

<sup>112</sup> Fuero Nuevo, Leyes 63 a 67, 72.

<sup>113</sup> Fuero Nuevo, Leyes 281, 63, 66, 97, 128, 132, 134 a 147, 180, 281, 283, 285, 288.

<sup>114</sup> Fuero Nuevo, Leyes 115, 148 a 157, 309, 361, 149, 156, 288, 275, 293, 300 a 307, 314, 316, Transitoria IV.

#### H.- Donaciones *propter nuptias*

Son las que se otorgan por razón de matrimonio<sup>115</sup>, pudiendo otorgarse antes o después de celebrado y a favor de uno o de los dos esposos, debiendo hacerse en escritura pública y, sobre todo, cuando contuvieran pactos sucesorios con intervención –además- de dos testigos<sup>116</sup>.

Pueden establecerse libremente en esta clase de donaciones:

Pactos sobre constitución y disolución de la sociedad familiar de bienes.

Convivencia de los donantes y donatarios y ruptura de tal convivencia.

Reserva de usufructo.

Prohibiciones de enajenar.

Señalamiento de dotes o dataciones a los hijos no donatarios.

Derecho de estos hijos u otras personas a vivir en la Casa con o sin alimentos.

Llamamientos sucesorios

Revocación de la donación.

Cualesquiera otras estipulaciones honestas.

Es obvio que las donaciones *propte nuptias* quedarán ineficaces si el matrimonio no llegara a celebrarse o en caso de declaración de nulidad del mismo.

También podrán revocarse estas donaciones *propter nuptias* si el donatario hubiera incumplido condiciones o cargas de carácter esencial.

#### I.- Dotes

En el Derecho Histórico se trataba sólo de la obligación de dotar a las hijas; si se trataba de huérfanas la obligación recaía sobre los abuelos y se recogía esta práctica como costumbre contra ley, ya que los padres están obligados a dar dotes competentes a sus hijas<sup>117</sup>.

Hoy en día y sobre todo después de la Constitución de 1978 y con el advenimiento de la democracia, hijos e hijas gozan de un régimen de igualdad y ya de hecho se va superando la histórica división por género.

De cualquier modo, las dotes se pagan a cargo de los bienes de conquista de los padres y, en defecto de este régimen, a cargo de los bienes privativos del dotante.

En lo que respecta a la cuantía, es libre la designación y el montante de la misma, no teniendo porqué ser igual en todos los casos tanto en hijas como en nietas.

En el caso de que la hija o nieta tenga bienes equivalentes a la dote que sea “costumbre local” adjudicar según sea la condición económica y social de la familia, será entonces cuando cesará la obligación de constituir dote. Al momento del fallecimiento de esta mujer (dotada), la dote será entregada a sus herederos, sin perjuicio del llamado usufructo de fidelidad para el cónyuge viudo.

---

<sup>115</sup> Fuero Nuevo, Leyes 80, 112 a 118, 182, 280, 320.

<sup>116</sup> Salinas Quijada, *Derecho Civil de Navarra*, pp. 79 ss.

<sup>117</sup> Fuero Nuevo. Leyes 80, 85, 115, 119 a 124, 270, 280, 523.

Parece que esta Institución, no obstante, está llamada a caer en desuetudo, ya que plantea un problema de género poco acorde en las actuales circunstancias en pleno siglo XXI.

#### J.- Arras esponsalicias

El Fuero General de Navarra menciona la dote del marido o arras<sup>118</sup>, como una aportación obligatoria en contraprestación a la dote de la mujer.

Tal vez la ratio iuris de esta Institución sea para asegurar la vejez o la viudedad de la mujer o tal vez porque en el derecho histórico convenía distinguir entre matrimonio *iusto* o concubinato.

Las arras no pueden exceder de la octava parte de la dote y tampoco responderán de las deudas del marido y gozarán de un crédito privilegiado en caso de quiebra o ejecución de bienes.

A la disolución o nulidad del matrimonio, separación o divorcio, la mujer perderá el derecho a las arras, a no ser que en atención a las circunstancias especiales que puedan darse, los Tribunales determinen lo contrario. Los descendientes del matrimonio adquirirán la propiedad de las arras y si no hubiera descendencia revierten al marido.

Las arras evolucionan en nuestro derecho histórico y se van a reducir a una donación esponsalicia o aumento de la dote.

La mujer adquiere el derecho a las arras del marido una vez consumado el matrimonio, pero las arras quedan en poder del marido de no pactarse otra cosa.

#### K.- La troncalidad

Es el parentesco ascendente porque proviene de un tronco. Se llaman así a los bienes siempre inmuebles, que una persona tuviera o hubiera adquirido a título lucrativo de sus parientes hasta el cuarto grado o por permuta de otros bienes troncales<sup>119</sup>. También tendrán la consideración de bienes troncales los bienes inmuebles adquiridos por Retracto Gentilicio.

En cuanto a los sujetos pasivos, son considerados parientes troncales por este orden y en tal son llamados a suceder:

Los hijos de cualquier clase, matrimoniales, no matrimoniales y adoptados y con derecho a representación.

Los hermanos y también con derecho a representación.

El ascendiente de grado más próximo.

Los otros parientes colaterales hasta el cuarto grado (primos carnales).

Si no existiera esta clase de parientes, entonces rige el criterio referido en la Ley 304 del Fuero Nuevo:

“Orden de suceder.- La sucesión legal en bienes no troncales se deferirá por el siguiente orden de llamamientos, cada uno de los cuales será en defecto de todos los anteriores y excluirá a todos los posteriores:

---

<sup>118</sup> Fuero Nuevo, Leyes 80, 125 a 127, 274.

<sup>119</sup> Fuero Nuevo, Leyes 305 a 307

Los hijos matrimoniales, los adoptados con adopción plena y los no matrimoniales cuya filiación llegue a determinarse legalmente; por partes iguales, y con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes.

Los hermanos de doble vínculo por partes iguales, y los descendientes de los premuertos, por representación.

Los hermanos de vínculo sencillo por partes iguales, y los descendientes de los premuertos, por representación.

Los ascendientes de grado más próximo. Si fuesen de distintas líneas, la herencia se dividirá por mitad entre ambas, y dentro de cada línea, por partes iguales.

El cónyuge o pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad conforme a la Ley 254.

Los colaterales no comprendidos en los números 2) y 3) hasta el sexto grado, sin distinción de vínculo doble o sencillo, ni de líneas, excluyendo los de grado más próximo a los de más remoto, sin representación y siempre por partes iguales.

En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Foral de Navarra, que aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra”.

#### L.- El Retracto Gentilicio

También llamado “Retracto de sangre” o “familiar”<sup>120</sup>. Se ejercita a modo de rescate de los bienes inmuebles que radiquen en Navarra, vendidos o enajenados por *datio in solutio*, o bajo condición, o a carta de gracia, o de cualquier otra forma.

Tienen derecho a ejercitar este Retracto los parientes consanguíneos del vendedor hasta el cuarto grado y dentro de la misma línea de procedencia de los bienes.

Se pretende con este Retracto Gentilicio, recuperar y concentrar los bienes de abolorio o abolengo (de los abuelos) y “amejorando” las reservas troncales que juntamente con la “prohibición de venta de ciertos bienes” se conserven por las familias los bienes de su pertenencia o de origen, y no sean disgregados o dispersados cuando esto sea evitable.

En definitiva, se trata de una manifestación más del principio de concentración familiar y permanencia de la Casa.

#### M.- Prohibición de vender ciertos bienes

El Fuero Nuevo asimismo, en este afán unificador y conservador, establece una serie de prohibiciones<sup>121</sup> que tiendan a dispersar el patrimonio inmueble de la Casa.

Así, las heredades que dieran el padre y la madre a la hija y ésta a su marido en concepto de usufructo vidual no como nuda propiedad, deberán volver a la familia de origen una vez terminado el usufructo del donatario. Lo que evidencia, una vez más, una preocupación desde antiguo sobre la intangibilidad de la Casa y de su patrimonio familiar a fin de conservar por todos los medios posibles los bienes de su pertenencia.

En resumen de cuanto antecede, hemos querido traer aquí algunos ejemplos y exponer a grandes rasgos algunas de las Instituciones propias del Régimen de Derecho Privado de Navarra que han nacido al calor de sus principios, por lo que lo esencial del Derecho de

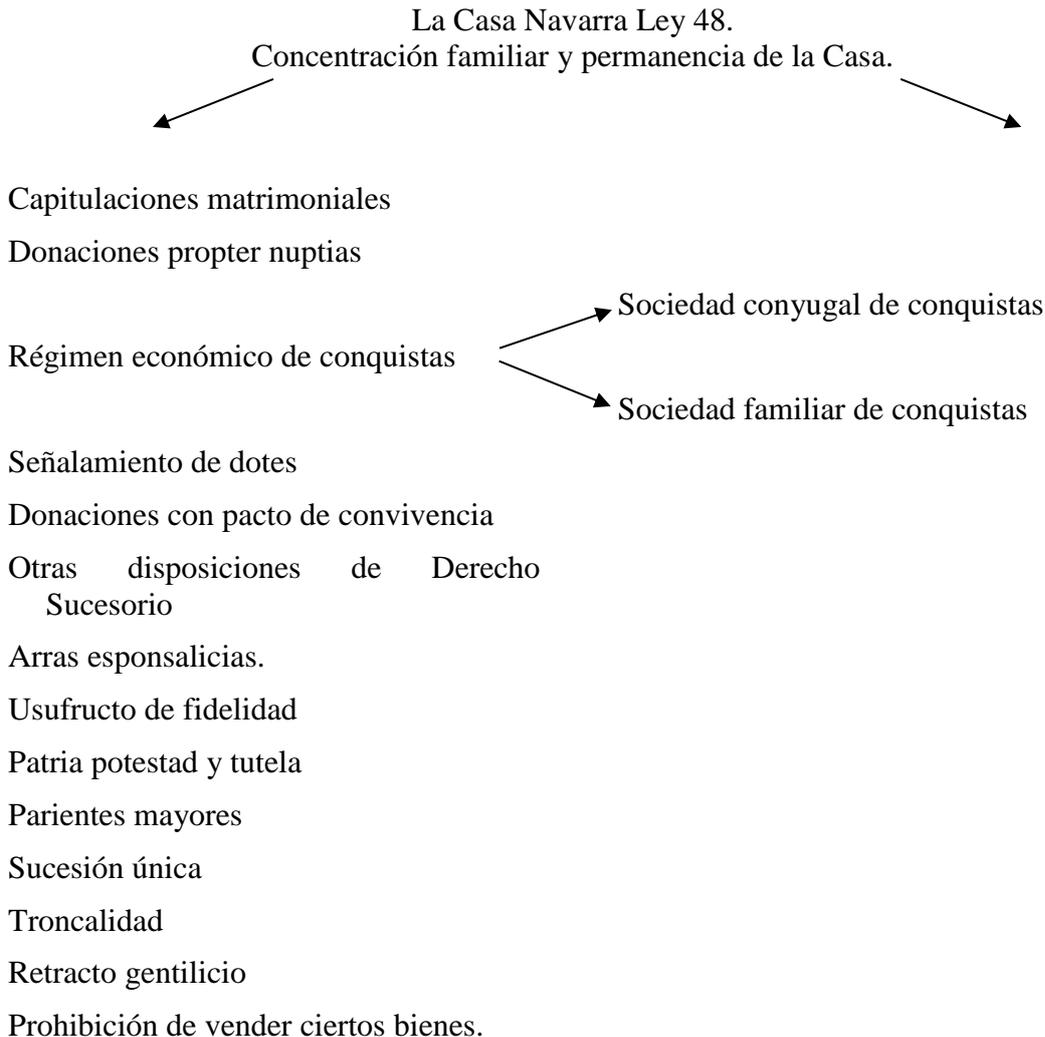
---

<sup>120</sup> Fuero Nuevo, Leyes 306, 392, 446, 452 a 459.

<sup>121</sup> Fuero Nuevo, Leyes 50, 203, 331, 463, 481, 482.

Navarra, es que no es un conjunto de normas que regulan Instituciones independientes o aisladas, sino que el Sistema de Derecho Navarro está integrado por una concepción superior de moral y de Justicia, de altura de miras, tales como la “autonomía de la voluntad”. Todo él es un “fruto de la libertad”, “la buena fe”, “la equidad” y “la conservación de la Casa” para que no perezca el recuerdo de la Familia aún a través de generaciones.

Solamente desde esta Filosofía pueden entenderse las Instituciones del Derecho Navarro, que para mayor comprensión y estudio pormenorizado deberán consultarse las obras de autores e insignes foralistas de reconocido prestigio<sup>122</sup>. Veamos el esquema resumen:



### XIII.6. Otros principios

Algunos autores de la doctrina navarra, como Lopez Jacoiste, incluyen “otros principios” en tratados sobre el Derecho de Navarra tales como:

El Principio de Tradición, sobre el que dicho tal autor llama la atención, ya que se puede leer muchas veces la expresión “ser tradicionales” en los textos navarros. Incluso la palabra

<sup>122</sup> En relación con el Derecho Civil de Navarra Salinas Quijada, Sancho Rebullida, Lacruz Berdejo, De Pablo Contreras, Del burgo, Nagore y Arnoz y García Granero.

tradicional está en el minuetto o himno oficial de Navarra (himno de las Cortes de Navarra)

Y asimismo, señala el Principio de “sencillez”, del que adolece el Ordenamiento Navarro, por ser sin duda un Derecho de carácter consuetudinario, es decir, al ser sus propios autores las gentes del “Viejo Reyno”, han elegido expresiones populares, sencillas y claras. Tratan así de eliminar aquellas situaciones dudosas que puedan inducir a incertidumbre.

En nuestra modesta opinión, cabe acoger la propuesta del profesor López Jacoiste, catedrático de Derecho Civil y que sin duda a lo largo de su tarea profesional ha venido observando esta realidad acorde con la idiosincrasia del ordenamiento navarro<sup>123</sup>.

Por último señalar una cuestión que con frecuencia se plantea.

#### **XIV. ¿Es posible un control de constitucionalidad del ordenamiento navarro?**

Es inimaginable un control constitucional, por ejemplo referido a la costumbre o a la Ley Navarra ni a los “Principios Generales del Derecho de Navarra” o al Derecho supletorio a aplicar entre el cual se halla El Derecho Romano. Ya que plantear este recurso de inconstitucionalidad supone reconocer un *prius*<sup>124</sup> y a nuestro juicio, parece ser que, lo que cabe, no es control, sino protección, amparo y respeto, por el T.C ya que “ni un Solo Gobierno Constitucional” se ha opuesto y, por tanto, está inveterada tal protección tanto en el tiempo como en el espacio, y hasta podría decirse que es “costumbre constitucional” tal protección.

Así, el Derecho navarro, es el Derecho Navarro, y punto. Y aunque parezca una mera frase se ve que no lo es, a la luz del art. 14 de la propia Constitución, donde se proclama el Derecho de Igualdad. Y, tal igualdad hay que entenderla, como ha dejado sentada la jurisprudencia, en el sentido de tratar no a todos por igual, sino igualmente a los desiguales.

La Constitución (nuestra Carta de convivencia) plantea nuevas bases sobre la cuestión foral como consecuencia del reconocimiento y garantía del Derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, (art. 2 C.E.) y muy especialmente al referirse a Navarra, en su Disposición Adicional Primera.

Por tanto, también la Constitución de 1978 hace un reconocimiento de la naturaleza jurídica del Derecho navarro, como:

Soberano y de emanación autónoma.

Originario.

Genuino, y

Consuetudinario.

Quizá aquí convenga hacer una advertencia bien conocida por los navarros, y es que nuestro Ordenamiento político, administrativo y jurídico-político es preconstitucional.

---

<sup>123</sup> Fue miembro de la Comisión Compiladora para la Redacción del Fuero Nuevo de 1973

<sup>124</sup> Oliver Sola, *La Costumbre como fuente de Derecho Navarro*. Op. Cit. 240 a 242.

Preconstitucional no quiere decir de ninguna manera que el Fuero sea “a-constitucional” y ni mucho menos “anticonstitucional”. La preconstitucionalidad del Fuero, ni lo enfrenta ni lo excluye de la Constitución<sup>125</sup>.

El Fuero navarro atraviesa la Constitución a través de la Disposición Adicional 1ª; para anclarse en la Ley Paccionada de Modificación de los Fueros, de 1841, y en el Real Decreto de Confirmación de los Fueros, de 1839, para volver desde éste, (art.1) a la Constitución de 1978, en lo que de “ello exprese la unidad constitucional de la Monarquía”.

En efecto, la Disposición Adicional 1ª de la C.E. de 1978 “ampara y respeta los Derechos Históricos de los territorios forales” y sólo se puede amparar lo que es externo a quien ampara. Y sólo, se puede respetar lo que es diferente y respetable por quien respeta.

Este es el status de Navarra, territorio foral por antonomasia, dotada de un Derecho Histórico que tiene carácter originario y soberano.

Y en ello es también significativo el Preámbulo del vigente Amejoramiento o L.O.R.A.F.N.A. (pactado “al amparo de tales leyes de Confirmación de Fueros de 1839 y Modificación de Fueros de 1841”), que traían causa de sus Derechos originarios e históricos. Que en el caso de Navarra, no es otro que el Amejoramiento o actualización de la Ley de 1841.

A Navarra la CE de 1978 no le ha otorgado autonomía, ya que no ha utilizado ni la vía del art. 143 ni la del 151 de la CE y sí, en cambio, hay que insistir en la Disposición Adicional 1ª como un reconocimiento explícito del régimen propio y de su foralidad preexistente y originaria.

Y en tal sentido y a mayor abundamiento, el propio trámite de la L.O.R.A.F.N.A. o Amejoramiento, no ha seguido los procedimientos señalados para los Estatutos de Autonomía previstos en los arts. 146 y 141 de la C.E., sino que para Navarra se ha utilizado una fórmula de procedimiento atípica, negocial, que queda recogida en el Preámbulo del propio Amejoramiento; “es, pues, rasgo propio del régimen foral navarro, amparado por la Constitución, que previamente a la decisión de las Cortes Generales, la representación del Estado y la Diputación Foral de Navarra, acuerden la reforma y modernización de dicho régimen”.

Así se cumplió y firmó, por vía de “Pacto”, la Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y posteriormente, este Pacto fue inmutado, formalizado con rango de Ley Orgánica, sancionado por el Rey Juan Carlos I.

Además, cúmplenos señalar que, en la Disposición Final, uno, de esta Ley Orgánica o Amejoramiento, se establece que, continuarán en vigor la Ley de 25 de octubre de 1839 y la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y Disposiciones complementarias.

Cabe concluir que este Amejoramiento no trata de ser un Estatuto más de Autonomía, reconducible a los regulados en el Título VIII de la Constitución, ni viene determinado por ella.

Lo que la Constitución expresa y ha tenido en cuenta, es que existen Derechos históricos decaídos de territorios que fueron forales y ha querido dar a estos territorios la oportunidad de una actualización general de sus regímenes forales, total o parcialmente perdidos. Y ha dispuesto que tal actualización general tenga que hacerse dentro del marco

---

<sup>125</sup> Sancho Rebullida, *Tratamiento actual de las Fuentes del Derecho en el Derecho Civil Navarro*. Lección inaugural Curso 1984/85, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984.

de la Constitución y del correspondiente Estatuto de Autonomía, (Disp. Ad. 1ª: “La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la C.E. y los Estatutos de Autonomía”).

De la lectura del párrafo anterior, tal vez haya que entender que se refiera a Valencia, la cual, queriendo recuperar su régimen foral –la *costum* o *furs*–, fue privado por Felipe V, a raíz de la guerra de Sucesión, y no restablecido por los Decretos de Nueva Planta, podrá perfectamente hacerlo, pero dentro del marco de la CE y del Estatuto de Autonomía de Valencia.

De este modo, el Pacto o Amejoramiento no se ha realizado en el marco del Título VIII de la C.E. y por otro lado, también el propio Amejoramiento reconoce a Navarra competencia exclusiva de Navarra en materia civil.

Por lo cual, concluimos que el párrafo 1º de la Disposición Adicional 1ª, de las leyes de 1839 y 1841, a las que, para Navarra remite aquellas, la Constitución vincula al Ordenamiento jurídico navarro no en función del marco como límite, sino en lo que sea expresión de “unidad constitucional de la monarquía”<sup>126</sup>.

Volviendo al art. 37 del Amejoramiento, cuando dispone que “las leyes forales estarán únicamente sujetas a control de la constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional”, entendemos que este control habrá de referirse solamente a la parte de la Constitución que vincula a Navarra, no al resto.

Y en reconocimiento de tal situación, hay que observar que nadie ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad por contrario a los arts. 143 y 151, (por citar dos del Título VIII), de la Constitución, contra la Ley Orgánica del Amejoramiento del Fuero. Conclusión que queda también avalada por la Sala del T.C. de 2 de febrero de 1984, al afirmar que las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos, por un lado, y de las Comunidades Autónomas, por otro, “son necesariamente distintas”.

Cabe deducir, que quedan al margen del control constitucional los Principios-Fuente que informan el Ordenamiento Jurídico Navarro, por consustanciales a éste, originario, genuino y absolutamente navarros.

Así este Derecho navarro, seguirá alumbrando nuevas y futuras regulaciones, adaptando a las nuevas realidades sociológico-jurídicas su Derecho Foral, pero manteniéndose fiel a la Justicia, que es la Tradición Jurídica del Reino (Ley 1 del Fuero Nuevo).

Y, terminando por donde empecé, es costumbre para Navarra el respeto y amparo que todos los Gobiernos Constitucionales han ejercitado, ya que ni uno solo se ha opuesto y, sí en cambio, ha reconocido en él su propia naturaleza jurídica: soberano, originario, genuino y consuetudinario.

Además de todo lo antedicho, el Tribunal Constitucional no es un apéndice indefinido del Poder constituyente. Y cuando se quiere controlar constitucionalmente un precepto lo que se hace es poner en relación la doctrina del Tribunal Constitucional con el precepto concreto.

Hemos de tener en cuenta que la doctrina que emana del TC es siempre abstracta, es decir, en relación a la aplicación del caso concreto. Así pues, no todo lo que afirma el Tribunal Constitucional respecto a otras Comunidades Autónomas es aplicable a la Comunidad Foral de Navarra.

---

<sup>126</sup> Sancho Rebullida, *Lección inaugural*, p. 36.

## XV.- ¿Lagunas de derecho en el ordenamiento de Navarra?

Creemos que las lagunas que puedan producirse en el Ordenamiento Navarro, es decir, cuando se acusan defectos de regulación punitiva<sup>127</sup>, se hace necesario el recurso al Derecho supletorio, consecuente al defectuoso ejercicio de aquella o a la inacción del legislador foral, la que justifica hoy la prohibición de la aplicación analógica de los preceptos que lo integran, que la Ley 6 del Fº Nº expresa afirmando que los mismos “no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos”.

En el momento en que entra en vigor el Fuero Nuevo, el ámbito de la Ley 6, incluida entonces en un cuerpo legal promulgado por el único legislador existente, era general: constituían Derecho supletorio del Navarro todos los preceptos incluidos en el Código Civil o en cualesquiera otras leyes generales de España (fórmula con la que quedaban excluidas del Derecho supletorio las leyes con vigencia limitada a un determinado territorio, particularmente las demás Compilaciones forales). La propia extensión del Fuero Nuevo garantizaba que sus preceptos no incidieran en las materias o instituciones civiles no reguladas en él (como, por ejemplo los aspectos sustantivos del matrimonio) respecto a la fuente del Derecho navarro: la Costumbre, en la que, por su propia naturaleza, no existía esta garantía, trataba de lograr el mismo efecto recurriendo al concepto jurídico indeterminado de orden público y exigiendo su no-contradicción con él como requisito para la existencia de aquella.

No sucede, sin embargo, lo mismo desde que el art. 48 del Amejoramiento asigna a Navarra la competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral y, a la vez, atribuye al Fuero Nuevo naturaleza y rango de Ley Civil Foral propia de Navarra. Desde ese momento, las normas del Fuero Nuevo despliegan sus efectos exclusivamente dentro del ámbito posible del Derecho Navarro, esto es, dentro de los linderos de la competencia civil de Navarra. A partir de entonces, sólo respecto a las materias o instituciones en que el Código civil y las leyes generales de España suplan lagunas que el Derecho Navarro podría (si quisieran los navarros a través de la costumbre o de sus representantes en el Parlamento), colmar por sí mismo.

Por regla general, la aplicación de los preceptos que forman parte del Derecho supletorio sólo es procedente a falta de regla que resuelva la cuestión en los textos que integran la Tradición jurídica Navarra de la Ley 1 del Fº Nº y siempre y cuando no violente los principios sobre los que se asienta el Derecho Civil Foral de ocurrir esto último, la solución jurídica habrá de buscarse mediante la racional extensión analógica de las leyes del Fuero Nuevo (ley 5), o acudiendo a los “Principios Generales del Derecho”, (ley 4). En algunas ocasiones, sin embargo, el propio Fuero Nuevo se remite para la regulación de una determinada materia a un concreto sector del Derecho supletorio, sin conferir a las normas de este valor de Ley foral, pero asumiendo las soluciones que el legislador general pueda, en cada momento, prever como propias (en alguna medida), del Derecho navarro; en tales supuestos, la normativa supletoria se convierte en exclusivo mecanismo de integración de las lagunas de la Norma foral, impidiendo el recurso previo a los medios de integración ordinarios, (la Tradición Jurídica Navarra –leyes 1 y 6- y la Analogía –ley 5-).

Así, por ejemplo, la ley 464 establece que “respecto a la hipoteca mobiliaria o inmobiliaria y a la prenda sin desplazamiento, se estará a lo dispuesto en la legislación especial respectiva”. Puede decirse que, en este caso, el Fuero Nuevo prevé expresamente la existencia de una laguna y se remite directamente, para colmarla, al Derecho supletorio, concretamente a la Ley Hipotecaria (de 8 de febrero de 1946), y su Reglamento, (de 14 de

<sup>127</sup> Martínez de Aguirre Aldaz, J. P., *Curso de Derecho Civil*, Codex, 2011, pp. 248 ss.

febrero de 1947), así como a la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (de 16 de diciembre de 1964). No se trata, por otra parte, de un supuesto de supletoriedad estructural: la previsión legal que supone, precisamente, que el legislador foral es competente para regular estos derechos reales de garantía, aunque renuncie a hacerlo. La regla específica, es entonces, lo dispuesto en las leyes 4, 5 y 6: se aplica el Derecho Supletorio expresamente invocado sin que preceda antes la integración del Derecho navarro mediante la Tradición Jurídica Navarra o la racional extensión analógica de sus disposiciones y, en todo caso, las soluciones en él contenidas no pueden ser, por definición, contrarias a ningún Principio General del Derecho Navarro, al asumirlas como propias, pese a ser aplicable por razón de la supletoriedad, el Fuero Nuevo.

Pese al tenor literal de la ley 6, no siempre las disposiciones del código civil y las leyes generales de España, en materias o instituciones de competencia foral, son aplicables en Navarra por formar parte del derecho supletorio del suyo privativo. En ocasiones, preceptos que formalmente proceden del legislador general han sido recibidos como propios por el derecho navarro y, a todos los efectos, forman parte integrante de éste.

## **XVI. Conclusiones**

1. En la Historia del Derecho, los “Principios Generales del Derecho”, con práctica unanimidad, son fuente de todos los Ordenamientos jurídicos, dependiendo de su relevancia –en general, en relación con la costumbre y con la ley- y de la intensidad social de la convivencia, por una parte, y, por otra, de la fuerza y presencia coactiva de la respectiva manifestación del Estado.
2. En los Ordenamientos modernos Los “Principios Generales del Derecho”, son fuente, más no en todos, sino en parte de los que tienen un “Sistema de fuentes”, es decir: pluralidad y ordenación jerárquica de las mismas.
3. ¿Por qué si el Derecho es uno, las fuentes son plurales? Esto último nace de la confluencia de dos dogmas que han marcado todo nuestro tiempo:
  1. El “dogma del legalismo de la escuela racionalista”,
  2. El “dogma de la división de poderes” atribuida a Montesquieu.

Del enfrentamiento de estos dos dogmas se produjo un monumental e histórico atasco en la Justicia en París en el siglo XIX, ya que por una parte, el juez “debía” juzgar, pero no podía hacerlo si carecía del “refere” de la Ley. La Escuela de Viena defendía la exaltación de la Ley, y preconizaba la existencia de una sola fuente con la defensa del “dogma racionalista” que enseguida se vio que era tan utópico como insuficiente, aparte de otros componentes.

El otro dogma al que aludíamos es el de la “División de Poderes”; éste puso de manifiesto que el juez no puede inventar nada sino atenerse a la Ley estrictamente, pues de lo contrario suponía invadir el terreno sagrado del legislador.

Estos planteamientos generaron un “gran consenso” para salir de este monumental atasco, aunque no se sabía en ese momento si era o no bueno o conveniente esquematizar las fuentes del Derecho, sabiendo que todas ellas confluyen en el mismo principio de “Norma jurídica”. Pero en el desarrollo de esta tensión, se dieron cuenta de que la Ley tenía lagunas, ya que a esta situación les llevó el desengaño y la experiencia. Así se llega a plantear el problema y también su solución.

¿Qué clase de fuerzas sociales intervienen en la creación de este sistema de fuentes?  
¿Qué sucede con la Ley? Veamos:

Primero está la Ley. Satisfaciendo con esta declaración, en primer lugar a los racionalistas-positivistas que se dieron por muy satisfechos ante tal primacía. Pero como se admite por la experiencia, que a veces su vida y permanencia es precaria, no es perfecta, ni total y en ocasiones de vigencia breve: (*lex posterior derogat anterior*). Donde esta no llega,

En segundo lugar: Se acudirá a “La costumbre”. ¿Qué sucede con la costumbre? ya que está reconocida la *potestas normandi* de los grupos sociales que intervienen en su creación dado que ellos mismos son los autores. Se satisface así al pueblo que la crea. Esta norma no necesita de canon ni de fecha de promulgación, ya que al ser los pueblos los autores es sobradamente conocida, si bien requiere unos determinados requisitos: a) El uso; b) La *opinio iuris seu necessitatis*; c) Un largo y determinado paso del tiempo que suele fijarse en nuestro país en 20 ó 30 años lo mismo que su desuetudo (que es un procedimiento de eliminación de esta norma jurídica es decir, un procedimiento derogatorio), jalonada además por dos correctores -la Moral y el Orden Público-. Pudiendo afirmarse que esta segunda fuente presenta “una vocación de permanencia y vigencia” más duradera que la Ley, ya que es más fácil cambiar una ley que cambiar una costumbre. Con ello se complació también a las “buenas costumbres de las buenas gentes”. Pero si aun así no fuera suficiente, se dota al nuevo sistema de fuentes de una norma: Tercera: “Los Principios Generales del Derecho”. Aunque a primera vista no lo parezca, y aunque vayan en tercer lugar, supone el triunfo de la Escuela Iusnaturalista, ya que los Principios son inmanentes, constantes, atemporales, incluso no geográficos, globales, universales, incluso planetarios y además, están dotados de “canon”.

Son útiles porque resuelven todas las lagunas que las dos corrientes anteriores representadas por sendas escuelas la de Viena y la de París, pudieron dejar sin resolver. Suponen la elevación y superación de las anteriores contiendas, ya que no son creados por modas positivistas ni por corrientes populares; son creaciones abstractas de un “Derecho culto” –el de los *Juris-Prudentes* romanos- y aplicables por los jueces y tribunales que entienden y aplican los valores de Justicia y Prudencia, que además de virtudes cristianas, son también virtudes cartesianas. La Justicia implicada en una tarea de complementación y aplicación del Derecho, no del exceso o defecto de misericordia o rigor.

Son extraídos –como hiciera el Derecho Romano, de la casuística- y con ellos, obtenidas sus abstracciones, incorporando al ordenamiento jurídico reglas, axiomas u otras formulaciones, ya que en definitiva son Normas Jurídicas.

Además de todo ello, los “Principios Generales del Derecho”, lejos de suponer un “residual” de tercer orden dentro del Sistema de fuentes, supone el quicio de la más pura coherencia científica, ya que sirve al Principio insoslayable de “Seguridad Jurídica”.

Lo más importante que me atrevo a decir de esta fuente objeto de nuestro estudio, es que las anteriores condiciones descritas, “solo” Las cumplen o son características de Las SS. Escrituras, por lo que de alguna manera, los “Principios Generales del Derecho” reciben santificación (*sanctio legis*). Por eso los “Principios Generales del Derecho” alcanzan la categoría de universales, porque representan la moral universal más allá de una moral de puesta al día objetiva u objetivable.

Estas condiciones se predicán tanto de los Principios Generales que cita el art. 1º del C.C. como los “Principios Generales del Derecho de Navarra”, que son citados en la Ley 2 del Fuero Nuevo, a pesar de ser distinto su orden de prelación.

4. También las posturas doctrinales respecto de esta fuente del Derecho dependen de la propia posición epistemológica, en especial de la atención prestada a los binarios: “Estado-sociedad”, “Historia-razón”, *Potestas-auctoritas*.
5. En el Derecho Español vigente y en particular en el Código Civil y Compilaciones que lo adoptan como Derecho supletorio inmediato los “Principios Generales del Derecho” son fuente subsidiaria de primer grado (en defecto de ley y Costumbre), si bien, alguna Compilación, invoca su valor interpretativo del Derecho Histórico, como es el caso del Derecho Navarro.
6. El Ordenamiento Jurídico Navarro es de naturaleza pre-constitucional, de origen soberano y de estructura paccionada, lo cual le imprime una naturaleza singular tanto a los “Principios Generales del Derecho” como a los “Principios Generales del Derecho de Navarra”.

El Sistema de Derecho Navarro está impregnado por una concepción superior de la moral y de la Justicia, de altura de miras tales, que ha elevado a la categoría de “Principios Generales del Derecho de Navarra” valores tales como la autonomía de la voluntad, y todo el ordenamiento es un fruto de la libertad, la buena fe, la equidad y la conservación de la Casa, para que no perezca el recuerdo de la Familia aún a través de generaciones.

Navarra posee, por tanto, su propio Sistema de fuentes que sin la decisión, y, en su caso, cooperación de Navarra, no puede ser alterado por nadie.

En él, la fuente primaria es la costumbre, seguida de la Ley Navarra (emanada del Parlamento Navarro) y de los “Principios Generales del Derecho Navarro”. Se deduce de ello la admisión en nuestro Derecho de la Costumbre contra Ley. Sin más límites en el Derecho vigente que la moral y el orden público.

7. En la conceptualización y estructura de los Principios del Derecho Navarro, como fuente de Derecho Navarro, subsiste como elemento la invocación al Derecho Histórico. Ya que el Ordenamiento Navarro es de naturaleza pre-constitucional, de origen soberano y de estructura paccionada.

Entiendo que estos “principios-fuente” constituyen el Sistema de fuentes del Derecho Navarro.

8. En Navarra –como en el Derecho Alemán–, excepcionalmente los Principios del Derecho Navarro están incluidos en la regla procesal *iura novit curia*

Sin embargo, y por razones prácticas evidentes y de seguridad jurídica insoslayables, aquellos que no sean notorios, conviene sean alegados y probados.

Lo anterior no excluye que los Principios notorios puedan también ser alegados y probados por la parte que la invoca.

9. De suyo Los “Principios Generales del Derecho de Navarra” no están sometidos –por la naturaleza de nuestro Ordenamiento, por ausencia de precepto positivo que lo disponga, y por imposibilidad práctica–, al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

10. Sobre la doctrina del tribunal constitucional y el valor de sus sentencias:

Contrariamente a lo que pueda parecer, el Tribunal Constitucional no es un órgano jurisdiccional (pudiéramos decir que es un “Tribunal de garantías”). Lo cual se observa examinando la Constitución ya que tal Tribunal no está encuadrado dentro del Poder Judicial regulado en la Constitución Española en el Título IX, artículos del 159 al 165. Al Poder Judicial reserva la Constitución el Título VI, artículos 117 al 127.

El papel que asigna la Constitución al Tribunal Constitucional es el de intérprete superior de la Constitución y será este Tribunal, quien establecerá los linderos de aquello que llamamos la “unidad constitucional”, dentro de la cual se encuentra los límites del Ordenamiento de Navarra.

Lo único, no obstante, que no se plantea ante el T.C. son las “cuestiones forales” y no hay ninguna cuestión “más foral” que su sistema de fuentes. Donde la Costumbre –incluso contra *legem*-, la Ley Navarra, y los “Principios Generales del Derecho Navarro”, que hemos venido estudiando, constituyen la esencia misma del Ordenamiento Foral Navarro.

### Apéndice bibliográfico

- Aizpún Santafé, R., *Naturaleza jurídica del Régimen Foral de Navarra*, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1984.
- Alvarado y otros, *Derecho Común es igual a la Recepción del Derecho Común en España, Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*, II, Madrid, 1998,
- Álvarez Suárez, U., *Curso de Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, 1955.
- Batlle Vázquez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa 1978.
- Burdese, A., *Manual de Derecho Público Romano II*. Barcelona, 1954.
- D'ors Peix, *Derecho Privado Romano Universitas Studiorum Navarrensis*, Pamplona, 1998.
- Fernández de Buján, A.:  
- *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2013.  
- *Derecho Público Romano*, Thomsson Civitas, 2007.
- García Garrido, M.:  
- “Las Neiras y el rapto de Europa”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la Uned*, Madrid, 1985.  
- *Derecho Privado Romano: Casos, Acciones e Instituciones*, Madrid, 2001.
- Gibert, R., “El derecho medieval de la Novenera”, *AHDE* 22-23 (1951-52).
- Hernández Gil, A., *Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Ciclo de Conferencias del Título Preliminar del Código Civil. Colegio de Notarios y Abogados de Barcelona. Obras Completas, I, Madrid, 1987.
- Lacarra, J. M<sup>a</sup>., *La Recepción del Derecho Romano en Navarra*, *AHDE* 11 (1934).
- Lacruz-Sancho Rebullida y otros, *Elementos de Derecho Civil I*, Parte General, Madrid 1998
- Mirones Lozano, E., *Los judíos del Reyno de Navarra en la crisis del siglo XV (1425-1479)*, Pamplona, 1999.
- Moran Martín, R., *Historia del Derecho Español*, Madrid 2000.
- Oliver Sola, M<sup>a</sup>. C.:  
- *La Costumbre como fuente del Derecho de Navarra*, Pamplona, 1991.  
- *Doctrina Romana de la Donatio en los Fueros Navarros de la Novenera*, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, 1991.
- Oliver Sola, M<sup>a</sup>. C., *Doctrina Romana sobre la Donatio en los Fueros Navarros de la Novenera*, Pamplona 1991.
- Ortega Carrillo de Albornoz, A., *La Propiedad y los Modos de adquirirla*. Granada 1991.
- Pala Mediano, F., *Concepto de Derecho Civil*, Enciclopedia Jurídica, Tomo I, Seix Barral, 1950.
- Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, J. M.:  
- *Las bienaventuranzas del Derecho Romano*, Madrid, 2010.  
- *Lecciones de Historia del Derecho español*, Madrid, 1993.
- Reinoso Barbero, F., *Los Principios Generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1987.
- Salinas Quijada, F., *Derecho Civil de Navarra*, X, Volúmenes, Pamplona, 1974.
- Sancho Rebullida, F., *Tratamiento actual de las Fuentes del Derecho en el Derecho Civil Navarro*. Lección inaugural Curso 1984/85, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984.
- Vallet de Goytisolo, J. B., *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico. Plenitud y equilibrio sensorial en las antiguas fuentes del derecho foral*, Montecorbo, 1982.
- Vecchio, G. del, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1979.
- Zuaznavar, J. M<sup>a</sup>. de, *Ensayo Histórico-Crítico sobre la Legislación de Navarra*, Edición de Diputación Foral de Navarra, Apéndice VI, Pamplona 1966.