



TRABAJO FIN DE GRADO / GRADU AMIERAKO LANA

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

Jeovanny Encalada Sánchez

DIRECTOR / ZUZENDARIA

Elsa Sabater Bayle

Pamplona / Iruña

15 de Mayo 2020

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

En el presente trabajo se ofrece un análisis de la costumbre como fuente del Derecho. Los distintos apartados que lo conforman pretenden explicar su tratamiento jurídico a lo largo del tiempo, su vigencia en el actual sistema civil de fuentes del Derecho y las características que le atribuyen su cualidad de norma.

A su vez, se ha incorporado un apartado específico que estudia el tratamiento de la institución consuetudinaria en el ordenamiento foral navarro, haciendo hincapié en su particularidad e importancia en el mismo, procurando comprender los motivos que explican tanto su posición preeminente en este ordenamiento jurídico, como su vigencia en contra de la ley, en algunas ocasiones.

Finalmente, se hace una especial mención al testamento de hermandad como institución consuetudinaria; una figura extraña para la mayoría de ordenamientos civiles latinos, pero a la vez, una seña de identidad propia del pueblo navarro basada en sus costumbres y tradiciones, que ha sabido pervivir a lo largo del tiempo.

Palabras Clave: Costumbre, Fuente del Derecho, Ordenamiento Jurídico, Testamento de Hermandad.

ABSTRACT AND KEY WORDS

This assignment offers an analysis of custom as a source of law. The different sections that make it up are expected to explain its legal treatment over time, its validity in the current civil system of sources of law and the characteristics that attribute it its quality as a rule.

At the same time, a specific section has been incorporated that studies the treatment of the customary institution in the Navarra regional law, emphasizing its particularity and importance in it, trying to understand the reasons that explain both its pre-eminent position in this legal system, as its validity against the law, in some cases.

At last, a special mention is made of the joint wills as a customary institution; a strange figure for most latin legal systems, but at the same time, a hallmark of the Navarrese people based on their customs and traditions, which has known how to survived throughout history.

Key Words: Juridical Custom, Source of Law, Legal System, Joint Wills.

ÍNDICE

| | | |
|------|---|----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1. | Planteamiento de la problemática..... | 3 |
| 2. | Estudio legislativo | 4 |
| 3. | Breve referencia a la costumbre como fuente del Derecho romano..... | 7 |
| 4. | La integración de la costumbre en el ordenamiento jurídico del Estado..... | 9 |
| 5. | La costumbre como fuente en otros ordenamientos jurídicos | 10 |
| 5.1. | La costumbre jurídica alemana..... | 11 |
| 5.2. | La costumbre jurídica francesa..... | 11 |
| 6. | La costumbre tras la reforma del Título Preliminar del Código civil español | 13 |
| 6.1. | SAP de Álava (Sección 1ª), núm. 148/2005 de 24 de junio | 14 |
| II. | LA COSTUMBRE EN NAVARRA..... | 17 |
| 1. | La cuestión foral en el artículo 149.1.8 de la CE | 17 |
| 1.1. | STC, Pleno, núm. 41/2018 de 26 de abril de 2018..... | 17 |
| 1.2. | STC, Pleno, núm. 156/1993 de 6 de mayo de 1993 | 19 |
| 1.3. | STC, Pleno, núm. 82/2016 de 28 de abril de 2016..... | 20 |
| 1.4. | Recapitulación de la doctrina constitucional | 22 |
| 1.5. | Dictamen del Consejo de Navarra núm. 16/2019, de 20 de mayo de 2019..... | 22 |
| 2. | El concepto de costumbre en Navarra | 25 |
| 3. | La costumbre como fuente normativa | 28 |
| 3.1. | Los límites de la costumbre | 30 |
| 3.2. | Clases de costumbre | 32 |
| 3.3. | La costumbre contra legem..... | 33 |
| 3.4. | STS (Sala de lo Civil), de 29 de abril de 1972 | 35 |
| 3.5. | Costumbre y uso | 36 |
| 3.6. | Funciones de la costumbre | 37 |

| | | |
|-------|---|----|
| 4. | Estudio jurisprudencial de la costumbre..... | 39 |
| 4.1. | STS (Sala de lo Civil), de 19 de enero de 1987..... | 39 |
| 4.2. | STSJ de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección Única), núm. 42/2003 de 30 de septiembre | 40 |
| 4.3. | STSJ de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), núm. 168/2013 de 21 de marzo | 42 |
| 4.4. | SAP de Navarra, (Sección 1.ª), núm. 195/2011 de 13 de septiembre | 43 |
| 4.5. | SAP de Navarra, (Sección 3.ª), núm. 82/2016 de 18 de febrero | 44 |
| 4.6. | STSJ de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal), núm. 1/1992 de 12 de marzo | 45 |
| III. | EL TESTAMENTO DE HERMANDAD COMO INSTITUCIÓN CONSUECUDINARIA | 47 |
| IV. | CONCLUSIONES | 53 |
| V. | BIBLIOGRAFÍA..... | 57 |
| VI. | JURISPRUDENCIA | 59 |
| VII. | WEBGRAFÍA | 61 |
| VIII. | GLOSARIO | 62 |

I. INTRODUCCIÓN

La costumbre es la expresión de un pueblo, de sus orígenes y tradiciones, es lo que lo mantiene vivo e identificado cuando otras fuerzas tratan de someterlo. La creación de una costumbre no es una situación automática, que obedece a patrones preestablecidos, sino a fenómenos espontáneos surgidos en un contexto social que los valida y los da por buenos.

La elección del presente estudio obedece a diferentes razones.

La primera razón es procurar un acercamiento a la concepción antropológica de esta práctica, desde el punto de vista jurídico, y de este modo ayudar a comprender cómo y porqué un grupo social puede convertirse en legislador sobre cuestiones de hecho que le rodean, cómo estas prácticas pueden llegar a constituirse en la fuente originaria de derecho, e incluso cómo puede modificar y acomodar la conducta social a las normas que emanan de la misma.

La segunda razón, versa sobre el propósito de entender los motivos por los que la creación de la norma consuetudinaria se realiza sin referencia al Estado donde se ubica y practica, porque muchas veces, para esta institución jurídica no existen las fronteras. Se trata de analizar porqué la costumbre, en ocasiones, es el único remedio contra leyes que pueden ser absolutamente impracticables o injustas, situándose si es necesario, contra las mismas.

La tercera razón, más de ámbito local, se fundamenta en el propósito de comprender los motivos por los cuales la costumbre está tan asentada en el ordenamiento foral, conocer cuáles han sido las prácticas usadas desde antaño y el camino que han tenido que recorrer para llegar a formar parte del acervo jurídico navarro.

Por todos estos argumentos, en el presente trabajo “La costumbre como fuente del Derecho”, se pretende ofrecer un análisis de la costumbre, una aproximación a la incidencia que ha tenido en diferentes ordenamientos a lo largo del tiempo.

El estudio comienza con unas referencias a la costumbre en el Derecho romano, su aplicabilidad en gran parte de los conflictos civiles, con un gran arraigo en las tradiciones familiares, hasta que, progresivamente este orden se altera debido a los avatares histórico-sociales, tales como la interacción con otros pueblos o los cambios políticos que reorganizaron la forma del Estado.

A continuación, se realiza una breve referencia a las consideraciones de la costumbre en otros ordenamientos cercanos, con el fin de reflexionar comparativamente sobre su actuación en el ordenamiento jurídico. Para ello, además, se realiza un análisis de la situación de la costumbre tras la reforma del Título Preliminar del Código civil español situándose como fuente del derecho, pero de forma supletoria.

Por su parte, uno de los temas más interesantes y aportados a este estudio, versa sobre la costumbre como fuente en el Derecho navarro, su carácter histórico, posición preeminente en el ordenamiento foral, las clases de costumbre, su consideración como fuente *contra legem*; todo ello limitado bajo los principios de orden público, moral y realidad social tras su última actualización. En la elaboración de este apartado, se ha tenido en cuenta la normativa foral, la doctrina estudiada de forma exhaustiva y las consideraciones de los tribunales navarros respecto de esta clase de norma.

Además, dada la gran incidencia de las tradiciones y costumbres en el orden foral, se ha querido aportar un análisis sobre una institución consuetudinaria arraigada en Navarra, como es el testamento de hermandad. Si bien esta figura no es originaria de este territorio, merece especial mención por su practicidad y vigencia en la actualidad. El mantenimiento de la costumbre como primera fuente del Derecho, aun cuando Navarra perdió sus órganos legislativos y, por tanto, la capacidad de elaborar norma escrita supuso que fuera la costumbre la que mantuvo fuerza normativa frente al derecho común. Gracias a ella, la sociedad navarra pudo manifestarse respecto a sus litigios y pudo darles una solución.

Finalmente, se realizan una serie de conclusiones, reflexiones a nivel más personal, sobre el tratamiento de esta particular figura, que procuran ser una síntesis de su realidad y valoración global, porque, en definitiva, se puede decir que la costumbre presenta una especial dualidad: si bien es muy antigua, inveterada, es muy joven a la vez y muchas veces no le importa la frontera del mapa ni del tiempo.

1. Planteamiento de la problemática

Resulta conveniente puntualizar una serie de aspectos y matizaciones que aún presenta la costumbre.

A lo largo de este estudio se analizan las consecuencias derivadas del posicionamiento que tiene en el ordenamiento tal figura jurídica, de forma primordial entre las fuentes del derecho autóctono de Navarra; sin embargo, en ocasiones es asumida como un término extraño e impreciso, ambiguo y que no presenta las cualidades de generalidad y precisión que por el contrario destacan en la ley escrita. ¿Es la costumbre una norma simple? ¿Cuándo se origina la costumbre efectivamente y cuál es su alcance? ¿Se aplica a diez, cien o mil habitantes?

Su presencia en los sucesivos ordenamientos responde muchas veces a la tradición histórica del territorio donde se aplica, pero esta presencia está condicionada a unos límites que pueden ser la moral, el orden público, las buenas costumbres; es decir, diversos aspectos que en el fondo resultan bastante imprecisos y que se ven enlazados, inevitablemente, según las políticas que orienten la configuración de tal territorio, ya sea el Estado o bien, por su parte, las Comunidades Autónomas. Por tanto, resulta imprescindible que estos límites estén muy bien definidos para que la costumbre no se vea arrastrada a la inseguridad jurídica o incluso, a su desaparición como ya ha ocurrido en otros ordenamientos.

En línea de lo anterior, la reforma operada por la LF 21/2019, de 4 de abril, en el Fuero Nuevo, para actualizarlo, introduce la cláusula “realidad social navarra”. En los debates que dieron lugar a esta reforma, se decidió que solamente si la costumbre antigua se adecuaba al presente, a las realidades de la sociedad actual para resolver conflictos, se mantendría a la costumbre como primera fuente del Derecho, sin conservar costumbres obsoletas y poco acordes al momento presente. No obstante, ni en estos debates, ni en el acervo jurídico navarro se ha ofrecido una definición que permita identificar adecuadamente a la costumbre y saber el modo en que deba ser adaptada a la mencionada realidad social.

Por su parte, en Navarra rige el principio *iura novit curia* en lo que respecta a la costumbre que se considera notoria, no obstante, no existe definición o concepto que aclare qué se entiende por costumbre notoria. Se plantea así la dificultad para el órgano juzgador de

no saber identificar aquellas costumbres que puedan ser notorias y de qué medios probatorios puede valerse para poder dar una solución utilizando tal costumbre.

Una vez matizados estos aspectos problemáticos respecto de esta institución jurídica, se procede a desarrollar los diversos apartados del presente trabajo.

2. Estudio legislativo

El estudio de la costumbre implica necesariamente una visión retrospectiva por sus orígenes históricos y su tratamiento puede ser diferente dependiendo del ámbito en el cual se sitúe. Por ello, existen referencias a nivel interestatal en diversas normativas, tales como el art. 38.1, ap. b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Es interesante citar, respecto de esta normativa, el “Caso Haya de la Torre” donde se especifica que “La Parte que invoca una costumbre de esa naturaleza tiene que probar que esa costumbre se ha constituido de un modo tal que se ha hecho obligatoria para la parte contraria [...] la regla que hace valer [el Estado] está de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados referidos, y que este uso representa un derecho...”¹.

En esta misma línea, ciertas prácticas de codificación realizadas a nivel internacional, tal como la Convención de Montevideo de 1933, donde se recogen algunos preceptos basados en la costumbre, conformando así el derecho consuetudinario, no pueden ser alegados frente a aquellos estados que no hayan suscrito la convención: “Ha habido tal carencia de consistencia en la rápida sucesión en los textos convencionales relativos al asilo [donde se incluye la Convención de Montevideo de 1933], ratificados por algunos Estados y rechazados por otros, [...] que de todo ello no se puede deducir una costumbre constante y uniforme, aceptada como siendo derecho [...]. La Corte no podría admitir que el Gobierno ha probado la existencia de tal costumbre, suponiendo que tal costumbre existiera solamente entre determinados Estados...”².

¹ ESTUDIOS DE DERECHO, R. “El caso Haya de la Torre”, en *Estudios de Derecho*, núm. 39, vol. 13, 2018, pág. 42.

² ESTUDIOS DE DERECHO, R. “El caso Haya de la Torre”, en ob. cit., pág. 43.

Por otra parte, la costumbre tiene especial relevancia en el ámbito de la contratación mercantil, por el valor jurídico que se reconoce a los usos del comercio (art. 2 C.com: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.”), de donde resulta la prevalencia de los usos del comercio observados en cada plaza³, sobre el Derecho común o general.

Ya en el ámbito nacional, la costumbre cobra especial relevancia en el orden civil, principalmente porque se encuentra intrínseca en gran parte de su normativa, la cual se basa en la autonomía de la voluntad y, por ende, en la práctica consuetudinaria. Un claro reflejo de este hecho es el art. 1 del Cc, que sitúa a la costumbre como fuente del Derecho aunque sólo por detrás de la ley.

Concretando aún más el estudio de la costumbre como fuente normativa, en el caso de Navarra, existe un momento de especial relevancia en el siglo XIX primeramente con la Ley de 25 de octubre de 1839, que reconoce y confirma los Fueros de Navarra, siempre acordes a la Constitución española de 1837. Y posteriormente, la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 que modifica los Fueros pero que, en la actualidad, esboza el sentido del Derecho foral navarro.

La Ley de 16 de agosto de 1841 exigía el convenio entre el Gobierno central y el navarro para introducir reformas legislativas en el ordenamiento jurídico de este último; por ello, la antigua Diputación fue la encargada de nombrar la Comisión con el fin de realizar una compilación del derecho civil foral. De esta forma, ya desde la elaboración del anteproyecto de “Fuero Nuevo” se procuró su adecuación a la Ley Paccionada de 1841. La Comisión Especial de Códigos y la Comisión Compiladora de Navarra trabajaron conjuntamente para convertir aquel anteproyecto en el actual texto de 596 Leyes.

La creación del Fuero Nuevo obedece a motivos fundamentalmente pragmáticos, sin duda, basados en la historia navarra, adoptando para ello aquellas instituciones que son vivas

³ La tendencia histórica general ha sido recopilar las costumbres, por ejemplo, “la recopilación del *Droit Coutomier* francés de los siglos XVI y XVII, reglas del comercio internacional con valor de usos mercantiles, que han quedado escritas para su mejor conocimiento y aplicación” en RUBIO TORRANO, E., “Ley 3” en VVAA (RUBIO TORRANO, E. & ARCOS VIEIRA, M.L. Dirs., *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*), Navarra, Aranzadi, 2002, pág. 33.

y continúan vigentes, incorpora diversas prácticas consuetudinarias que ofrecen soluciones jurídicas de actualidad, tal como se menciona en el Preámbulo de la Compilación de este Derecho civil, donde se realiza de forma breve, una especial referencia a la costumbre. Hay que tener en cuenta, sin embargo, la primacía en el Derecho navarro de la voluntad privada, ya que el *paramiento fuero vienze* ostenta una posición preeminente en el ordenamiento⁴, incluso antepuesta a la costumbre. Entre estas dos fuentes de derecho, se configura el eje vertebral del conjunto de normas civiles navarras, dando como consecuencia, el desplazamiento de la ley y que estas, a su vez, se presuman dispositivas⁵.

Es necesario fijarse en la Ley 1 del FN, en esta se hace alusión a que la Compilación recoge el Derecho civil del antiguo Reino, atendiendo a la práctica y observancia de las “costumbres y tradiciones”, pero actualizada a la realidad social de Navarra en coherencia con el resto de normas civiles. Esta realidad social es acreedora de especial interés, sobre todo tras la reforma de 2019⁶, que modifica el Fuero Nuevo y que pretende adecuar la realidad social actual al conjunto de transformaciones llevadas a cabo en los últimos años, en los que se han producido grandes distorsiones entre la regulación efectiva y la mencionada realidad social.

Es interesante la postura que mantiene la jurisprudencia al respecto, la STS de 21 de noviembre de 1934 entiende por realidad social “aquella serie de factores -ideológicos, morales y económicos- que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico”⁷, no obstante, se advierte que en la interpretación de este concepto se ha de tener especial cuidado, porque existe un gran peligro de arbitrariedad por la posible interpretación subjetiva del juez, dando lugar, a su vez, a tendencias no fijadas que albergan criterios difusos. Se advierte así mismo, que la realidad social no puede “tergiversar

⁴ Ley 7 de la Ley Foral 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho civil foral de Navarra.

La *ley vienze* descrita en este precepto tiene los mismos límites de orden público y moral que la costumbre.

⁵ Ley 8 en *Ibid.*

⁶ Esta actualización se ha llevado a cabo por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo. Publicada en el BON el 16/4/2019.

La referencia a la “realidad social navarra” no estaba contemplada en las anteriores versiones del FN, así, es la LF 21/2019 la que introdujo esta cláusula, tanto para la Ley 2, como para la Ley 3 de la Compilación.

⁷ STS de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), núm. 11/2014 de 9 de septiembre, F.J. quinto, ap. 5

la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria” y debe ceñirse, en todo lo posible, al tenor literario de la ley, porque la evolución de esta realidad no debe significar una “separación del texto legal, ni de sus antecedentes históricos, ni de su espíritu y finalidad”⁸, en definitiva, la realidad social debe sustentarse en criterios seriamente asentados en la comunidad jurídica y social.

A pesar de la modificación llevada a cabo en el 2019, el orden de prelación de las fuentes jurídicas en el FN sigue siendo el mismo y la costumbre, objeto de este estudio, continúa siendo la primera de entre ellas como símbolo de identidad navarro y coherencia interna de su ordenamiento jurídico. La identidad y la coherencia son dos fundamentos trascendentes que merecen ser considerados a lo largo del tiempo y que el art. 48.1 de la LORAFNA se encarga de recoger: “Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral”⁹, aplicándose este sobre cualquier otro. No hay que olvidar, sin embargo, lo dicho sobre el *paramiento fuero vienze* y el lugar que ocupa la costumbre respecto al mismo y respecto a la libertad civil; todo ello encorsetado entre los límites del concepto dinamizador y acorde a la realidad social de cada momento.

3. Breve referencia a la costumbre como fuente del Derecho romano

Durante el período clásico la norma no escrita fue la fuente más importante en las relaciones jurídicas y en la creación de derecho privado. El significado de “fuente de derecho” que hoy en día se comprende no fue concebido de igual forma por los juristas romanos. Por ello, los términos más utilizados para expresar esta idea son *venit* o *constat*, utilizados por juristas como Papiniano o Ulpiano, respectivamente.

Asimismo, tanto Justiniano como Gayo corroboran a la costumbre como fuente. El primero hace ya una referencia al uso como *quaestio facti*, que debe ser consentido por las partes y en el momento de convertirse en costumbre se asimila a la ley: “*Ex non scripto ius*

⁸ *Ibidem*.

⁹ Con la entrada en vigor de la LORAFNA en el año 1982, se deja sin validez lo que hasta ese momento venía siendo una realidad; es decir, ya no era necesario el convenio *inter partes* entre el Estado y la CFN para la modificación del FN, subordinándose este a la LORAFNA; aunque, y en adelante solo mediante Ley Foral podrán modificarse los términos del FN.

*venit, quod usos comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*¹⁰.

Por su parte, Gayo menciona que los pueblos poseen y se rigen por las leyes y costumbres: “*Omnis populi, qui legibus et moribus*”¹¹.

Durante más de setecientos años, desde los orígenes del Derecho romano hasta la llegada de Octavio al poder, la costumbre ha de enlazarse a los *mores maiorum*; es decir, a aquellos usos y principios arraigados en las familias agnaticias (cuyo eje central es el *pater familias*)¹² que se heredan a través de las generaciones. Así, es indiscutible el concepto de familia como base de las primeras costumbres, pero la idea de considerarla como fuente normativa cobra aún más relevancia debido al trasfondo religioso que subyacía en las acciones y tradiciones romanas, lo que trae consigo implícitamente una práctica consuetudinaria para resolver el conflicto civil.

Por otro lado, con el desarrollo y aplicación de las XII Tablas (en plena época republicana), la costumbre reafirma su presencia porque, de esta forma, se la recoge de forma escrita. Así, el derecho nacido y articulado en la estructura de la *gens familia* se traslada al reconocimiento del conjunto social, dando origen al término *consuetudo* o costumbre que, progresivamente, se implanta en el *ius civile*, evolucionando desde los *mores maiorum* a los *mores civitatis*. A partir de entonces, la costumbre forma parte del acervo jurídico junto a la *lex scripta*, configurando el *ius civile* durante toda la vida de la República.

A partir del siglo I a.C, la expansión territorial romana trajo consigo la apertura de esta sociedad hacia otros pueblos, y consecuentemente surgió la necesidad de conjugar las costumbres más tradicionales con las nuevas formas de vivir; sin embargo, con el fin de preservarlas, las autoridades formularon ciertas disposiciones que no alterasen su contenido principal, tales como la *Lex falcidia de legatis*, la *Lex Cincia de donis et muneribus*, entre otras, que regulaban los legados.

El intervencionismo del Estado romano en materia civil es progresivamente más férreo, la creación de norma escrita va desplazando a la misma velocidad a la costumbre y

¹⁰ FERNÁNDEZ BAQUERO, M.A. “La costumbre como fuente del Derecho romano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 2003, pág. 4.

¹¹ *Ibid.*, pág. 3.

¹² Durante este período y hasta el final de la República, la figura del censor cobra especial relevancia porque, junto al *pater familias*, guarda el respeto tanto de los *mores maiorum* como de los *mores civitatis*.

con ello a los valores romanos primigenios, la potestad que antaño poseía el *pater familias* es cada vez mas endeble, con lo que indirectamente se limitaba el desarrollo y aplicación de aquellos mores *maiorum*.

El desplazamiento final de la costumbre se produce en los prolegómenos del Imperio y su novedosa forma de organizar el Estado. Octavio, ante la gran inestabilidad política que dejó tras de sí el último siglo de la República, se vio obligado en la necesidad de hacer prevalecer una norma escrita y fija que ofreciese mayor seguridad jurídica en el conjunto del derecho privado¹³. En este estado de cosas, la costumbre como fuente es entendida tanto desde la perspectiva de la *natura* (como opinión generalizada, incluso entre los extranjeros), como desde la *vetustas (mores maiorum)*. La *consuetudo* justifica jurídicamente la voluntad de todos, es la prueba de la gente común en su contexto social; sin embargo, conforme el Imperio va asentándose en el mundo romano, en igual proporción se consolida la ley escrita. Si bien los sucesivos emperadores en sus reformas legislativas no se olvidaron de las costumbres que fundaron su civilización, su carácter prioritario va perdiendo fuerza y justificación en su razón de ser, llegando a partir del siglo I d.C. a ser mera integradora de las lagunas jurídicas, incluso cayendo en desuetudo.

A pesar de esta realidad, la capacidad de la costumbre como elemento ordenador jurídico es innegable, su función interpretativa arroja luz ante la oscuridad de la ley y en su defecto, toma las riendas del derecho: “*Ergo omne ius aut consensus, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo*”¹⁴.

4. La integración de la costumbre en el ordenamiento jurídico del Estado

La creación de Derecho no es una prerrogativa exclusiva del Estado. La tendencia centralista y uniforme respecto del ordenamiento jurídico del Estado debe ceder ante la legitimación que posee la sociedad para crear Derecho de forma directa, a través de la norma consuetudinaria, debido a que, en no pocas ocasiones, la rigidez de la ley no permite dar solución a la diversidad de conflictos que se originan en el ámbito social.

¹³ “*Lex Iulia et Papia Poppaea*” en *Ibid.*, pág. 26.

¹⁴ FERNÁNDEZ BAQUERO, M.A., ob. cit., pág. 29.

“Todo derecho lo creó el consentimiento, o lo constituyó la necesidad, o lo afirmó la costumbre” (Traducción: elaboración propia).

De esta forma, mediante las “fuentes de recepción del Derecho” se produce la integración de la costumbre en el ordenamiento jurídico del Estado y consecuentemente, se le reconoce a la costumbre de forma expresa o tácita su condición de norma jurídica y su carácter obligatorio.

El reconocimiento e integración de la costumbre en el ordenamiento jurídico puede hacerse mediante dos vías¹⁵:

1. Reconocimiento directo: cuando es la propia ley la que hace remisión a la costumbre y así, el ordenamiento la reconoce. Puede citarse a modo de ejemplo el art. 1.3 del Cc o las Leyes 2 y 3 del FN de Navarra. En este caso, es la ley la que determina el lugar y funciones que ostenta la costumbre en el ordenamiento jurídico de que se trate, así como los requisitos necesarios para su validez.
2. Reconocimiento indirecto: cuando son los propios tribunales de justicia los que reconocen y aplican la costumbre. Por lo general, se da en aquellos ordenamientos en los que la jurisprudencia adquiere el valor de fuente del Derecho.

Con la plasmación en el ordenamiento jurídico, “la costumbre adquiere un mayor grado de perfección ontológica y de garantía [...], dotándola de las notas de justiciabilidad y coercibilidad”¹⁶. En este sentido, la costumbre tendrá eficacia siempre que respete la ley y los principios generales del derecho, correspondiendo al juez, bajo un prudente arbitrio judicial, la censura de las costumbres que puedan atentar contra los principios, valores morales y tradicionales del conjunto de la Nación¹⁷.

5. La costumbre como fuente en otros ordenamientos jurídicos

La costumbre ha sido y es una institución omnipresente en la evolución jurídica y social, su presencia ha sido vasta en multitud de ordenamientos, si bien ha experimentado

¹⁵ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A. “La costumbre en el ordenamiento jurídico. La integración de las lagunas legales”, en *Anales De Derecho*, vol. 20, 2002, pág. 4-5.

¹⁶ MONTORO BALLESTEROS, A. ob. cit., pág. 5

¹⁷ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A. ob. cit., pág. 6

cambios, unos profundos que la han modificado hasta casi hacerla desaparecer y otros, en cambio, han sabido mantenerla por encima de las vicisitudes del tiempo y de la historia.

5.1. *La costumbre jurídica alemana*

Como en todo aquello que fue mundo romano, la costumbre en este ordenamiento se remonta a tal época, debido a que la recepción del derecho romano se hizo a través de ésta. En el orden civil alemán a la costumbre se le otorga el rango de fuente de derecho de la misma forma que a la ley escrita. Al igual que sucede en el orden navarro, es necesario otorgar al uso la certeza de estar ante una auténtica norma, tener tal convicción; sin embargo, a diferencia de la Ley 3 del FN que distingue entre costumbres notorias y no notorias, en este ordenamiento no se exige al juez el conocimiento de la costumbre recayendo así su prueba a la parte que la alega.

Cuando la sociedad reconoce un hecho como voluntad jurídica generalmente manifestada, se considera derecho, aunque contradiga una prohibición, por ello la ley no puede evitar la formación de derecho consuetudinario. Ahora bien, estas normas consuetudinarias de carácter general del territorio alemán tienen la misma capacidad normativa que las leyes; por esta razón, una costumbre puede alterar, derogar, o completar las leyes del Estado, siempre que no se postulen en contra de la moralidad y de los principios fundamentales¹⁸.

5.2. *La costumbre jurídica francesa*

La costumbre en el ordenamiento francés está muy influenciada por el Código Justiniano del siglo VI y por el Código Teodosiano de 438. Se entiende que el desarrollo de la institución consuetudinaria ha sido diferente en los diversos territorios del país, creándose costumbres genéricas, locales y particulares. No obstante, el momento en el cual las costumbres comienzan a ser recogidas es en el siglo XVI¹⁹, desplazando las situaciones de

¹⁸ Cfr. OLIVER SOLA, M.^a C., *La costumbre como fuente del Derecho navarro*. Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Pamplona, 1991, pág. 43.

¹⁹ En este sentido, se puede mencionar la recopilación de ANTOINE LOISEL, que recogió las máximas del Derecho consuetudinario francés en su obra *Institutes Coustumiers*, expresándose *coutumes* generales y locales. Cfr. JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Capítulo V. Del Testamento de Hermandad”, en ALBALADEJO, M & DIAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra* (Vol.1), 1998, Madrid, EDESA, pág. 597, pie de página 260.

incertidumbre y adquiriendo fijeza como fuente propiamente dicha, dejando al derecho romano como supletorio.

En esta línea, la costumbre de París fue la que más rápidamente adquirió relevancia, si bien “su jurisdicción directa no era muy extensa, [...] París era la capital del reino; su parlamento tenía una jurisdicción muy intensa y ejercía sobre la jurisprudencia de las demás provincias una influencia bastante considerable”²⁰, por lo tanto, ante la carencia de costumbres autóctonas la costumbre de París se alzaba como la principal y fue aplicada en la mayoría de provincias del reino, configurándose así como representativa del derecho común de este reino.

En la época de la Francia revolucionaria existía una marcada división entre aquellos territorios de *droit écrit* y de *droit coutumier*, esta división planteaba un serio revés a los principios de la Ilustración, sin duda más tendente a la uniformidad y a la homogeneidad. Así, BENTHAM²¹ a pesar de que no desconocía méritos a la costumbre, señalaba que era preciso pasarla por el tamiz del legislador y plasmarla de forma escrita, de lo contrario sería considerada como ilegítima y contraria a los principios racionalistas.

Con la llegada de la Ilustración y de la época codificadora, los redactores del Código civil napoleónico realizaron una investigación sobre las costumbres en Francia, sometiéndolas a los principios de la razón y a la herencia de la Revolución. Este Código, eminentemente racionalista, es concebido en la época como sinónimo de certeza y plenitud, sin embargo, la experiencia indicará que los movimientos codificadores presentan numerosas incoherencias con la realidad social y, además, numerosos vacíos legales.

A pesar de todo, la razón privará a la costumbre de su autoridad en el ordenamiento francés, se plantean como inferiores a la ley y aunque puedan considerarse como fuente supletoria a partir de esta época, son también difíciles de conocer y muchas veces han sido estudiadas desde una perspectiva privada, ofreciendo segmentación en su práctica e inseguridad jurídica.

²⁰ OLIVER SOLA, M.^a C., *La costumbre como fuente del Derecho navarro*. Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Pamplona, 1991, pág. 50.

²¹ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del Segundo Centenario*. Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, 2005, pág. 8.

Por otra parte, en lo que respecta a la costumbre *contra legem*, “ésta se remonta a la derogación de las Leyes por el desuso. Hay un cierto número de leyes que permanecen inaplicadas porque son contrarias a las costumbres y a los hábitos y porque las sanciones legales no son lo suficientemente fuertes como para imponer su aplicación”²², a pesar de esta consideración, la misma no es muy bien acogida por el legislador ya que este prefiere que sea una ley escrita la que plantee la contradicción a otra norma.

En base a estas nociones, en la actualidad, la costumbre está supeditada a la ley en el ordenamiento jurídico francés y posee menos relevancia en comparación con Navarra.

6. La costumbre tras la reforma del Título Preliminar del Código civil español

Fue en marzo de 1973, en los últimos pasos de la Dictadura franquista, cuando el Proyecto de modificación del Título Preliminar del Código civil vio por fin la luz. Durante más de seis años este proyecto quedó estancado, si bien tuvo en este período ciertas modificaciones que no alteraron el núcleo de su contenido.

Cabe señalar que el proyecto de modificación es enviado a unas Cortes españolas carentes de autonomía e independencia institucional²³, donde la “cuestión foral” fue objeto de un intenso análisis por parte de la Cámara, sobre todo en cómo se debía incorporar la cuestión al nuevo TP que estaba en formación. La actividad desarrollada por los diversos actores en el proceso como la CGC, el Ministerio de Justicia y el Consejo de Estado dio como resultado el Decreto 1836/1974 de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del TP del Código civil.

De esta forma, en el nuevo TP las fuentes del Derecho civil se recogen de forma expresa, otorgando a la ley estatal preeminencia en el orden frente a las demás. La costumbre, por su parte, es recogida como segunda fuente del Derecho, con sus límites definidos; no

²² OLIVER SOLA, M.^a C., *La costumbre como fuente del Derecho navarro*. Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Pamplona, 1991, pág. 53.

²³ El art. 1 de la Ley de 17 de julio de 1942 de creación de las Cortes Españolas, especifica que tales Cortes son el órgano superior de participación del pueblo español, pero esta noción es un espejismo de la realidad, porque la actividad legislativa de las Cortes es impracticable, al menos desde la perspectiva del sufragio ciudadano y del pluralismo político.

obstante, es necesario expresar que su aplicación es supletoria a la ley y opera en defecto de esta (art. 1.3 del TP)²⁴.

Ahora bien, en lo que respecta a la cuestión foral, ésta venía siendo observada desde la Ley de Bases de 1888, refiriéndose en su art. 6 lo siguiente: “El Gobierno, oyendo a la Comisión de Códigos, presentará a las Cortes, en uno o varios proyectos de ley, los apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen”. De esta forma, lo que ya establecía la Ley de Bases es palpable en la redacción del art. 13 del TP porque la aplicación general y directa en toda España de las leyes y reglas generales del Cc debe hacerse “respetando los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes”, por lo tanto, en estos territorios forales la aplicación del Código y de sus fuentes tendrá carácter supletorio. Partiendo de esta consideración, la cuestión foral no implica una ruptura de la “unión nacional” tan perseguida en la época, porque ésta no tiene como máxima una proporcional igualdad legislativa en todos sus territorios, señalando así el camino que siguen los ordenamientos forales.

En la exposición de motivos de esta reforma del TP se añade otra razón de peso en pro del asunto foral, argumentado que los ordenamientos forales son claros reflejos del modo de ser y existir colectivos, con pleno respeto donde estén vigentes. Esta expresión se recoge así mismo en el art. 13 de este Título.

Por tanto, únicamente queda de aplicación genérica a todo el territorio español los efectos de las leyes y las reglas generales de su aplicación.

6.1. SAP de Álava (Sección 1ª), núm. 148/2005 de 24 de junio

Como ya se ha visto, la promulgación del nuevo TP trae consigo unas determinadas características hacia la costumbre como fuente de derecho que, a su vez, la jurisprudencia recoge.

Un claro ejemplo puede apreciarse en esta sentencia de la AP de Álava, donde se trata el asunto de las “belenas”, un rasgo característico del Derecho civil navarro. En este sentido, el litigio versa en determinar la propiedad de un terreno que linda entre dos fincas, cuyos

²⁴ Llamativa es la eliminación del inciso del art. 5 del antiguo Título Preliminar, donde se decía que la costumbre contra ley no prevalecerá. En el nuevo TP no se incluye por considerarse innecesario.

propietarios se atribuyen la titularidad del mismo respectivamente. La pretensión del actor se desestima en primera instancia porque en su título de escritura de compraventa no figura esa belena como de su propiedad. Por esto, entiende este tribunal que el título acreditativo de propiedad lo poseen los demandados, porque en el mismo figura que su propiedad consta de “casa, con un solar a la derecha entrada [entendido tal solar como la belena], pertenecido de la casa”²⁵.

El actor cuando recurre en apelación no aporta ningún título que le otorgue la propiedad del bien litigioso, por lo que la acción reivindicatoria pretendida del art. 348 del Cc carece de fundamento, ya que el título es instrumento indispensable para ejercitar tal acción. El Tribunal, ante la ausencia de título acreditativo, analiza la costumbre del lugar, a fin de utilizarla como título directo para el reconocimiento de la copropiedad.

La costumbre que aduce el actor y que es estudiada por el Tribunal, es la mencionada belena “que contempla un derecho real en relación con determinados terrenos ubicados entre casas”²⁶. De esta forma, argumenta este Tribunal que “la costumbre mencionada en el Código Civil, como segunda fuente de derecho, tiene como notas características las de que se trata de una fuente independiente, pues nace y se desarrolla al margen de la Ley; subsidiaria, ya que cumple una función supletoria de la norma jurídica positiva; y secundaria, en cuanto no rige para ella la máxima *iura novit curia* y quién alega su aplicación ante los órganos judiciales deberá probar su existencia, contenido y alcance, lo que no será necesario si las partes estuvieren conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”²⁷, como recoge el art. 281.2 de la LEC. Además, expresa que “pese a la proximidad física de los territorios [Álava y Navarra], no se aporta prueba alguna de que efectivamente [el terreno] se tuviera en tal consideración [como belena]. Prueba que corresponde al actor conforme lo dispuesto en el art. 217 de la LEC”²⁸.

En esta sentencia se observan aclaraciones relevantes en lo que respecta a la costumbre desde la perspectiva del Cc, por ello, se comprende que ésta es fuente supletoria aplicable en defecto de ley positiva; así mismo, los tribunales están exentos de su

²⁵ SAP de Álava (Sección 1ª), núm. 148/2005 de 24 de junio (JUR 2005/207382), F.J. cuarto.

²⁶ SAP de Álava (Sección 1ª), cit., F.J. tercero.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

conocimiento con independencia de su notoriedad, siendo la parte que la alega la que debe mostrar su existencia y observancia, como recoge la LEC en su art. 281.2.

II. LA COSTUMBRE EN NAVARRA

1. La cuestión foral en el artículo 149.1.8 de la CE

El estudio y comprensión de la cuestión foral en la Constitución española de 1978 es de suma importancia, porque significa la consagración de los derechos civiles forales “allí donde existan”, otorgando a estos territorios la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil propio, e indirectamente, el reconocimiento de la costumbre como fuente de Derecho. Lo mencionado hasta ahora se encuentra recogido en el art. 149.1.8 de la Carta Magna, haciendo hincapié en el término “respeto” a las normas de derecho civil foral o especial que establezcan las fuentes del derecho. Asimismo, a modo de refuerzo, la jurisprudencia del TC se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la procedencia de tal derecho foral. A continuación, se analizan varias sentencias de especial interés.

1.1. STC, Pleno, núm. 41/2018 de 26 de abril de 2018

En esta sentencia se estudia el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno cuya ley estatal se contrapone a la normativa autonómica en materia de bienes inmuebles que carecen de dueño²⁹. Al atribuirse tanto el Gobierno autonómico como el estatal la titularidad de dichos bienes, el abogado del Estado argumenta en su escrito que la normativa autonómica excede la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio que establece la CE en su art. 149.1.8, vulnerando así la competencia civil que se atribuye exclusivamente al Estado; además, plantea que esta competencia no es atribuible a la Comunidad Autónoma porque históricamente se han otorgado tales inmuebles al Estado. Por su parte, el Gobierno de Aragón expone que la Disposición Final del art. 149.1.8 CE es título suficiente para que sea la CA la que legisle en materia civil al poseer un derecho civil especial o foral, por lo tanto, debe existir una adaptación por parte del Gobierno central a la coyuntura civil actual y al sistema de atribución de competencias que impone la CE³⁰.

²⁹ El presente recurso se interpone en relación con la DA Sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón; la DA Sexta del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, por un lado, y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, por otro. Si bien, estas normativas autonómicas hoy en día no están vigentes, su estudio continúa arrojando luz sobre el asunto porque la problemática de fondo continúa subsistiendo.

³⁰ Esta argumentación es perfectamente asumible y adaptable al Régimen jurídico de la Comunidad Foral de Navarra en lo que respecta a la materia civil.

En esta sentencia se establece que la Constitución como norma suprema es la que introduce una garantía de foralidad civil a través de la autonomía política y son los Estatutos de Autonomía (en el caso de Navarra la LORAFNA) los que pueden atribuir competencia, a estas, para la modificación y desarrollo de las normas.

Ahora bien, ¿qué entiende el Tribunal por Derecho civil “allí donde exista”...?, ya que si bien comprende que este Derecho civil foral es el recogido en las Compilaciones, también lo es “la costumbre que hubiere subsistido hasta nuestros días en un determinado territorio de derecho foral”, por lo tanto, la Ley 3 del FN que recoge la costumbre navarra se vería legitimada por la propia argumentación del TC. Además, la Constitución permite que estos territorios asuman o integren en el ordenamiento autonómico, a través de sus Compilaciones, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en su ámbito territorial.

No obstante, lo dispuesto por la Constitución, las competencias atribuidas a las CA no son ilimitadas, sino que deben ceñirse a las funciones de modificación y desarrollo de la materia civil, interpretándose como un límite *ratione materiae*.

Finalmente, el TC para resolver el litigio se plantea si las normas impugnadas son un desarrollo de la competencia atribuida a la CA porque guarda conexión con una institución preexistente, de tal forma, llega a la conclusión de que esta conexión existe, lo que permite considerar que no se ha incurrido en vulneración del art. 149.1.8 CE desestimando así el recurso de inconstitucionalidad.

En lo referente a la costumbre, esta Sentencia permite entender que, la misma, está integrada en el Derecho civil navarro y así lo corrobora el TC; sin embargo, es necesario matizar que tal costumbre debe ser observada en nuestros días y poseer vigencia, atendiendo a los límites en las funciones de modificación e interpretación de la materia civil. Así para la conservación de los Derechos civiles forales o especiales “puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de los usos y costumbres efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico [...], pues en la idea de institución jurídica se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias”³¹.

³¹ STC, Pleno, núm. 182/1992 de 16/11/1992, F.J. Tercero.

1.2. STC, Pleno, núm. 156/1993 de 6 de mayo de 1993

Este otro caso origina un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares³², en el que se vuelve a tratar el asunto relativo a la distribución de competencias del art. 149.1.8 de la CE.

El Artículo Único de la Compilación de Derecho civil balear sustituye, como criterio determinante para la aplicación del derecho común o foral, la vecindad civil por la residencia administrativa. La Abogacía del Estado argumenta que los derechos civiles forales que reconoce la Constitución en su art. 149.1.8 están condicionados a las experiencias históricas de la existencia efectiva de tales derechos forales en el momento de promulgarse la norma fundamental. Añade, que debe constatarse la existencia de Derechos especiales como límite a la modificación, conservación y desarrollo por las CCAA de éstos y se considera que es el Estado el que debe establecer el criterio determinante para la aplicación del Derecho foral. Por lo tanto, en el momento de sustituir la residencia civil por la administrativa, la Autonomía estaría infringiendo la potestad del Estado, por lo que tal precepto debe ser considerado inconstitucional; máxime cuando, según esta parte, no existía en Baleares especialidad foral alguna que justificase tal inmisión.

Por su parte, la CA de Baleares aboga por la necesidad de interpretar la norma impugnada acorde a la propia Constitución y a la consideración de su Derecho civil como común en su territorio. En lo que respecta al art. 52 de la Compilación civil de Baleares, referente a los testamentos otorgados ante notario, la Comunidad entiende que los Derechos civiles históricos deben existir previamente a la elaboración de la Constitución, pero esta existencia no puede ser extendida a la acreditación de los distintos aspectos de una institución jurídica, sobre todo, cuando posee una base consuetudinaria propia de una región histórica. Además, la competencia exclusiva del Estado no puede albergar la regulación de las muy diversas materias que se contemplan dentro de las diversas Compilaciones. Se aporta así mismo, la justificación de la existencia de un derecho civil histórico en el territorio, aduciendo que el derecho no sólo ha de interpretarse, “sino que se ha de integrar tomando en

³² El presente recurso lo interpone el abogado del Estado contra el Artículo Único del texto refundido de la Compilación, adoptada por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear, que da redacción a los art. 2 (párrafo primero) y 52 del mismo.

consideración los principios que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia...”³³.

El TC reflexiona y da su criterio sobre la acepción “desarrollo” del art. 149.1.8, porque es la Constitución la que permite que los derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así no sólo la historicidad y su actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de estos ordenamientos, mas no de una forma general y abstracta sino como fórmula para garantizarlos³⁴.

Finalmente, el Tribunal concluye en lo que respecta a la vecindad civil, esta es materia exclusiva del Estado y no puede entrar a regularla la CA ni violentar el régimen jurídico del punto de conexión de la ley personal, declarando el art. 2 del DL 79/1990 como inconstitucional.

1.3. STC, Pleno, núm. 82/2016 de 28 de abril de 2016

En esta sentencia, al igual que en las anteriores, se interpone un recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno central frente a una ley autonómica valenciana³⁵.

El abogado del Estado en la argumentación de su recurso expone que la ley autonómica en su fundamento excede de las competencias de conservación, modificación y desarrollo atribuidas por el art. 149.1.8 de la CE, básicamente porque tal ley regula el régimen jurídico económico matrimonial sin cumplir con el requisito que dictamina el precepto constitucional citado; es decir, para que la CA pueda regular una materia civil por atribución de la Constitución es necesario que efectivamente ostente una costumbre jurídica que regule la materia económica matrimonial en el momento de entrada en vigor de la Constitución. Esta costumbre necesaria no es probada por la representación de la Comunitat Valenciana,

³³ STC, Pleno, núm. 156/1993 de 6/5/1993, en Antecedentes. Base de datos: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

³⁴ *Ibid.*, en Fundamento Jurídico Primero, apartado b). Este criterio que expone el Tribunal es de sumo interés para Navarra, debido a que su ordenamiento ha presentado recientemente una importante actualización, mediante LF 21/2019, la cual no ha modificado la costumbre como fuente, pero sí ha añadido el elemento “establecida y asentada en la realidad social navarra”.

³⁵ El presente recurso es interpuesto por parte del abogado del Estado en representación de la Presidencia del Gobierno central frente a la Ley 10/2007 de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

entendiéndose, por tanto, que hay una injerencia legislativa de esta Comunidad en una materia exclusiva reservada al Estado, declarándose la ley en plenitud como inconstitucional.

Es interesante mencionar en este sentido, aquellos fundamentos jurídicos que expresa el TC en torno a la costumbre. En primer lugar, matiza que “la recuperación y actualización de los antiguos fueros no autoriza al legislador autonómico a exceder la competencia en materia de legislación civil que el art. 149.1.8 de la CE permite a las CA con derecho civil propio, más allá del cual se encuentra la competencia indisponible del Estado”, y de igual manera “el calificativo *foral* [...] no puede alterar el techo competencial del art. 149.1.8 de la CE”³⁶.

En el momento de invocarse una norma consuetudinaria, el Tribunal se postula firmemente en la comprobación y pervivencia de esta norma a lo largo del tiempo, exigiendo la acreditación de su existencia con la salvedad de aquellas costumbres que sean notorias. Impone esta noción para el conjunto de ordenamientos civiles, ya sea el estatal o los especiales o forales. Entonces puede decirse que, este precepto constitucional efectivamente reconoce las competencias civiles de los territorios forales, pero es límite y techo de esta competencia. La competencia legislativa sólo puede tener por objeto las costumbres probadas y subsistentes que se hayan seguido observando en el territorio foral o autonómico³⁷.

Finalmente se señala que “la existencia de un régimen especial consuetudinario [...] en el actual territorio de la CA [...] se constituye en auténtico presupuesto ex art. 149.1.8 de la CE por el válido ejercicio de la competencia conferida por el [...] Estatuto de Autonomía y que dicha competencia solo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, [...], por la costumbre”³⁸.

³⁶ STC, Pleno, núm. 82/2016 de 28/04/2016, F.J. Tercero *in fine*.

³⁷ Esta postura es refutada por Don Juan Antonio Xiol Ríos en el Voto Particular presentado en esta STC, Pleno, núm. 82/2016 de 28/04/2016, que considera que, la actualización de los derechos históricos, como ordenaba el art. 49.1.2 del EACV, “carece de sentido alguno en el marco del Derecho privado si no se entiende que puede referirse a sistemas no vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues para los que se hallaban vigentes en esta fecha no cabe hablar de actualización o recuperación de derechos históricos, sino simplemente de conservación de sistemas vigentes”.

³⁸ STC, Pleno, núm. 82/2016 de 28/04/2016, F.J. Cuarto.

1.4. Recapitulación de la doctrina constitucional

La importancia que tienen estas sentencias respecto a la costumbre puede sintetizarse en los siguientes aspectos.

- A. Los derechos civiles forales reconocidos en el art. 149.1.8 de la CE, concretamente en lo que respecta a las fuentes del orden civil, están condicionados a las experiencias históricas y existencia efectiva de tales derechos forales, que muchas veces están recogidos en Compilaciones anteriores a la Constitución. Y tal precepto es, a su vez, el límite *ratione materiae* de las competencias normativas civiles.
- B. El derecho civil no solo ha de interpretarse, sino que ha de integrarse con costumbres o principios jurídicos.
- C. La interpretación del término “desarrollo” del art. 149.1.8 de la CE, debe ser orientado hacia un crecimiento orgánico, reconociendo la “vitalidad de tales ordenamientos”, con especial atención al navarro por situar a la costumbre como fuente preminente por encima de las demás.
- D. El Derecho civil foral es un conjunto normativo sistematizado e interrelacionado internamente que tiene, además, el reconocimiento constitucional para determinar sus específicas fuentes de producción normativa.
- E. La doctrina de este Tribunal considera que, para la conservación, modificación y desarrollo de un derecho civil foral, es necesaria la existencia probada de una costumbre vigente, pues no se puede conservar, modificar y desarrollar, aquello que no es una realidad normativa reconocible.

1.5. Dictamen del Consejo de Navarra núm. 16/2019, de 20 de mayo de 2019

Una vez asumida la postura del TC y en continuidad con el análisis del artículo 149.1.8 de la CE, es interesante traer a colación el Dictamen del Consejo de Navarra número 16/2019, de 20 de mayo de 2019. Según éste, el concepto constitucional de “conservación” incluye la facultad para formalizar legislativamente las costumbres vigentes en el ámbito de la Comunidad Foral, y así mismo, se encuadra dentro de este concepto el mantenimiento del Derecho Civil propio, porque “la mera invocación de precedentes históricos, por expresivos que sean de antiguas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos del art.

149.1.8 de la CE”³⁹, tal es así, que debe comprenderse inmerso en este concepto “las normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución”⁴⁰.

Asimismo, en ciertas ocasiones las previsiones sobre el uso y la costumbre son motivo específico de acceso a casación y exoneración de prueba, cuando sean notorios. El TC lo ha entendido así porque es acorde al marco constitucional, máxime cuando el ordenamiento foral posee fundamentos consuetudinarios.

Además, especificaba este Consejo de Navarra, en el Dictamen núm. 16/2019, de 20 de mayo, que todo el citado ordenamiento se encuentra supeditado a la Constitución, tal como dispone el art. 9.3 de la norma suprema (principio de jerarquía normativa), por ello, no se puede alegar la existencia de costumbre contra la primera norma que es la Constitución, ni contra aquellas disposiciones que alberguen principios o fundamentos constitucionales. De esta forma, resulta que “el contenido de la Ley 2 [del FN] debe considerarse que tiene un alcance en la ordenación de fuentes limitado y que no comprende la Constitución”⁴¹.

Por todo lo expuesto, en el caso de Navarra hay que destacar lo estipulado en el art. 48 de la LORAFNA:

“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”.

En base a este precepto se puede concluir que Navarra ha adquirido las competencias exclusivas en materia civil⁴², originadas históricamente y vigentes desde la promulgación de

³⁹ STC, Pleno, núm. 133/2017 de 16/11/2017, en Fundamento Jurídico Cuarto. Base de datos: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁴⁰ *Ibid.*, en Fundamento Jurídico Quinto.

⁴¹ Dictamen del Consejo de Navarra, núm. 16/2019, de 20/05/2019, pág. 57-58.

⁴² En este sentido, el art. 40 de la LORAFNA establece que:

“1. En las materias que sean competencia exclusiva de Navarra, corresponden a la Comunidad Foral las siguientes potestades:

- a) Legislativa.
- b) Reglamentaria
- c) Administrativa, incluida la inspección.
- d) Revisora en la vía administrativa.

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

la Constitución. Tal competencia exclusiva, es tanto para establecer qué fuentes son las que ordenan el ámbito civil, como para establecer su orden de prelación, encabezada por la costumbre.

La tradición histórica, fundamento de la costumbre, es de importancia vital para que Navarra posea tales competencias. El TC, en varias ocasiones, ha sido reticente en admitir ciertas competencias civiles en otros territorios españoles si previamente estos territorios no han ostentado un derecho civil especial para mantener una regulación propia y diferenciada⁴³, de tal forma que, ante la posible impugnación por inconstitucionalidad, tanto de costumbre como de ley, el Tribunal observará estas cualidades competenciales de la Comunidad, y verificará si las posee o no, es decir, si la norma consuetudinaria efectivamente era observada en Navarra antes de la Constitución

La pervivencia del derecho civil navarro es un signo de identidad del viejo Reino, el Fuero Nuevo es la imagen viva de las fuentes jurídicas, si bien actualizado con ciertos matices del Código civil y, desde luego, con la Ley Foral 5/1987 de 1 de abril, donde se adapta a la Constitución y los principios que manan de ella. A colación de la entrada en vigor de esta última, cabe plantearse si la regulación civil de la Comunidad Foral, y consecuentemente de la costumbre, debe enmarcarse en su Disposición Adicional primera (que ampara los territorios forales y su derecho histórico) o bien desde la perspectiva del art. 149.1.8 donde se traslada la competencia civil a los territorios forales “allí donde existan”. La doctrina constitucional⁴⁴ ha establecido que el reconocimiento civil foral no debe encausarse por la vía de la DA primera porque este es un precepto de integración y actualización, por lo que, es más correcta la vía del art. 149.1.8 de la CE.

Finalmente, es importante señalar que, el art. 48.2 de la LORAFNA requiere de mayoría cualificada para la “modificación” de la Compilación. Por tanto, para alterar la realidad de la costumbre tanto en el orden de prelación de fuentes, como en su capacidad *contra legem*,

⁴³ Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. “Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro”, en *Derecho Privado y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 21, 2007, pág. 7.

⁴⁴ STC, Pleno, núm. 123/1984 de 18/12/1984, en *Fundamento Jurídico Cuarto*. Base de datos: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. “La idea de derechos históricos de las comunidades y territorios forales, a que alude la disposición adicional primera de la Constitución, no puede considerarse como un título autónomo, del que puedan deducirse específicas competencias, pues la propia disposición adicional manifiesta con toda claridad que la actualización general de dicho régimen foral se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía...”.

será necesaria la adopción de esta mayoría por el Parlamento navarro, a fin de poseer un mayor respaldo por parte de los representantes de la ciudadanía. Sin embargo, existe discusión sobre esta rigidez que dificulta en exceso la alteración del ordenamiento civil, principalmente en atención a su actualización; no obstante, se defiende el posicionamiento contrario debido a que el mantenimiento de las fuentes y de la costumbre es más firme, sin que quede supeditada a los vaivenes políticos de turno.

2. El concepto de costumbre en Navarra

La costumbre como concepto está intrínsecamente relacionada con la progresiva evolución que experimenta el ser humano, con sus diversos avatares históricos que lo definen y configuran. Cada civilización, pueblo, estado; han experimentado unas realidades diferentes y diversas, fruto de ello es la rica tradición que en la actualidad hemos heredado y es en su seno donde debemos comprender el fenómeno consuetudinario.

En palabras de SANCHO REBULLIDA “solamente la experiencia histórica evidencia la preeminencia, el protagonismo de la costumbre en el derecho navarro más antiguo”⁴⁵. Tras una profunda reflexión, no es exagerado considerar que la costumbre y por consiguiente el derecho consuetudinario es tan antiguo como las propias relaciones humanas y, sin duda, es la base originaria de los primeros fueros⁴⁶ navarros donde primaba la autonomía de la voluntad o “derecho vivo” y que, gracias a ello, tuvieron gran acogimiento y difusión. Estos fueros, como concesiones reales a ciertos sectores de la población, pronto merecieron ser recogidos en forma de recopilaciones normalmente de forma privada, pero que en el transcurso de las sucesivas transcripciones han llevado consigo la tradición histórica en forma de usos y costumbres⁴⁷, generalmente de todo ámbito, aunque con especial interés en las

⁴⁵ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en VVAA (ALBALADEJO, M. & DÍAZ ALABART, S., Dirs., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*), TOMO XXXV, Vol.1, Madrid, EDERSA, 1994, pág. 233.

⁴⁶ Parece ser que la idea de similitud entre fuero y costumbre se remonta a mediados del siglo XI, concretamente al Fuero de Santa María de Ujué concedido por Sancho Ramírez en 1076. En Este Fuero “se acomete una absolución de los malos fueros y de la mala costumbre, que parecen ser especies o manifestaciones de un género, que los subsume, identificable con el uso” en ÁLVAREZ CORA, E. “Interrelación de los conceptos de término, uso, fuero y costumbre en el derecho medieval ibérico (s. IX-XII), en *la España medieval*, núm. 41, 2018, pág. 54.

⁴⁷ Con el fin de reforzar el origen de la costumbre: cuando es alzado el rey debe jurar mantener los fueros y no empeorarlos (título 1º del libro 1º del Fuero General de Navarra). Don Teobaldo II en 1253 lo hizo de la siguiente manera “*juramos que tengamos cascuos [á cada uno] en lures fueros, é en lures franquezas, et en todos lures dereytos é buenas costumbres entegrament*”. Así mismo, en las ordenanzas de Carlos III el Noble de 1417 se señala que “se observen los fueros, usos y costumbres” y que “la determinación,

locales, que se daban progresivamente en la práctica. De esta forma, surgen obras como el Fuero General o el Fuero Reducido de 1528 que no obtuvo la sanción real.

En tales épocas, lo más probable es que no existiese una auténtica intención de establecer un orden de prelación entre las fuentes normativas, sin embargo, para el citado autor “la ley escrita y la costumbre son ambas concurrentes y complementarias; ya que, en caso de incompatibilidad nadie dudaba de la prevalencia de la costumbre”⁴⁸, y tomando, además, como referencia las Cortes de Tudela de 1743 y 1744 se refuerza esta tesis porque tal como se recoge en su Ley 14 “aunque no tuviese ley que particularmente lo ordenase [al uso o a la costumbre] tendría eficacia de tal [el uso o la costumbre] *porque en el Reyno son de igual virtud las Leyes y las costumbres*”.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, encontrar una definición idónea o genérica a tal fenómeno no es sencillo por el propio desarrollo que experimenta el ser humano en el contexto social. Y conforme se avanza en su entendimiento el camino se torna cada vez más sinuoso con un horizonte lleno de incertidumbre. De esta forma, con el apoyo, una vez más, del profesor SANCHO REBULLIDA se pueden destacar unas notas que bien pueden considerarse elementales y no deben faltar en cualquier consideración que se tenga por buena en esta institución. Así, transcribiendo las palabras del citado autor “la costumbre supone una conducta generalizada, repetida y uniforme, en un medio social determinado territorialmente, o por otra cualificación determinante (profesional generalmente), cuyos miembros observan tal conducta como jurídicamente adecuada”⁴⁹ y obligada. De esta definición, se pueden extraer tres ideas que conforma los pilares de la estructura consuetudinaria.

El primero de estos pilares versa sobre el elemento externo, es decir, a los diferentes elementos fácticos que son meramente observables, voluntarios, libres y uniformes en un lapso de tiempo determinado. Se necesita para ello un elemento material, lo que se entiende por medio social que a su vez puede ser territorial o funcional. Cada acto conllevará aparejado

entendimiento, y sentencias de Fueros, Ordenanzas, usos y costumbres y estilos dudosos se asienten en un libro para que se juzgue por él [...]”, “Las leyes 3 y 6 del título 31 del libro 1º de la Novísima Recopilación, mandan guardar a las ciudades y villas sus usos y costumbres [...] prohibiendo en su ley 5 despachar mandamiento contra esos usos y costumbres” en LACARRA Y MENDILUCE, V., *Instituciones de derecho civil navarro*. Aranzadi, Pamplona, 1965, pág. 36-37.

⁴⁸ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en ob. cit., pág. 235.

⁴⁹ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos”, en *Revista jurídica de Navarra*, núm. 20, julio-diciembre 1995, pág. 16.

una solución jurídica para ser considerado costumbre y tal solución “debe ser la misma a lo largo del tiempo cada vez que se plantee en la práctica la misma situación de hecho”⁵⁰, por lo tanto, requiere una reiteración y una duración. En este sentido, cabe plantearse la cuestión de qué cantidad de veces y cuánto tiempo son necesarios para esta “reiteración y duración”; sin embargo, no es posible ofrecer una cifra concreta porque cada caso será diferente, variará dependiendo de la naturaleza del acto en cuestión y del oportunismo para ponerlo en práctica. De la misma forma, no existe cuantía para concretar el cese de la costumbre, sino que, este hecho, dependerá de la reacción de las personas ante la aparición de una concreta *quaestio facti* y que, de forma progresiva, dejen de reaccionar ante la misma. En suma, la duración en el tiempo (del elemento material o externo de la costumbre) no precisa de una cuantía determinada, bastando con que la conducta sea “uniforme, efectiva y continuada, espontánea y sin necesidad de una concreta antigüedad”⁵¹.

El segundo pilar del elemento constitutivo de la costumbre es el interno. Si bien la norma escrita posee de forma innata un carácter de obligatoriedad para el conjunto de la población, en la *consuetudo* se necesita que el grupo social le confiera tal facultad a través de un reconocimiento consciente y la convicción de que tal situación fáctica es una auténtica norma. Se trata de la *opinio iuris seu necessitatis*. Si una *quaestio facti* no posee *opinio iuris* no puede ser considerada fuente formal de derecho, sino que el tratamiento adecuado será el de un *uso* (social o convencional) que pueden ser invocados por una norma a modo de referencia; pero, y he aquí lo más relevante, su incumplimiento no acarrea responsabilidad jurídica, a diferencia de la norma que actúa con *opinio iuris*.

Finalmente, la estructura de la costumbre quedaría endeble si los dos elementos anteriores no conjugan con el tercero, el elemento relativo⁵². Este pilar contiene una rectitud superior en el criterio de justicia que emana de la conciencia de los individuos, se trata de una consideración racional, la balanza que equilibra el acto en sí con los principios

⁵⁰ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en ob. cit., pág. 251.

⁵¹ RUBIO TORRANO, E., “Ley 3” en VVAA (RUBIO TORRANO, E. & ARCOS VIEIRA, M.L. Dirs., *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*), Navarra, Aranzadi, 2002, pág. 33.

El *ius hereditarium*, transmitido de generación en generación, forma el uso en consonancia con la *quaestio facti* y que a su vez articula la costumbre porque esta transmisión es *in perpetuum*; es decir, no existe un número de casos concreto para que se entienda la costumbre constituida.

⁵² SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en ob. cit., pág. 252.

informadores del ordenamiento jurídico, propios de un estado democrático de Derecho donde se respetan los derechos humanos, el principio de legalidad, de democracia, de igualdad, etc., ya que, sin los mismos, no se podría concebir la idea de costumbre como fuente jurídica.

El ánimo de esta introducción al concepto de costumbre no pretende en absoluto ser una consideración genérica o estanca a tal concepto, sino más bien se persigue establecer unos criterios conceptuales que son tenidos en cuenta en la actualidad para comprender adecuadamente este fenómeno; sin perjuicio, de las diversas connotaciones que los expertos en la materia puedan ofrecer a la misma.

A continuación, se procede a analizar uno de los aspectos más importantes de la costumbre, su posición como fuente en el ordenamiento jurídico.

3. La costumbre como fuente normativa

Una de las herencias más significativas que nos han dejado los primeros códigos escritos es, sin duda, la rigidez de la norma escrita⁵³. La influencia francesa de la época es evidente, esto conllevó a que el tafallés GARCÍA GOYENA escribiese un proyecto de Código civil cuando fue Jefe de Gobierno en 1851 inspirado en el Código napoleónico, siendo éste el modelo a seguir por el legislador español al ser la fuente de inspiración por antonomasia. Así quedó definitivamente reflejado en el Código civil de 1888.

La mente del emperador Napoleón en 1807 se orientaba hacia la creación de un estado centralizado y unitario, es evidente que tal pensamiento se plasmó en un ordenamiento más racionalizado a diferencia de aquellos donde prevalece la voluntad autónoma.

De esta forma, la voluntad autónoma propia del ordenamiento foral navarro otorga a la costumbre una posición de privilegiada, por su dinamismo y pragmatismo. Tan solo hay que fijarse en la Ley 2 para percatarse de que la Compilación la sitúa como primera fuente, si bien actualizada por la reforma de 2019⁵⁴. Ahora bien, en el Código de 1888, de tintes tradicionales y racionalistas, la fuente primaria de derecho es la ley, por lo que, es natural

⁵³ “Si observamos los caracteres de la ley y de la costumbre, quizá lleguemos a la conclusión de que la costumbre es capaz de adaptarse a la sociedad como un guante de goma a una mano; mientras que la ley, a veces, asemeja a un guantelete de hierro, más duro y potente, sin duda, pero menos práctico y cómodo” en Sancho Rebullida, F. de A., “Ley 3” en ob. cit., pie de página 4, pág. 227.

⁵⁴ Ley Foral 21/2019 de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo. Publicada en el BON el 16 de abril de 2019.

preguntarse qué ocurre si unas acciones uniformes realizadas a lo largo del tiempo por la comunidad se contraponen a la citada ley, por considerarse más justas y aceptadas, aunque sean *contra legem*. En esta coyuntura, la lógica empuja a vaticinar que la práctica consuetudinaria se implanta progresivamente en detrimento de la “norma escrita” que pronto se sitúa en *desuetudo*, debido a que resultaría injusto aplicar a un caso concreto la ley que se “olvida” y a otros supuestos similares la costumbre adquirida.

Sin embargo, ambas fuentes (costumbre y ley escrita) no son en la práctica jurídica antagónicas entre sí, de hecho “la ley se propone ordenar de arriba abajo relaciones complejas y suplir la voluntad negocial; la costumbre surge para ordenar horizontalmente las relaciones más naturales y elementales en forma de práctica y adecuada”⁵⁵, por tanto, parece ser que bajo esta perspectiva, que la norma consuetudinaria se configura como una “bisagra” entre la voluntad popular y la naturaleza del Fuero Nuevo como fuente suprema (Ley 2), siendo a su vez este un ordenamiento muy pragmático.

Tras la actualización de 2019 se mantiene la referencia en la Ley 3 del FN a la prevalencia de la costumbre contra el derecho escrito (*contra legem*); empero, con esta reforma se hace una incorporación relativa a “la realidad social de Navarra” que posee una singular importancia por la relación que guarda ésta con la costumbre inveterada, su presencia es palpable aún en los valles pirenaicos, por ejemplo, en el Valle del Baztán existe como consecuencia de la tradición social, la unidad de las comunidades pastoriles en terrenos llamados “comunales” que se remontan al siglo XVII, siendo prueba de ello la “Ordenanza del Valle del Baztán XXXIV del año 1691 donde se refleja la antiquísima costumbre de hacer bordas y plantaciones, así como disfrutar de los bienes con su ganado solo para aquellos que tuvieran casa vecinal”⁵⁶. Por otro lado, la realidad social tiene como trasfondo, a su vez, la conciencia social de los ciudadanos que, basándose en las necesidades y la realidad de cada momento y ámbito territorial, hacen surgir de forma directa a la costumbre y aceptan la plenitud de su acervo.

⁵⁵ SANCHO REBULLIDA, F. de A, “Ley 3” en ob. cit., pág. 227.

⁵⁶ GARCÍA REDRUELLO, R. *Derecho consuetudinario en Vascongadas y Navarra (apuntes para un ensayo)*. Escuela Social de Madrid, Madrid, 1944, pág. 6.

Previamente se han venido ofreciendo algunas matizaciones a la costumbre en lo que respecta al FN, pero, dada la importancia que tal normativa tiene en la Comunidad foral, es adecuado realizar un análisis más profundo y reflexivo. La Ley 3 recoge literalmente:

“La costumbre establecida y asentada en la realidad social navarra, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito siempre que no se oponga a la moral o al orden público. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general.

La costumbre que no sea notoria deberá ser probada y alegada ante los Tribunales”.

Una de las primeras expresiones de tal Ley que llama la atención es, el denominado “Derecho escrito”, la cuestión está en extraer exactamente qué es Derecho escrito para la Compilación, no es un planteamiento baladí pues se sitúa a la costumbre por encima de éste. Lo más sensato parece ser incluir en este concepto a la norma emanada del Poder legislativo, ejecutivo; es decir, que la costumbre prevalece sobre los mandamientos emanados de cualquiera de estos poderes.

3.1. *Los límites de la costumbre*

En esta misma línea, la doctrina y jurisprudencia, como se verá más adelante, entienden que las expresiones “moral” y “orden público” plantean auténticos límites a la costumbre. El respeto a estos dos fundamentos, siempre desde el prisma jurídico, se establece como requisito para su prevalencia sobre la norma escrita. Se comprende que los límites cambian y evolucionan, pues en el sentido de estos requisitos no es diferente debido a que antaño las Leyes de Partidas hacían referencia al carácter “*rationalis*” de la costumbre en cuanto no deba ser contraria a la Ley de Dios ni al *pro-comunal* de las gentes, consideración que dista holgadamente de lo que se comprende hoy en día como límite moral y orden público (y en tal sentido con el nexo de realidad social). El requisito de carácter “*rationalis*” es para toda la existencia de costumbre, sin limitarse, por tanto, a la que es *contra legem*.

Para mayor comprensión del párrafo previo, deviene idóneo realizar unas anotaciones a ambos requisitos limitadores de la *consuetudo*.

A. Moral

En lo que respecta a la moral, si bien lo más apropiado sería enfocar a la ética, en palabras de SANCHO REBULLIDA “la conciencia y la responsabilidad es siempre individual, no

colectiva”⁵⁷ ; es decir, se sitúa a la conciencia como el ingrediente indispensable para configurar la moral pero que nace desde la abstracción individual. La moral a la que se enlaza la costumbre no es exclusivamente la confesional (o católica) en la actualidad, quedando ya obsoletos términos como “Ley de Dios”, aunque, tampoco es descartable dada la gran importancia de la religión en la sociedad y en los ordenamientos jurídicos españoles a lo largo del tiempo. Sin embargo, en estos tiempos, deviene en suma importancia la moral social, que una vez ha calado en la estructura social no será fácilmente alterable por los intereses particulares o pasajeros que ocasionen incertidumbre en las fuentes del derecho. Y es dentro de sus límites, donde los jueces y magistrados ostentan mayor margen de apreciación para comprobar si la costumbre es contraria a la moral.

Puede decirse que el concepto de moral es genérico y amplio, a diferencia del de justicia que es específico y particular. La justicia es un concepto limitado dentro de otro más amplio como es la moral. La justicia se traduce en la forma en cómo son tratados clases de individuos, pero muchas veces, la idea de justicia no agota ni mucho menos el ámbito de la moralidad. Por tanto, como afirmaba HART⁵⁸, la norma moral que sustenta la costumbre es mucho más difícil de variar o alterar de forma deliberada.

B. Orden Público

Por su parte, el orden público está irremediablemente influenciado por la política de turno y los principios que de ella se derivan, de esta forma, “se entenderá se oponen al orden público aquellas costumbres que disienten de los principios políticos del sistema imperante”⁵⁹. También es cierto, que un sector de la doctrina considera costumbres opuestas al orden público a aquellas que violan los principios constitucionales del art. 1.1 de la Constitución y de su DA primera. En ocasiones, el orden público navarro se relaciona con sus derechos históricos y originarios, donde el art. 2 de la LORAFNA manda guardarlos y respetarlos por todos los poderes públicos, teniendo en cuenta que las Leyes de 1839 y 1841 fueron adoptadas con la participación de dos órganos ejecutivos consiguiéndose con ello la supeditación del ordenamiento navarro al central.

⁵⁷ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en ob. cit., pág. 245.

⁵⁸ Cfr., ISOLINA DABOVE, M. “El concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart. Perspectiva tridimensional” en *Revista de Investigación y Docencia*, vol. 36, 2003, pág. 17.

⁵⁹ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en ob. cit., pág. 245.

Como añadidura, puede decirse que, en el momento que una norma consuetudinaria atente contra el orden público o la moral, la competencia para así declararla es de los Tribunales de justicia de forma exclusiva.

C. Notoriedad de la costumbre

En el apartado final de la Ley 3 del FN se hace alusión a la notoriedad de la costumbre, este es un concepto particularmente complejo y difuso que, en ocasiones puede plantear un auténtico límite a la misma, principalmente porque la notoriedad se va a basar en criterios subjetivistas, concretamente en la cualidad del individuo de conocer, conocer parcialmente, o no conocer la costumbre en el ámbito social en que se observa, por tanto, es una “cualidad del individuo y no un atributo de la norma consuetudinaria”⁶⁰; de esta manera, corresponde al juzgador decidir sobre si se da o no la notoriedad, donde operan los principios *iura novit curia y dabo tibi ius*, dispensando a la parte de su alegación y prueba al ser notoria. En el caso de que no sea notoria, la mencionada Ley establece de forma obligada su alegación y prueba, articulándose como un incidente procesal, pudiéndose utilizar para tal fin todos los medios admitidos en derecho.

3.2. Clases de costumbre

En la actualidad existen diversas clases de costumbre. Por ello, es necesario recoger en este análisis aquellas que ostentan una especial relevancia por su relación con el resto del ordenamiento o bien, por su ámbito de manifestación.

A. Por su relación con el resto del ordenamiento jurídico:

Estas costumbres, pueden ser a su vez de tres tipos: *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*, a estas últimas se dedicará una especial mención en el apartado siguiente.

1. Aquellas denominadas *secundum legem*, se materializan cuando la interpretación de la costumbre a una determinada norma deviene obligatoria, tal interpretación puede referirse también a otra norma consuetudinaria.
2. Las *praeter legem*, al menos en el ordenamiento navarro, se refieren a aquellas que no pierden vigencia por no existir una ley que las haga innecesarias.

⁶⁰ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en ob. cit., pág. 258.

B. Por su ámbito de manifestación:

Por su parte, según el ámbito de manifestación, la costumbre local se fundamenta sobre todo en el empirismo, a través de la experiencia. Esto conlleva como síntoma que una costumbre genérica aplicada en una localidad que no la observa, atenta al fundamento propio de la costumbre, “no es posible acreditar una práctica a una sociedad que no la reconoce”, incluso aunque en tal sociedad no existiere norma consuetudinaria local por no existir un uso reiterado y consecuentemente, no existe reconocimiento de *opinio iuris*⁶¹. Además, es peligroso exportar-importar una práctica genérica de zonas concretas (y con cualidades particulares) a otros lugares con diferentes demografías, economías, usos particulares, etc. De esta forma, la costumbre local debiera ostentar en el laberinto normativo una cualidad de preferencia ante cualquier otra *consuetudo* o norma escrita, tal como se menciona en el último epígrafe del primer párrafo de la Ley 3 del FN.

Quizá lo idóneo, como decía el profesor ALBALADEJO sea, que la “prueba de la costumbre se entiende realizada para cualquier lugar de un cierto territorio cuando se demuestre que rige generalmente en aquél en que está enclavado el lugar donde se pretende que sea aplicada”⁶².

3.3. *La costumbre contra legem*

La costumbre *contra legem* es una consecuencia directa de ubicar a la costumbre como la primera fuente de Derecho en el Ordenamiento civil navarro. Estas costumbres adquieren más relevancia por ser, además, una cláusula nombrada en la Ley 3 del FN; es decir, la prevalencia de la costumbre sobre la ley se refiere a las diversas modalidades de ésta (dispositivas, imperativas y prohibitivas), lo que plantea la duda de si tal ley es la norma escrita navarra o se refiere a las del conjunto de la Nación. En este sentido, la doctrina se encuentra dividida, en palabras de ARREGUI GIL “lo anómalo es la inmisión en su ámbito [de

⁶¹ A pesar de esta afirmación, es necesario expresar que la doctrina se encuentra dividida. Una postura se orienta a indicar que la costumbre que se practica en un lugar (local) tiene la consideración de local, incluso si fuese de ámbito general, de esta forma cuando la costumbre es observada por la jurisprudencia, aunque sea genérica puede ser aplicada a un lugar y caso concreto. Sin embargo, parece más acertada la otra postura que no considera implantar una costumbre genérica allí donde no es observada, porque no es función de la costumbre regular en territorios que pueden rebasar los límites de su fundamento existencial, sino más bien regular cuestiones donde es observada, donde la *opinio* es auténtica entre los sujetos.

⁶² OLIVER SOLA, M.^a C., *La costumbre como fuente del Derecho navarro*. Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Pamplona, 1991, pág. 74.

la costumbre] de las leyes generales; los derechos forales autóctonos poseen sus propios principios y fuentes”⁶³, por tanto, la costumbre contra ley no se limita a la ley navarra sino a cualquiera que esté vigente en la Comunidad ⁶⁴; en cambio, DE PABLO CONTRERAS afirma sobre la prevalencia de la costumbre “la costumbre prevalece sobre las leyes forales civiles; sobre las normas. Estatales que constituyen el derecho supletorio del derecho civil de Navarra, aunque no haya ejercido su potestad legislativa en la materia; [pero no prevalece la costumbre] frente a leyes civiles dictadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias exclusivas; ni frente a las normas escritas forales no civiles...”⁶⁵, y en este sentido, “la costumbre, por su propia esencia y naturaleza, sólo puede ser norma, principal o supletoria donde se observe; donde no, no hay norma alguna invocable”⁶⁶. En base a esta consideración, podría entenderse que el problema es más bien de atribución de competencias entre el Estado y la Comunidad foral.

Al foráneo del derecho navarro, le debe llamar poderosamente la atención esta cláusula *contra legem*, mas hay que tener en cuenta que la primacía de la costumbre es una realidad asentada en Navarra y resulta difícil comprender que la ley pudiese estar por encima de la misma; comprender esto es comprender las tradiciones arraigadas que ofrecen equilibrio al principio de justicia, obviar esa realidad sería cuanto menos, una injusticia. En este sentido, ¿qué fuente elegiría el juez cuando la *lex scripta* deviene insuficiente para el litigio?, pues quizá la mejor fórmula sea elegir aquella norma que tiene como fuente la comunidad en que se aplica; es decir, la costumbre. Es esta la que alberga el Derecho natural como base primigenia encargada de cubrir los vacíos legales, ofreciendo coherencia en las respuestas que se dan al conflicto.

El derecho histórico navarro, como ya se sabe, es amparado por la Constitución, pero pueden plantearse ciertas dificultades aún en el momento de encajar instituciones tradicionales navarras dentro del sistema constitucional actual, por ejemplo, en lo referido a los hijos matrimoniales y no matrimoniales, aunque, al parecer, se han intentado enmendar

⁶³ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en ob. cit., pág. 255.

⁶⁴ Se puede mencionar en relación con este aspecto, la Ley 6 del FN que sitúa a la norma española como supletoria.

⁶⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. de, & MARTINEZ de AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de derecho civil navarro*. TOMO I, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1990, pág. 145.

⁶⁶ *Idem*.

estas desigualdades mediante la LF 21/2019 de actualización del FN teniendo en cuenta la realidad social⁶⁷.

Sin perjuicio de estas posturas, existen unas razones muy específicas de inmisión del Derecho común en el Derecho foral navarro, estas razones son respecto de la costumbre contra ley.

- A. Cuando la solución foral al problema pueda originar una cuestión inmoral.
- B. Porque la solución foral afecte al orden público interno del conjunto de la Nación.
- C. Porque la ley del Estado ofrezca unas cualidades favorables para la particularidad del territorio foral.

En estos casos, la costumbre perderá tal prerrogativa *contra legem*.

3.4. STS (Sala de lo Civil), de 29 de abril de 1972

Para corroborar jurisprudencialmente lo mencionado previamente, se ha analizado esta sentencia del TS en la que fue ponente D. MANUEL TABOADA ROCA⁶⁸, que a pesar de ser una sola sentencia los Tribunales de instancias pueden apoyarse en ella. El caso, trataba sobre la demanda que interpone el actor frente al testamento que instituyen los demandados, por considerar que la institución hereditaria que el mismo contenía es ineficaz y, por tanto, el conjunto testamentario debería considerarse nulo. Tanto el tribunal de instancia como de apelación desestiman la pretensión, dando la razón a los demandados, llegando el asunto hasta el TS. Precisamente, el litigio versa sobre una cláusula testamentaria que dispone que “Del remanente de todos sus bienes, instituye herederos a los hijos de los hermanos... y si fallecen los hermanos sin hacer designación, intervendrá en nombre del fallecido un pariente más próximo de los hijos...”⁶⁹; es decir, se dispone en el testamento una peculiaridad del derecho navarro, desarrollada por la costumbre, como es la facultad de delegar en otros la elección de los herederos. Este es el argumento que utiliza el tribunal de instancia para

⁶⁷ En este sentido, la STS de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), núm. 11/2014 de 9 de septiembre, en su Fundamento Jurídico Quinto expresa: “La Ley 272 del FN discrimina a los hijos matrimoniales respecto a los no matrimoniales contra el mandato constitucional de igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación y no es acorde a la actual realidad social de la familia”, por ello, para paliar tal discriminación se debía realizar una corrección judicial mediante la “interpretación normativa que haga extensiva la limitación dispositiva legal a los hijos no matrimoniales”.

⁶⁸ Esta sentencia se encuentra en la base de datos de jurisprudencia de Aranzadi Instituciones, con la referencia RJ/1972/2018.

⁶⁹ Considerando Primero en STS de 29/4/1972.

desestimar la demanda de nulidad, aseverando así que tal costumbre está vigente y es muy común en la práctica y tráfico jurídico, probando, por tanto, que es notoria.

La parte demandante que impugna esta sentencia no construye adecuadamente su fundamento, al basar en casación su alegato en una cuestión de hecho y no de Derecho, porque no aporta una norma que vincule al juzgador donde se especifique la norma que se debe aplicar para así, dejar de lado la costumbre. Es más, el TS afirma que “hay que tener en cuenta que en Navarra constituye una fuente de derecho la costumbre en cualquiera de sus formas, incluso ‘*contra legem*’, por lo que, si por costumbre viene usándose [la fórmula especial navarra] de delegar en otros la elección de heredero, resulta evidente que el testamento que tal cláusula contenga, no ha incurrido en causa de nulidad, sino antes bien, se ha atemperado a una cláusula consuetudinaria vigente”⁷⁰.

Finalmente, el TS falla desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia, validando esta fórmula especial basada en la costumbre. Utiliza para ello un argumento muy convincente: la doctrina seguida por este Tribunal es acorde a los proyectos de Compilación de Derecho Civil de Navarra⁷¹, que recogen la realidad de costumbres muy arraigadas. Por ello, pueden deducirse las siguientes ideas relativas a la costumbre:

- A. Se reconoce la costumbre contra ley por el TS.
- B. El reconocimiento es respecto del conjunto del derecho privado vigente en Navarra.
- C. Se reconoce por el TS que la costumbre es la primera fuente de derecho privado.

3.5. *Costumbre y uso*

La reforma del TP del Código civil estudiada previamente, trae consigo la incorporación como costumbre de aquellos usos que no sean meramente interpretativos. Esta consideración genera cierta controversia porque hay que determinar cuándo un uso puede ser jurídico o normativo, de esta forma, ¿la *opinio iuris* que albergan estos usos es suficiente para considerarse jurídica o de obligado cumplimiento? Para contestar adecuadamente a

⁷⁰ Considerando sexto en *Ibid.*

⁷¹ Como resulta evidente, esta sentencia fue dictada en fecha anterior a la promulgación del Fuero Nuevo o Ley 1/1973, de 1 de marzo, pero que ya preveía el arraigo de las costumbres en la Comunidad foral, utilizando argumentos como “la [incidencia] que la costumbre de siempre ha tenido en nuestro Derecho foral...”.

todos los interrogantes, es necesario asumir que lo fundamental son las funciones que los usos cumplen, aquéllas que se les atribuyen. Por tanto, resulta evidente que la diferencia con la costumbre estriba en que los usos “necesitan” de otra norma que les atribuya la funcionalidad, mientras que la costumbre es norma y fuente de normas por sí misma. Aunque, parece ser que el legislador ha querido atribuir tal consideración de costumbre a los usos en el art. 1.3, párrafo 2 del TP debido a la desconfianza que genera la ley como herramienta para solventar todos los conflictos; es decir, ha ampliado la fuente normativa hacia los usos siendo condicionados por los mismos límites que la costumbre.

Por su parte, el denominado uso convencional puede ser considerado como el elemento fáctico que configura la costumbre. En el ordenamiento navarro los usos manifiestan relevancia en el tráfico jurídico, por lo que puede comprenderse que en este ordenamiento operan tres formas de uso.

- A. El primer uso es aquel que interpreta la voluntad, mas no altera la voluntad del sujeto; estos son los usos interpretativos.
- B. El segundo uso es aquel que crea, modifica o extingue un derecho real previo, necesitando de esa base jurídica; estos son los usos constitutivos.
- C. El tercer uso es aquel que se formaliza como fuente secundaria por atribución del FN; estos son los usos “normativos”.

De esta forma, puede plantearse la cuestión relativa a la consideración del uso normativo (carente de *opinio iuris*) como elemento normativo y consecuentemente con eficacia normativa; esto por lo general, no es asumible en el ordenamiento navarro porque es sumamente necesaria la presencia de la *opinio iuris*, por lo tanto, no obligan a su cumplimiento y su incumplimiento no acarrea responsabilidad jurídica alguna⁷².

3.6. *Funciones de la costumbre*

Conforme se progresa en el presente estudio, surgen casi de forma automática aspectos que merecen ser tratados y comentados. Además, este apartado persigue la finalidad de mencionar sucintamente las funciones que puede ostentar la costumbre, siempre referida al FN, porque en tal Compilación aquélla puede ser considerada de varias formas,

⁷² Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P. de, & MARTINEZ de AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de derecho civil navarro*. TOMO I, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1990, pág. 149.

dependiendo del prisma desde donde se enfoque la institución. Tras una primera aproximación, y sin ánimo de ser reiterativo, la costumbre ostenta la función de fuente normativa⁷³, cuya primera mención aparece en el Preámbulo de esta norma, aunque se materializa en la Ley 3. Sin perjuicio de esta capacidad, en ciertas ocasiones es la ley la fuente originaria de Derecho pero que se remite a la costumbre con la finalidad de complementar o completar lo dispuesto por ella.

Avanzando en las Leyes de la Compilación, pronto surgen aspectos bastante llamativos, por ejemplo, cuando la costumbre puede equipararse a título de atribución de un derecho específico; la costumbre que “atribuye” es observada con *opinio iuris* entre los sujetos de la relación que configuran el negocio jurídico de que se trate, pero no lo es así entre la generalidad. Ejemplos de esta función serían, entre otras, la Ley 380 (referida al régimen de las “corralizas”) ⁷⁴ donde la costumbre equivale al título y no a fuente de tal derecho; la Ley 371 (referida a la comunidad de bienes y derechos)⁷⁵ en defecto de título, se rigen por los usos y costumbres articulándose éstos como título de atribución.

Por su parte, cuando existen carencias e insuficiencias en la voluntad de los sujetos, la costumbre adquiere una función integradora⁷⁶. Por otro lado, cuando existen ambigüedades en los negocios, ésta adquiere una función interpretativa. Para que la norma consuetudinaria ostente estas facultades, debe ser ésta la que directamente integre o interprete el negocio, de lo contrario será de aplicación la ley como primera fuente, pudiendo con posterioridad remitirse a la costumbre.

⁷³ Sin perjuicio de tal función, gravitan en torno a tal consideración doctrinas que se postulan contrarias a considerar a la costumbre como fuente, influenciadas por el legalismo más acuciente y como apéndice del mismo, el positivismo jurídico. De esta forma, bajo las consideraciones de las nacionalidades del siglo XVII y XVIII, es necesario que el legislador apruebe la costumbre de forma tácita o expresa para su reconocimiento.

⁷⁴ La “corraliza” se regirá por el título y los usos. Y, en su defecto, por la costumbre local o general [...].

⁷⁵ Merece mencionar a colación de lo expresado, un extracto de la SAPN (sección 2) de 10 de noviembre de 1992, de donde se comprende que la costumbre puede atribuir a una acción, voluntaria y sin forma determinada, la función de título “la ausencia de capitulación matrimonial o testamento, no es óbice para que el título de constitución [acogimiento a la Casa] pueda ser de *otra disposición, fruto de la autonomía de la voluntad, como fuente de obligaciones y derechos*, sin que deba revestir una determinada forma para su válida eficacia. Existe una acción, que la misma se configura como el *título que está atribuyendo*.”

⁷⁶ En el sentido de la función integradora (función *praeter legem* de la costumbre), se conciben: 1. La autointegración mediante la cual, la laguna legal queda cubierta recurriendo a otros preceptos normativos y/o principios jurídicos del propio ordenamiento jurídico. 2. La heterointegración mediante la cual, la laguna legal queda cubierta mediante la remisión a un ordenamiento jurídico diferente, utilizando para ello la técnica de la remisión o reenvío. Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A. “La costumbre en el ordenamiento jurídico. La integración de las lagunas legales”, en *Anales De Derecho*, vol. 20, 2002, pág. 7.

A fin de complementar los razonamientos anteriores, es preciso analizar las posturas jurisprudenciales en lo referente a la costumbre y su operatividad. Al considerarse a la costumbre como fuente jurídica, el elemento de su legitimidad cobra fuerza en el momento en que es observada y aplicada por los tribunales. Por tanto, se procede a estudiar una serie de sentencias que arrojan luz al tema objeto de estudio.

4. Estudio jurisprudencial de la costumbre

4.1. STS (Sala de lo Civil), de 19 de enero de 1987

Esta sentencia, a pesar de su antigüedad, sirve como marco introductorio para el estudio de este apartado, principalmente porque matiza ciertas características de la costumbre que deben tenerse presentes.

El TS realiza un análisis relativo a una operación de fianza realizada por uno de los cónyuges del matrimonio, en favor de tercero. La controversia radica en determinar si esta operación de fianza realizada de forma unilateral por el marido afecta a la sociedad conyugal de conquistas en su conjunto. Tanto en primera instancia como en apelación, los tribunales consideran que no es exigible la responsabilidad derivada del afianzamiento con los bienes de conquistas del matrimonio.

En esta misma línea, la entidad financiera perjudicada por la decisión de los tribunales *ad quo*, formula el recurso de casación. El TS argumenta que es requisito *sine qua non* el pleno consentimiento de la mujer para que el afianzamiento produzca efectos en los bienes comunes, y esto es así, con independencia de que el afianzamiento sea mercantil o de cualquier otra naturaleza y sean comerciantes o no aquellos que otorguen este tipo de garantías. Añade el Tribunal, que estos actos cuando son adoptados de forma unilateral no son inoficiosos, sino que las responsabilidades que puedan surgir de ellos se ceñirán únicamente al patrimonio privativo del cónyuge que los haya adoptado, sin incidir en el patrimonio común.

Además, este Tribunal expresa que, para poder anteponer la costumbre de una zona específica a las Leyes de la Compilación, es necesaria la prueba de tal costumbre: “[f]alta nada menos en autos que la prueba de esa costumbre, lo que como tal circunstancia de hecho ha de acreditarse en autos [y no en casación por ser una cuestión nueva] ya que de lo

contrario, supondría la indefensión de la contraparte que no tuvo ocasión de redargüir el argumento⁷⁷.

Por lo tanto, puede extraerse de esta sentencia que la prueba de la costumbre es un requisito necesario para su adecuada aplicación, máxime cuando se trata de una costumbre no notoria. Además, su existencia debe ser probada en la fase de autos del proceso, de lo contrario, su acreditación posterior puede ocasionar indefensión en la contraparte, por lo que no será tenida en cuenta por el tribunal.

4.2. *STSJ de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección Única), núm. 42/2003 de 30 de septiembre*

En esta sentencia, el litigio versa sobre la separación conyugal contenciosa de un matrimonio de etnia gitana. Este matrimonio tiene dos hijos, un varón de siete años y una mujer de cuatro, respectivamente; y se plantea la controversia sobre si la guarda y custodia debe ostentarla la madre o el padre. Ahora bien, la etnia gitana tiene unas normas propias entre las que figura una específica relativa a la atribución de custodia de los hijos comunes en caso de crisis conyugal, por la que se atribuye la custodia de las hijas a la madre, y de los hijos al padre. Esta concreta “norma” plantea al Tribunal de instancia la duda de si la misma debe ser considerada como “costumbre” en la Comunidad foral. En base a sus deliberaciones, este tribunal llega a la conclusión de que, para ser considerada como costumbre, una norma debe poseer de forma innata un contexto territorial; una cualidad que la norma gitana no posee porque el FN reconoce como costumbre a los usos locales o generales, que además, como se argumenta en el fundamento jurídico segundo “sin que los usos de corporaciones o grupos sociales o religiosos tengan reconocidos por sí mismos la categoría de costumbre en el derecho foral navarro”. Además, es necesario, que la norma consuetudinaria sea uniforme y reiterada en el tiempo, características que, una vez más, no se aprecian en la norma gitana al ser más bien su práctica una situación circunstancial⁷⁸. Así mismo, es requisito de la

⁷⁷ STS (Sala de lo Civil), de 19 de enero de 1987, F.J. 9.

⁷⁸ En este mismo sentido, el TSJ de Navarra en su sentencia de 8/11/1993 (RJ 1993/9785), analiza la posible existencia de una costumbre relativa a otorgar por parte de los tribunales una determinada cuantía mínima de indemnización, establecida por RD de 23/12/1988, cuando existen casos de fallecimiento derivados de responsabilidad extracontractual. El Tribunal deja claro que para reconocer la existencia de una costumbre es necesario “el uso repetido, constante, uniforme y generalizado en el medio social o funcional en que se produzca y la *opinio iuris* de estar observando una norma jurídica existente” (F.J. 3 ap. a); en base a esta consideración, la mencionada práctica indemnizatoria que realizan los tribunales es solo un uso forense carente de *opinio iuris*, de tal forma que no puede ser considerada costumbre.

costumbre que no sea contraria a la moral ni al orden público, por lo que se valora si esta norma gitana puede plantear una contradicción con el interés superior del menor (interpretación que debe analizarse desde el prisma del orden público), porque se entiende que separar a los hermanos no favorece la protección de la familia y atenta al principio civil del *favor filii*.

Por tanto, a colación de lo anterior el tribunal se plantea, de existir la costumbre gitana, si debe primar la separación de los hermanos a cada uno de los padres (según sean hombre o mujer), o bien si debe regir el principio general de Derecho civil, tanto estatal como navarro, de no separar a los hermanos, debido a que la situación de conflicto familiar no debe ser tomada en consideración frente al principio del *favor filii*, siendo más beneficioso para los hermanos si viven juntos⁷⁹.

Por todo lo dicho anteriormente, el tribunal concluye que la norma gitana no puede asimilarse a costumbre, de hecho, de hacerlo, sería tanto como “reconocer a dichos grupos una capacidad normativa de la que carecen y porque la costumbre alegada carece de sus caracteres propios”. De esta forma aplica el tribunal resuelve aplicando el art. 92 del Cc., es decir, la normativa común, fundamentándose en el superior interés del menor y en la no separación de los hermanos.

Para reforzar este análisis, es interesante añadir la aportación realizada por RUIZ de la CUESTA CASCAJARES, R., a modo de voto particular en la presente sentencia. Este magistrado considera que “para que pueda tener valor normativo como tal, frente a ley escrita, debe ser local [Ley 3, apartado 1, inciso 2 del FN] y ostentar el carácter de generalidad por lo que se excluye la admisión como costumbre de etnias o grupos sociales”⁸⁰.

⁷⁹ Sin perjuicio de esta consideración, la Ley 71 del FN, establecida por la LF 21/2019, establece que: “Cuando cualquiera de los progenitores solicite la decisión del juez sobre el ejercicio de la guarda y cuidado diario de los hijos menores, aquel podrá acordar la modalidad de guarda más conveniente para el concreto interés de cada uno de los menores, ya sea esta compartida entre ambos progenitores o ‘individual de uno de ellos’” y para llevar a efecto lo dispuesto por esta Ley, se deberá tener en cuenta, entre otras cosas, “la capacidad parental, la relación existente entre los progenitores y la vinculación que los menores hayan establecido con cada uno durante la convivencia”, tal como establece el ap. 2 del párrafo segundo de esta Ley Foral. Por tanto, parece ser que la regla no se fundamenta en una estricta convivencia entre los hermanos, sino en la “valoración” de las circunstancias que se aconsejen en la distribución de los menores en las funciones de la patria potestad.

⁸⁰ Voto Particular realizado por Don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares en TSJ de Navarra (Sala de lo civil y Penal, Sección Única), núm., 42/2003 de 30/09/2003.

Por tanto, la principal aportación de esta sentencia consiste en establecer que la costumbre seguida por un grupo étnico en Navarra no tiene la consideración de costumbre como fuente del Derecho navarro.

4.3. *STSJ de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), núm. 168/2013 de 21 de marzo*

Es necesario señalar respecto de esta sentencia, que la costumbre en el ámbito administrativo tiene menor incidencia que en el ámbito civil. No obstante, aporta ciertos aspectos que se deben tener en cuenta respecto a esta norma.

En este supuesto, se analiza la costumbre relativa a la actuación como secretario en la Mesa de Edad⁸¹ del miembro de la Mesa de menor edad en el municipio navarro de Arlegui. En el fundamento jurídico tercero se da una definición al fenómeno consuetudinario “la costumbre es la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en estos actos obedece a una razón de *opinio iuris* con alcance de la racionalidad jurídica [...]”. La parte apelante defiende que, por *mor* de la costumbre, para actuar como secretario de esta mesa se ha de ser el miembro electo de menor edad; sin embargo, la constitución de la misma se había realizado sin la observancia de tal circunstancia. La parte apelante, se dirige al TSJ de Navarra para que dictamine si esta Mesa ha sido válidamente constituida sin haber observado la costumbre referida previamente, o si por el contrario no se da tal costumbre.

De esta forma, el tribunal expresa que, de la prueba acreditada no se puede establecer la existencia de costumbre porque es requisito para la misma, que sea reiterada en el tiempo y simplemente fue en una ocasión, en el 2003, donde en la constitución de la Mesa de edad actuó como secretario electo el miembro de menor edad, por tanto, no se puede considerar que exista en el Concejo de Arlegui esta costumbre.

⁸¹ La Mesa de edad es, según el Diccionario del español jurídico: “Presidencia colegiada provisional de una cámara parlamentaria formada por el parlamentario electo de mayor edad, que preside, y los dos, o más, diputados electos más jóvenes, que actúan como secretarios. Se trata de un órgano temporal que actúa durante el procedimiento de constitución de una cámara u órgano parlamentario, durante la sesión constitutiva y hasta la elección de la mesa definitiva” en Diccionario del español jurídico, www.dej.rae.es. Así mismo, la Mesa de edad está contemplada en el art. 195 de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Así mismo, añade, que la Sala Tercera del TS ha especificado que para que exista costumbre como fuente normativa, es indispensable su prueba⁸². Esta cualidad no es aplicable completamente en Navarra, porque como ya se ha expuesto, opera el principio *iura novit curia* en el caso de que la costumbre sea notoria (párrafo 2, Ley 3).

4.4. SAP de Navarra, (Sección 1.ª), núm. 195/2011 de 13 de septiembre

En la presente sentencia analizada, el litigio versa en torno a “la ponderación del interés entre el derecho de una persona a conocer su filiación y el derecho de la madre biológica a la ocultación de su identidad”. En este caso, se personan el Gobierno de Navarra y el Ministerio Fiscal como parte demandada. En primera instancia, se reconoce el derecho del demandante a conocer su historial de adopción y con ello la información de su madre biológica. La otra parte, no está conforme con esta resolución, por tanto, interpone recurso de apelación.

Ahora bien, como parte apelante y para fundar su apelación, el Gobierno de Navarra sostiene que no se debería otorgar la información médica ni la identidad de la madre porque en la Comunidad foral prima el FN y no el Derecho común, donde la costumbre ostenta la posición de ser fuente primigenia del derecho; concretamente la costumbre que defiende el Gobierno versa en el uso repetido, conforme y generalizado de ocultación de la identidad materna, principalmente cuando la madre decidía dar en adopción a un hijo. Además, esta parte considera que, facilitando esta información, se atenta contra el derecho al honor y a la intimidad de la madre, recogidos estos principios en el art. 18 de la CE.

Por su parte, la Audiencia que conoce de la apelación fundamenta el aspecto consuetudinario de una forma muy clara, “pese a las afirmaciones del recurrente [G. de Navarra] no existe ninguna prueba, por lo que, no existiendo notoriedad de esa costumbre amparadora de un derecho oponible, ni prueba ante los tribunales de la misma, debe rechazarse la alegación realizada”⁸³. Añade, en relación con esta afirmación que, incluso, si se entendiese acreditada la existencia de esta costumbre, ello no supone que la madre biológica ostente un derecho a mantener en todo caso oculta su identidad. Además, le otorga

⁸² Resulta llamativo este hecho pues el Código civil no diferencia entre costumbres notorias y no notorias, sino más bien, establece la prueba para la costumbre alegada (art. 1.3, primer párrafo *in fine*).

⁸³ Fundamento jurídico tercero, ap., A) *in fine*, en SAP de Navarra, (Sección 1.ª), núm., 195/2011 de 13/09/2011.

más peso al derecho del hijo a “conocer sus orígenes biológicos como un derecho fundamental, ínsito en la personalidad (art. 10 CE) que aparece como un derecho civil en los arts., 180.5 y 180.6 del Cc.

Es evidente, tras la argumentación realizada por la AP, que se debe reconocer al ciudadano el derecho que ostenta respecto a su información biológica y antecedentes genealógicos, sobre todo, cuando la costumbre que se utiliza para fundar la posición contraria no queda acreditada. Con ello, la Audiencia señala que es muy necesaria la prueba de su reiteración en el tiempo, así como de la *opinio iuris*, máxime cuando carece de notoriedad. No obstante, los tribunales vuelven a reconocer a la costumbre como fuente primigenia de derecho, incluso *contra legem*, al afirmar que “si bien es cierto que la costumbre conforme a la Ley 2 es fuente primigenia del derecho, y que la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contraria a la ley prevalece sobre el derecho escrito...”⁸⁴.

4.5. SAP de Navarra, (Sección 3.ª), núm. 82/2016 de 18 de febrero

En esta sentencia de la Audiencia, relativa a una compraventa de grano, intervienen dos elementos relevantes como son el agente comisionista y el acuerdo telefónico por el cual queda formalizado el contrato. Son relevantes porque esta formalización del contrato va a depender del momento en el que el agente alcanza un acuerdo entre las partes, siendo esta circunstancia la práctica consuetudinaria en este sector.

El litigio surge cuando la parte apelada (en primera instancia demandante) como parte vendedora, pone a disposición de la parte compradora la primera entrega del grano, presuponiendo que el contrato se había formalizado. Por su parte, la parte compradora remite contestación rechazando el envío de la otra parte, aduciendo la inexistencia del contrato. Como puede verse, la cuestión radica en comprobar si efectivamente el contrato quedó formalizado o no. Por tanto, la parte apelante fundamenta el recurso en el posible error en la apreciación de la prueba y la indebida aplicación de la doctrina legal.

La Audiencia, en el fundamento jurídico tercero, señala que “la costumbre en el sector es la contratación por medio de agente comisionista y por vía telefónica [...], en la que el comisionista alcanzado el acuerdo telefónicamente remite minuta a cada una de las partes, la cual se considera el contrato”. El día 6/2/2013 el vendedor envía, tras la recepción de la

⁸⁴ Fundamento jurídico tercero, ap., A) *ad initium*, en *Ibid.*

correspondiente minuta por parte del agente, un fax estableciendo las bases del contrato, disponiendo en la condición de venta primera que “todas las estipulaciones contenidas en el mismo son conformes y aceptadas”. La otra parte, ante el fax recibido, no está conforme y remite así mismo contestación en fax, pero que, al parecer no fue recibido por el vendedor (quedando formalizado el contrato de forma tácita), además, la sentencia de instancia estima que “el envío de fax es insuficiente para acreditar que el contenido del contrato sea el que afirma la parte compradora”. Así mismo, la novación del contrato realizada por la parte vendedora se considera sobre elementos accesorios del mismo, quedando el contrato principal inalterado y obligado para el cumplimiento por la parte compradora.

La aportación que realiza esta sentencia, se comprende en el sentido de que la costumbre, en ciertos sectores, como ya afirmaba SANCHO REBULLIDA “supone una conducta generalizada, repetida y uniforme, en un medio [...] determinado territorialmente, [o] (profesional generalmente)”⁸⁵, de esta forma, la norma consuetudinaria puede dar forma a la validez y perfección de los contratos (en este supuesto en el ámbito mercantil), cuya práctica profesional consiste en llegar a un acuerdo por parte del agente, en representación de las partes y, a la vez, les remite la minuta. Y esto se entiende como la formalización del contrato.

Aunque se refiera a una costumbre o uso que opera en el ámbito mercantil, la relevancia de esta sentencia radica en haberla aceptado, efectivamente, como reguladora de la aceptación de un contrato mercantil celebrado en Navarra a través de medios telefónicos y telemáticos.

4.6. *STSJ de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal), núm. 1/1992 de 12 de marzo*

En el presente caso, relativo a un contrato de arrendamiento urbano, en el que se planteaba un conflicto consistente en determinar cuál era la norma aplicable en el supuesto de utilizar la cosa objeto de arrendamiento, para un uso distinto del estipulado contractualmente. En este caso concreto, la parte demanda no realizó ningún tipo de actividad económica en el local que le fue arrendado, siendo precisamente el desarrollo de actividad

⁸⁵ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos”, en *Revista jurídica de Navarra*, núm. 20, julio-diciembre 1995, pág. 16

económica el objeto del contrato. Así mismo, se plantea qué acciones pueden ejercitar los arrendadores ante el supuesto de incumplimiento⁸⁶.

El tribunal admite, una vez más, que en lo que respecta a los arrendamientos de cosas, se rigen por lo pactado, por los usos y costumbres del lugar, tal como establece la Ley 587 del FN; es decir, se atribuye una posición privilegiada a los principios de “paramiento fuero vienze” y libertad civil de las leyes 7 y 8 de esta Compilación⁸⁷, incluso, situándolos como fuente de derechos y obligaciones, por encima de la costumbre. Las disposiciones de la Compilación, entiende el tribunal, deben situarse de forma supletoria siempre que no contradigan las disposiciones especiales que sean de aplicación en Navarra.

De esta forma, el tribunal no aprecia pacto al respecto del arrendamiento, ni tampoco costumbre que pueda aplicarse al supuesto. Así, la norma que rige el proceso es la ley especial o LAU, más concretamente y que es la que utiliza el tribunal para dirimir el conflicto. En todo aquello que no sea contemplado por tal norma especial, se aplicarán las disposiciones del FN, siempre que éstas no se opongan a la citada norma especial.

Efectivamente, esta sentencia indica que la costumbre debe emplearse para configurar las disposiciones de un contrato de arrendamiento, si bien teniendo en cuenta lo que establezca la autonomía de la voluntad. Así mismo, se indica que debe ser utilizada con el fin de establecer cuáles son las responsabilidades por el incumplimiento de este contrato, quedando acreditada su función de fuente interpretativa y normativa de tales instrumentos jurídicos, desplazando con ello a las disposiciones de la Compilación y de la normativa común.

Finalmente, la Sala resolvió que, al no existir costumbre en este sentido, se deben aplicar las normativas de la ley especial y supletoriamente las de la Compilación y consecuentemente el arrendatario tiene una justa causa para el cierre del local, debido a su inadecuación a las condiciones pactadas.

⁸⁶ El TSJ de Navarra estudia, tanto el incumplimiento del objeto del contrato, como las posibles acciones, bajo la perspectiva del Cc., concretamente en los art. 1555.2 y 1556.

⁸⁷ Cfr., Fundamento Jurídico Cuarto en STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), núm., 1/1992 de 12 de marzo.

III. EL TESTAMENTO DE HERMANDAD COMO INSTITUCIÓN CONSUECUDINARIA

Como ya se ha dicho previamente, entre las funciones de la costumbre se encuentra aquella que es función de título para atribuciones patrimoniales; es decir, “‘la costumbre del lugar’ y el ‘uso del lugar’ pueden configurar títulos suficientes para constituir derechos y obligaciones que generen en su caso”⁸⁸ diversas consecuencias jurídicas.

En este apartado se realiza una especial mención al testamento mancomunado, como una de las figuras propias de la tradición jurídica navarra surgida, en gran medida, de las prácticas consuetudinarias.

El testamento mancomunado, incluido en este concepto el de hermandad, tiene unos orígenes antiguos cuyo fundamento es esencialmente pragmático y orientado a la vida conyugal⁸⁹. Así, los cónyuges, de forma simultánea, adoptaban las disposiciones que habían de regir sobre sus bienes y sobre su sucesión y, por tanto, la costumbre desde antaño ha sido la concurrencia del marido y de la mujer en la práctica totalidad de operaciones sobre los bienes, tanto así, que incluso concurren en las disposiciones de sus últimas voluntades en un mismo acto y título. Sin embargo, la práctica reiterada por personas que no poseían tal condición lo convirtió en costumbre de cualquier persona, donde los cotestadores pueden disponer conjuntamente su mejor parecer sobre los bienes, tanto si es sólo uno el que dispone con el consentimiento o rechazo de los otros, o en el caso de que cada uno disponga sobre sus propios bienes en el mismo documento⁹⁰.

Parece ser que el testamento tenía ya una presencia fija en el Derecho romano postclásico que se vio sustancialmente influenciado por las interacciones llevadas a cabo con

⁸⁸ SABATER BAYLE, E., “La costumbre en función de título en el Derecho Civil de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra (Número Extraordinario de Estudios en Homenaje al Profesor Sancho Rebullida)*, núm. 15, 1993, pág. 234.

⁸⁹ Parece ser que las primeras prácticas demostrativas de esta costumbre se aprecian en las “disposiciones de bienes en favor del alma hecha por el marido ‘con otorgamiento de la mujer, por sus almas o por su provecho de ellos’” en SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Ley 3” en VVAA (ALBALADEJO, M. & DÍAZ ALABART, S., Dirs., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*), TOMO XXXV, Vol.1, Madrid, EDERSA, 1994, pág. 239.

⁹⁰ El TS aceptó y dio por bueno el testamento otorgado conjuntamente por una madre y su hija, aceptando de forma tácita esta forma de testar (STS de 21 de febrero de 1896), en cfr. LACARRA Y MENDILUCE, V., *Instituciones de derecho civil navarro*. Aranzadi, Pamplona, 1965, pág. 341.

los extranjeros. Precisamente, entre las costumbres y tradiciones de los pueblos germanos se encontraba esta forma de testar y que paulatinamente la sociedad romana fue adaptando.

Tras la caída del Imperio, se continuó en esta misma línea debido a que fue “reconocido y válido por influencia del derecho consuetudinario, sin limitación entre la clase de personas que entre sí podían otorgarlo”⁹¹. Durante la época visigótica, hay evidencias de la presencia de este testamento⁹², pero su expresión de unidad y sentido familiar es más latente en los primeros fueros, así Val de Funes, Viguera, Fuero de Jaca, entre otros. Se debe apuntar, en este sentido, que entrada ya la Edad Media los ordenamientos, a su vez, se bifurcan entre aquellos que aceptan esta forma de testar y los que la rechazan.

El testamento mancomunado ha sido admitido en diversas compilaciones civiles, tanto navarras (Fuero General, Fuero Reducido, Novísima Recopilación o el actual FN), como en los Derechos civiles de Galicia⁹³ o Aragón⁹⁴ y Cataluña⁹⁵; esta continua presencia de esta particular forma testamentaria no es por capricho legislativo sino porque obedece a una coyuntura de arraigo en un espíritu de unidad y de protección de la familia.

Por su parte, el actual FN no ofrece una definición clara sobre este tipo de testamento. La Ley 199 (en su nueva redacción) lo recoge escuetamente al disponer que: “Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas”, de donde surge una de las características más importantes del testamento, “un único instrumento” y “dos o más personas”, la conjunción de estas dos cualidades forma su fundamento. Esta posibilidad testamentaria que contempla el FN se encuentra directamente enfrentada a lo que establece el Cc porque el mismo prohíbe de forma expresa las disposiciones testamentarias que sean conjuntas en su art. 669⁹⁶; es decir, el origen y posición del testamento de hermandad es

⁹¹ NAGORE YÁRNOZ, J. J., “Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho privado foral de Navarra” en *Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés*, 1971, pág.8.

⁹² Se puede mencionar el “Breviario de Alarico II” donde se contempla el *ius liberorum* como el derecho de los cónyuges sin hijos a instituirse recíprocamente herederos.

⁹³ Art. 187 a 195 de la Ley 2/2016, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

⁹⁴ Art. 417 y sig. del DL 1/2011, de 22 de marzo, del G. de Aragón, por el que se aprueba, el “Código de Derecho Foral de Aragón”.

⁹⁵ Art. 431 del Código Civil de Cataluña (Libro IV), aps. 20 y 21, bajo el nombre de heredamiento preventivo; *Vid. al respecto EGEA, Joan, “La ordenación conjunta de la sucesión de los cónyuges ¿Heredamiento preventivo o testamento mancomunado?, Indret, 2/2015*

⁹⁶ Tampoco parece que el testamento mancomunado, o de hermandad, pueda incluirse en los testamentos especiales previstos en el art. 677 del Cc, ya que ni doctrina ni jurisprudencia han previsto este planteamiento.

*contra legem*⁹⁷. De esta forma, desde el Proyecto de Código civil elaborado por GARCÍA GOYENA⁹⁸ a mediados del siglo XIX, la posición doctrinal fue opuesta a la consideración de los testamentos “mancomunados”, en palabras del citado autor “si el testamento mancomunado es revocable, ello supone violar la fe de la reciprocidad, y si se considera irrevocable, ello equivale a cambiar su naturaleza, y convertirlo, de acto de última voluntad, en acto de carácter contractual”⁹⁹.

Aunque, como ya se ha expresado previamente, en el caso de Navarra a la hora de disponer se ha venido admitiendo la formulación de un único acto y documento testamentario para los bienes de más de una persona de forma conjunta, formulación propia de raíz consuetudinaria de uso muy frecuente en el pueblo navarro. Por ello, este testamento es acreedor de una larga tradición histórica que puede diferenciarse en dos momentos concretos: el primero, debe ser observado desde la perspectiva del Fuero General, y el segundo, desde las Leyes de Cortes celebradas en Pamplona en 1766, que incorporan mediante su Ley 41, modificaciones importantes que, en definitiva, estructuran el testamento con las bases que, a día de hoy, siguen vigentes. Una de las modificaciones llevada a cabo en estas Cortes, a petición de los Tres Estados del *Reyno*, fue aquella que imposibilitaba la revocación del

⁹⁷ Respecto de esta postura, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 602/2010 de 8 de octubre, F.J. Primero, ap.3 *in fine*, expresa que: “El testamento mancomunado, no admitido en el Código Civil español (art. 669: no podrán testar dos o más personas mancomunadamente...) aunque sí en Derechos propios de algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Aragón y Navarra), se produce cuando las personas [...] testan en común, en un solo documento público o en un documento privado...”

⁹⁸ Algunos autores como GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., argumentaban lo siguiente: “Algunos pretenden encontrar vestigios de esta forma testamentaria en la Ley 9ª, Título VI, Libro III del Fuero Real, cuyo epígrafe es que *marido y mujer puedan hacer hermandad*. La ley, sin embargo, lo que dispone es que marido y mujer, pasado el año y no teniendo hijos u otros herederos, puedan hacer hermandad de bienes; ‘no les autoriza para verificarla en un acto otorgado de mancomún; su introducción ha sido más bien obra exclusiva de la práctica [entendida esta práctica como costumbre]’” en JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Capítulo V. Del Testamento de Hermandad”, en ALBALADEJO, M & DIAZ ALABART, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra* (Vol.1), 1998, Madrid, EDERSA, pág. 545, pie de página 109.

⁹⁹ NAGORE YÁRNOZ, J. J., ob. cit., pág.10.

testamento por el cónyuge supérstite (irrevocabilidad *post mortem unius testatoris*)¹⁰⁰, incluso respecto de sus propios bienes, cuando existen disposiciones en favor de tercero¹⁰¹.

Suele considerarse a este testamento, a la vez, como un instrumento contractual de ahí que la lógica obedezca a que deba ser irrevocable, por norma general, salvo las disposiciones reflejadas en la Ley 201, ap. a) del FN.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 21/2019, de 4 de abril, que modifica el FN, se introduce una cláusula relativa a la irrevocabilidad del testamento en el supuesto de que alguno de los cotestadores devenga incapaz para testar (Ley 202, c), del FN). No obstante lo anterior, el testamento puede ser revocado si en el mismo los cotestadores así lo han previsto.

A pesar de la vigencia y popularidad que aún ostenta esta forma testamentaria, existen sombras sobre su eficacia a la hora de regular las últimas voluntades. Su presencia se ha defendido por ser una institución tradicional de diversas regiones de la geografía española, concretamente de aquellas que ostentan derechos civiles propios basados en las costumbres, pero esto no es óbice para que, parte de la doctrina, lo considere una figura extraña y problemática, principalmente en lo que respecta a su revocación (o mejor dicho a su

¹⁰⁰ Los protocolos notariales a partir del siglo XV reflejaban la costumbre del testamento de hermandad como un acto paccionado, a modo de ejemplo, en un testamento de 1589 otorgado por MARTÍN DE LARRAGUETA se expresaba que: “*Otorgamos y confesamos que hacemos este nuestro ultimo testamento y postrimera boluntad de hermandad, ante todas cosas rebocando, casando y anulando todos y coalesquiere nuestros testamento o testamentos, codicillo o codicillos que por coalquiere de nos se allaren echos, hordenados y establecidos asi por coal queremos que surta en si su deuido efecto y fuerça que deue a perpetuo*”, en JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Capítulo V. Del Testamento de Hermandad”, en ob. cit., págs. 812 y 813.

¹⁰¹ El Cap. 4, tít. 4, libro 2 del Fuero General preveía: “*si el uno deyllos mories, el otro non puede desfazer el destín*”, respecto de esta previsión los Tres Estados del Reino de Navarra pidieron al Virrey en las Cortes de Pamplona de 1766, que aclarase y decretase en el siguiente sentido: “se establezca, y declare, que de aquí en adelante el testamento de Hermandad de marido y mujer, o de cualesquiera otras personas, muerto uno de los otorgantes, no se pueda revocar por el sobreviviente, aun en cuanto a sus propios y privativos bienes” en LACARRA Y MENDILUCE, V., ob. cit., pág. 340.

Por regla general, a la muerte de uno de los cotestadores, el testamento deviene irrevocable. En este sentido, la STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), núm. 9/1999 de 28 de junio, expresa en su F.J. Segundo: “No puede negarse, en efecto, que las aludidas sentencias del TS consagran la esencial irrevocabilidad del testamento de hermandad, fallecido alguno de los testadores, en armonía con lo establecido en el derecho histórico y, por consiguiente; en el propio FN”. Asimismo, añade en su F.J. Tercero: “Como es bien conocido, la disposición transitoria primera de la Compilación determina que el Derecho Civil de Navarra, reconocido en la presente Compilación, se aplicará a los actos otorgados y a las relaciones causadas con anterioridad a su promulgación; esta disposición está en armonía con la Ley 1.1 del FN, cuando dice que ‘esta compilación... recoge el vigente Derecho Civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes’”.

En la actualidad, tras la reforma operada por la LF 21/2019, la Ley 202 (parágrafo 2, ap.3) del FN permite revocar y ordenar nuevas disposiciones al sobreviviente sobre su “propia” herencia y siempre que no se hallen condicionadas, con independencia que existan disposiciones mutuas o a “favor de tercero”.

irrevocabilidad)¹⁰². Por otra parte, surgen controversias respecto a posibles sugerencias que puedan existir entre los cotestadores, captaciones de voluntad que puedan alterar la real voluntad de testar e incluso, incurrir en deslealtad alguno de los cónyuges o cotestadores.

La intención respecto de este apartado no ha sido abordar en plenitud la institución jurídica del testamento de hermandad, sino poner de relieve sus fundamentos originarios, especialmente en aquellos donde la costumbre ha tenido especial trascendencia.

Sin perjuicio de las citadas críticas que pueda recibir esta institución, el porcentaje de ciudadanos que testan en hermandad en la Comunidad foral continúa, en la actualidad, siendo muy elevado, como un claro reflejo de las tradiciones propias de este lugar, y consecuentemente, de la vigencia de la costumbre. Además, no hay que olvidar que, a pesar de la reticencia ante semejante forma testamentaria de la normativa española, ciertos preceptos del Cc admiten realizar disposiciones mancomunadas en capitulaciones matrimoniales con efectos *mortis causa*, por ejemplo, el art. 826¹⁰³. Asimismo, sería conveniente analizar la convicción acerca de la utilización de esta forma de testar entre la población, ya que existen informes¹⁰⁴, trabajos¹⁰⁵ y encuestas que, inequívocamente, se orientan hacia una forma de testar conjunta; así, por ejemplo, se refleja en las notarías donde marido y mujer suelen ir juntos a testar, disponiendo en sus testamentos cláusulas como “del

¹⁰² Por norma general, la forma y disposiciones testamentarias son esencialmente revocables en vida del testador, siempre que se cumplan con las solemnidades necesarias para testar. El testamento será revocable, aunque el testador haya expresado su voluntad de que sea irrevocable. Así mismo, se revocará el testamento si, realizando uno posterior, el testador no expresa su voluntad de preservar la totalidad o parte del anterior (art. 737 y sig. del Cc). Como se puede observar, la regla general es que el testamento sea revocable en cualquier momento, por ello, cuando el testamento de hermandad deviene irrevocable presenta una extrema rigidez para el cotestador supérstite, asemejándose más a un contrato que a un efectivo testamento. No obstante, también es cierto que la irrevocabilidad afecta solo a las disposiciones que tengan carácter correspectivo, no a las unilaterales.

¹⁰³ Este art. dice lo siguiente: “La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.

‘La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto’”.

Es decir, las capitulaciones matrimoniales se adoptan como un “acuerdo” conjunto entre los cónyuges, en este caso sobre una mejora, pero aquello no puede ser alterado por la sola disposición testamentaria de uno de estos cónyuges, de ahí la expresión “no producirá efecto”.

¹⁰⁴ Se puede citar, el Informe de la Delegación Territorial de Madrid, elaborado con ocasión del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946, donde se incluyó una cuestión que decía: ¿Qué instituciones consuetudinarias viven fuera de la ley y son observadas en la actualidad?, en JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Capítulo V. Del Testamento de Hermandad”, en ob. cit., pág. 631-632.

¹⁰⁵ En este sentido, el trabajo de Don Amadeo de Fuenmayor titulado *La mejora de labrar y poseer*, donde quedó reflejada la preferencia de una gran parte de testadores gallegos de otorgar su última voluntad de forma conjunta, en *Idem*, pág. 632.

uno para el otro”, “lo mío tuyo, lo tuyo mío, y lo que quede para los hijos comunes”, “para hacer y deshacer”, “lo mío tuyo, lo tuyo mío, y para nuestros hijos la legítima foral”; etc.

Se llega de esta forma, al cierre del presente trabajo. Se ha procurado recoger, a lo largo del mismo, aquellos aspectos más relevantes de esta peculiar pero importante fuente del Derecho. Desde tiempos inmemoriales hasta nuestros días, queda demostrado que su pervivencia ha traspasado las fronteras del tiempo, que está en simbiosis con la ley y, asimismo, continúa siendo aplicada por los tribunales, siendo éstos, los que le otorgan legitimidad cuando recurren a ella para solucionar un litigio.

Así, se procede ahora a recoger las conclusiones que, a modo de síntesis, ofrecen claridad y concreción a los diversos apartados de este trabajo.

IV. CONCLUSIONES

1. La costumbre es una de las concepciones más básicas y primigenias del concepto de justicia, proviene del pensamiento lógico y reflexivo, que da solución a una situación desajustada en el normal desenvolvimiento de un grupo social y que es aceptada y dada por buena entre los componentes de éste. En base a esta afirmación, la costumbre ha estado presente en la mayoría de Ordenamientos jurídicos y su importancia ha variado dependiendo del grado de penetración en el contexto social.
2. A pesar de que no existe una única definición para el concepto de costumbre, los expertos señalan una serie de características que son imprescindibles para esta fuente, tales como, la generalidad del acto en cuestión, el lapso de tiempo en el cual se reitera, el ámbito donde se pone en práctica y el valor de norma que la ciudadanía les otorga, siendo muy importante la conciencia social viva.
3. Los Estados cuya forma de organización política es más centralizada y unitaria, presentan un ordenamiento jurídico más racionalizado con una preponderancia de la ley escrita. En cambio, en aquellos ordenamientos que se otorga una preeminencia a la autonomía de la voluntad, se da a la costumbre una posición de preferencia por su dinamismo y pragmatismo, huyendo de la excesiva rigidez de la ley escrita.
4. La costumbre en su formación persigue dar respuesta a una *quaestio facti*, se elabora “a fuego lento” procurando albergar todos los ingredientes que la convierten en norma. En este camino debe configurar un sistema de contrapesos, entre las necesidades que cubre y su fuerza normativa, siendo este el eje de su existencia.
5. La costumbre se adapta de forma continua a la evolución del ser humano como materialización de sus necesidades, sus funciones, en los ordenamientos que poseen un sistema de fuentes y una prelación de las mismas, pueden llegar a ser muy importantes, llegando a situarse incluso *contra legem*.
6. En el ordenamiento jurídico del Estado español, la costumbre es fuente del Derecho civil; no obstante, su carácter es de fuente subsidiaria de primer grado y de supletoriedad frente a la ley escrita, aplicándose sólo en defecto de ésta siempre que no sea contraria a la moral o al orden público. Así mismo, en todo caso, la costumbre debe ser probada por la parte que la alega.

7. La Reforma del Título Preliminar del Código civil trajo consigo la equiparación de los “usos normativos” al concepto de costumbre, eliminando así la *opinio iuris seu necessitatis* como elemento esencial de la misma. No obstante, semejante equiparación no rige en Navarra.
8. El eje vertebral de todo el Derecho civil navarro es la regla del *paramiento fuero vienze*; es decir, la primacía de la voluntad privada. Por tanto, las Leyes de la Compilación o Fuero Nuevo tienen carácter dispositivo y, en lo que respecta a la costumbre, está asimismo supeditada a la voluntad privada de los sujetos.
9. El acervo jurídico civil navarro, en el cual la costumbre es latente, es de origen pre-constitucional y adoptado de forma paccionada. Por ello, cualquier iniciativa de modificación en su Sistema de fuentes, debe ser adoptada de manera conjunta con el Estado, siendo inconcebibles aquellas que puedan formularse unilateralmente por este último.
10. El art. 149.1.8 de la CE reconoce y consagra la competencia legislativa en materia civil de los territorios forales o especiales “allí donde existan”. Pero este precepto plantea en sí mismo un límite infranqueable para el legislador autonómico, límite que es *ratione materiae*, y por ello, la competencia legislativa debe ceñirse a las costumbres probadas y subsistentes que se hayan seguido observando en el territorio especial o foral. De no ser así, la creación de una ley autonómica, por atribución del art. 149.1.8 de la CE, basada en antecedentes consuetudinarios no probados o no subsistentes al momento de entrada en vigor de la Constitución, podría incurrir en inconstitucionalidad por carecer de competencia la CA para legislar en la materia, al no poseer ésta la costumbre que le sirva de apoyo en su capacidad legislativa civil. Esto sería de aplicación incluso para aquellas materias desarrolladas por conexión a la ley inconstitucional.
11. La preeminencia de la costumbre en Navarra como fuente del Derecho respecto a la norma escrita, no es una cualidad ni exclusiva ni originaria de este territorio, sino más bien, esta preeminencia se basa en la capacidad de mantenerse vigente a lo largo del tiempo, llegando hasta nuestros días.

12. En el Ordenamiento jurídico navarro, la costumbre es la primera fuente del Derecho civil y como tal continúa aplicándose en este territorio, si bien ahora debe estar en consonancia con la realidad social. Así pues, la norma consuetudinaria es la “bisagra” entre la voluntad popular del pueblo navarro y la naturaleza del Fuero Nuevo como fuente suprema del ordenamiento civil en este territorio.
13. Existen diversas posturas al respecto, mas a mi parecer, la costumbre que tiene eficacia *contra legem* en Navarra lo es frente a las disposiciones normativas de esta Comunidad foral o en las estatales que son aplicadas de forma supletoria. Pero pierde esta cualidad cuando se trata de normas dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas¹⁰⁶, y en aquellas disposiciones normativas que contengan principios constitucionales.
14. En el Ordenamiento jurídico navarro, si la costumbre es notoria, debe incluirse bajo el principio *iura novit curia*. En este caso, el juez debe conocer la costumbre y aplicarla en la solución del conflicto que se le plantee. Esta noción, por lo general, no rige en el resto de Ordenamientos civiles españoles.
15. El “uso” en el tráfico jurídico navarro es significativo; sin embargo, en el Ordenamiento jurídico navarro carece de fuerza normativa, en este Ordenamiento, es necesaria la presencia de *opinio iuris* para que una *quaestio facti* pueda considerarse fuente de derechos y obligaciones.
16. Costumbre y ley no son conceptos jurídicos antagónicos. La historia ha demostrado que la costumbre ejerce una función flexibilizadora del ordenamiento jurídico y, además, tiene la cualidad de interpretar la norma escrita (*secundum legem*) y de integrar lagunas legales (*praeter legem*). De esta forma, ambas pueden coexistir y beneficiarse recíprocamente.
17. El testamento de hermandad, como institución consuetudinaria, ha mantenido su vigencia en el ordenamiento civil navarro por ser una figura fundada en la costumbre. En el ordenamiento civil del resto del Estado, salvo algunas excepciones, tal forma testamentaria está expresamente prohibida como contempla el art. 669 del Cc.

¹⁰⁶ Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P. de, & MARTINEZ de AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de derecho civil navarro*. TOMO I, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1990, pág. 145.

18. La costumbre no es una institución jurídica ajena a diversas dificultades, entre ellas, puede destacarse que, en ocasiones, no tiene un rumbo fijo, un “faro” que la guíe y llega a navegar a la deriva, sin llenar ciertos vacíos fácticos, que es precisamente donde debe brillar.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CORA, E. (2018). "Interrelación de los conceptos de término, uso, fuero y costumbre en el Derecho medieval ibérico (s. IX-XII)", en *la España Medieval*(41), 1-27.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. (2005). "Orden público y sucesiones (I)", en *Boletín del Ministerio de Justicia*(1984), 1-30.
- CANALE, D. (2009). Paradojas de la costumbre jurídica. *DOXA: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*(32), 1-23.
- CHASSOT, L. (2011). "Quelle place pour la coutume dans un monde globalisé", en *Les Cahiers de la Justice*(núm. 1), 1-17.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1988). "Las fuentes del derecho civil navarro en la nueva configuración del régimen foral", en *Revista Jurídica de Navarra*(núm. 6.2), 135-156.
- DE PABLO CONTRERAS, P., & MARTINEZ de AGUIRRE ALDAZ, C. (1990). *Curso de derecho civil navarro, Tomo I*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A.
- DICTAMEN DEL CONSEJO DE NAVARRA, 23/2019 (Consejo de Navarra, 20 de mayo de 2019).
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. (2007). "Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro", en *Derecho Privado y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales*(21), 1-46.
- ESTUDIOS DE DERECHO, R. (2018). "El caso Haya de la Torre", en *Estudios de Derecho*, 13(39), 1-49.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M. (2003). "La costumbre como fuente del Derecho romano", en *Revista de la Facultad de la Universidad de Granada*, 1-29.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. (2005). *El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del Segundo Centenario*. Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico.

- GARCÍA REDRUELLO, R. (1944). *Derecho consuetudinario en Vascongadas y Navarra: (apuntes para un ensayo)*. Madrid: Escuela Social de Madrid.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. (1998). "Ley 199", en ALBALADEJO, M & DIAZ ALABART, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra* (Vol. 1). Madrid: EDERSA.
- ISOLINA DABOVE, M. (2003). "El concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart. Perspectiva tridimensional", en *Revista de Investigación y Docencia*, 36, 33-53.
- LACARRA y MENDILUCE, V. (1965). *Instituciones de derecho civil navarro*. Pamplona: Aranzadi.
- MONTORO BALLESTEROS, A. (2002). "La costumbre en el ordenamiento jurídico. La integración de las lagunas legales", en *Anales de Derecho*, 20, 1-12.
- NAGORE YÁRNOZ, J. (1971). "Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho privado foral de Navarra", en *Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés*, 1-29.
- NAGORE YÁRNOZ, J. (1993). "Francisco Sancho Rebullida y el Fuero Nuevo de Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra (Número Extraordinario de Estudios en de Homenaje al Profesor Sancho Rebullida)*,(15), 224-233.
- NAVARRA, N. D. (1896). *Cuaderno de las leyes y agravios reparados por los tres estados del reino de Navarra.; [Leyes, etc. forales]* (Vol. I). Pamplona: Diputación Foral y Provincia de Navarra.
- OLIVER SOLA, M. (1991). *La costumbre como fuente del Derecho navarro*. Pamplona: Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia.
- RUBIO TORRANO, E. (2002). "Ley 3" en VVAA (RUBIO TORRANO, E & ARCOS VIEIRA, M.L., Dirs., *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*). Pamplona: Aranzadi.
- SABATER BAYLE, E. (1993). "La costumbre en función de título en el Derecho Civil de Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra (Número Extraordinario de Estudios en de Homenaje al Profesor Sancho Rebullida)*(15), pág. 223-234.

SANCHO REBULLIDA, F. (1994). *LEY 3 en VVAA* (ALBALADEJO, M. & DÍAZ ALABART, S., Dirs., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*), Tomo XXXV, Vol.1, Leyes 1 a 10 de la *Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*. Madrid: EDERSA.

SANCHO REBULLIDA, F. (enero-junio, 1986). "Tratamiento actual de las fuentes del Derecho Civil Navarro" (Recensión, por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos), en *Revista Jurídica de Navarra*(1), 303.

SANCHO REBULLIDA, F. (julio-diciembre, 1995). "Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos", en *Revista Jurídica de Navarra*(20), 15-40.

SANTAMARÍA DE CRISTOBAL, J. (1945). "El testamento navarro de hermandad", en *Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés*, 1-21.

VI. JURISPRUDENCIA

STC núm. 123/1984 (Tribunal Constitucional, Pleno, 18 de diciembre de 1984). Base de datos: Tribunal Constitucional de España: Buscador de jurisprudencia.

STC núm. 133/2017 (Tribunal Constitucional, Pleno, 16 de noviembre de 2017). Base de datos: Tribunal Constitucional de España: Buscador de jurisprudencia.

STC núm. 182/1992 (Tribunal Constitucional, Pleno, 16 de noviembre de 1992). Base de datos: Tribunal Constitucional de España: Buscador de jurisprudencia.

STC núm. 156/1993 (Tribunal Constitucional, Pleno, 6 de mayo de 1993). Base de datos: Tribunal Constitucional de España: Buscador de jurisprudencia.

STC núm. 82/2016 (Tribunal Constitucional, Pleno, 28 de abril de 2016). Base de datos: Tribunal Constitucional de España: Buscador de jurisprudencia.

STC núm. 40/2018 (Tribunal Constitucional, Pleno, 26 de abril de 2018). Base de datos: Tribunal Constitucional de España: Buscador de jurisprudencia.

STC núm. 41/2018 (Tribunal Constitucional, Pleno, 26 de abril de 2018). Base de datos: Tribunal Constitucional de España: Buscador de jurisprudencia.

STS (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de abril de 1972). Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [RJ 1972/2018].

STS (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de enero de 1987). Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [RJ 1987/305].

STS núm. 602/2010 (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 8 de octubre de 2010). Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [RJ 2010/8009].

STSJN núm. 1/1992 (Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 12 de marzo de 1992). Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [RJ 1992/6192].

STSJN (Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 8 de noviembre de 1993) Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [RJ 1993/9785].

STSJN núm. 9/1999 (Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 28 de junio de 1999) Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [RJ 1999/5605].

STSJN núm. 42/2003 (Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sección Única, 30 de septiembre de 2003) Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [RJ 2003/8686].

STSJN núm. 168/2013 (Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1ª, 21 de marzo de 2013) Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [JUR 2014/40756].

STSJN núm. 11/2014 (TSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, 9 de septiembre de 2014) Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [RJ 2014/5741].

SAPA núm. 148/2005 (Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, 24 de junio de 2005). Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [JUR 2005/207382].

SAPN núm. 195/2011 (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, 13 de septiembre de 2011) Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [AC 2012/362].

SAPN núm. 82/2016 (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª 18 de febrero de 2016) Base de datos: Aranzadi Instituciones: Buscador de jurisprudencia. [JUR 2016/146518].

VII. WEBGRAFÍA

Navarra.es.

https://www.navarra.es/home_es/Navarra/Asi+es+Navarra/Cultura/Costumbres+y+tradiciones.htm

STC. 123/1984, de 18 de diciembre. Obtenido de Tribunal Constitucional de España: <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1985-626.pdf>

STC. 156/1993, de 6 de mayo. Obtenido de Tribunal Constitucional de España: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2285>

STC 133/2017, de 16 de noviembre. Obtenido de Tribunal Constitucional de España: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25508#ficha-tecnica>

STC. 41/2018, de 26 de abril. Obtenido de Tribunal Constitucional de España: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25653>

STC. 82/2016, de 28 de abril. Obtenido de Tribunal Constitucional de España: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24936>

STC. 40/2018, de 26 de abril. Obtenido de Tribunal Constitucional de España: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25652>

“El caso Haya de la Torre”. (Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia) <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/334787?articlesBySameAuthorPage=3>

“La costumbre como fuente del Derecho Romano”. (Universidad de Granada) <https://digibug.ugr.es/handle/10481/24816>

“El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del Segundo Centenario”. (Complutense de Madrid)

<https://eprints.ucm.es/6554/>

“Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro”. (Dialnet Plus)

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2507322>

“Interrelación de los conceptos de término, uso, fuero y costumbre en el derecho medieval ibérico (siglos IX-XII)”. (Universidad Complutense de Madrid)

<https://revistas.ucm.es/index.php/ELEM/article/view/60003>

“*Quelle place pour la coutume dans un monde globalisé?*”. (Cairn.info)

<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2011-1-page-89.htm>

“El concepto de Derecho en la teoría de H.L.A Hart. Perspectiva Tridimensional”. (cartapacio.edu.ar)

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/859/685>

“La costumbre en el ordenamiento jurídico. La integración de las lagunas legales”. (*Anales de Derecho*. Revistas UM)

<https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56791>

VIII. GLOSARIO

Abreviaturas

1. BON: Boletín Oficial de Navarra.
2. CA: Comunidad Autónoma.
3. Cc: Código civil.
4. CE: Constitución Española.
5. CGC: Comisión General de Codificación.
6. DL: Decreto Legislativo.
7. EACV: Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.
8. ECIJ: Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
9. FN: Fuero Nuevo de Navarra.
10. LAU: Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos.
11. LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
12. LF: Ley Foral.
13. LORAFNA: Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento de Navarra 13/1982. ,
14. SAPN: Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra.
15. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

16. STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
17. TC: Tribunal Constitucional.
18. TP: Título Preliminar del Código civil.
19. TS: Tribunal Supremo.
20. TSJ: Tribunal Superior de Justicia.
21. VVAA: Varios autores.

Términos

1. *Constat*: Acordar, constar, existir.
2. *Consuetudo*: Costumbre reconocida en el ámbito social.
3. *Contra legem*: En contra de la ley.
4. *Iura novit curia*: El juez conoce el derecho.
5. *Lex scripta*: Ley escrita.
6. *Mores civitatis*: Principios agnaticios incorporados al orden civil.
7. *Pater familias*: Máximo exponente y representante de la familia romana.
8. *Post mortem unius testatoris*: A la muerte de uno de los testadores.
9. *Quaestio facti*: Cuestión de hecho o cuestión de los hechos.
10. *Ratione materiae*: Límite que se impone al orden civil por razón de la materia.
11. *Opinio iuris seu necessitatis*: Elemento espiritual que otorga a la costumbre su cualidad de obligado cumplimiento.