

Los principios generales en la codificación foral (*)

SUMARIO: I. Principios fundamentales y técnica codificadora.—II. Importancia de esos principios.—III. Exposición sucinta de los principios fundamentales del Derecho civil de Navarra: 1) La libertad civil. 2) Unidad y continuidad de la casa. 3) La tradición. 4) Sencillez. 5) Buena fe.—IV. Carácter y función peculiar de tales principios: 1) Su consideración como directrices pragmáticas. 2) Carácter abierto del sistema. 3) Son referencias tópicas emanadas de la vida social.—V. Su aplicación a la técnica compiladora: 1) La inclusión de los principios. 2) Prevención del hermetismo 3) Recepción de los principios en el sistema general.

I

El Derecho privado de un país es una realidad viva, inmersa en el tiempo e informada por ciertas directrices que constituyen las líneas constantes de su evolución. Su existencia va unida a la de la sociedad que rige y gobierna; en ella surge y a ella se adecúa con la espontaneidad y automatismo propios de los fenómenos sociales. Pero cuando llega la hora de condensarlo en un Código, aquel vivir espontáneo tiende a hacerse reflexivo; la incorporación al torrente del tiempo puede quedar retenida en la letra estable de la Ley. Por eso, una buena técnica codificadora precisa especiales cautelas. Debe recoger el Derecho sin mermarle sentido existencial y dinámico; sin alterar su carácter peculiar, sin menoscabar su dimensión vital e histórica.

La obra codificadora reporta ventajas indiscutibles. Reúne, sistematiza y aclara el ordenamiento civil; le confiere unidad orgá-

(*) Las presentes notas conciden, en alguna parte, con la conferencia pronunciada por su autor el 16 de enero de 1964 en la Institución «Príncipe de Viana», de Pamplona, dentro de un curso relativo al Derecho civil de Navarra.

nica, trabazón institucional y coherencia interna. Un Código facilita el conocimiento, la difusión y la aplicación del Derecho. Pero, para ser tarea fecunda, precisa ofrecerlo en su espíritu sustancial y en la plenitud de su riqueza normativa.

A este efecto, las directrices fundamentales o principios del ordenamiento desarrollan un cometido verdaderamente decisivo. Si la técnica codificadora logra plasmarlas con fidelidad en su genuino carácter, el Derecho codificado conservará toda su capacidad creadora, su fuerza expansiva y su ritmo histórico.

No es que tales directrices ofrezcan el mismo valor o idéntica función en todos los ordenamientos. Desde el punto de vista teórico, estas directrices se estudian con el carácter de principios; pero es muy heterogéneo el conjunto de realidades englobadas bajo esta denominación genérica (1). Se encontrarán, en efecto, bases constructivas, ideas dominantes de un determinado sistema, principios abstractos en que se inspira una institución universal, principios que se derivan como *ratio* de los fundamentos jurídicos mismos o introducidos por la tradición; unos habrán sido propuestos por la jurisprudencia, otros proclamados por la estructura política; principios materiales y principios heurísticos o técnicos de la aplicación; y, en fin, los principios generales superiores que informan todo Derecho. Por eso es tarea de importancia capital la de puntualizar el significado y la función que en concreto desempeñan los principios o criterios fundamentales de un determinado ordenamiento (2); pues sólo mediante una noticia clara de su sentido es posible obtener de ellos las virtualidades que encierran.

Los ordenamientos dotados de verdaderos y peculiares criterios informantes ofrecen, en suma, un alto índice de conservación y progresión. Pero, al mismo tiempo, su codificación envuelve mayores dificultades técnicas.

Cuando el ordenamiento civil no obedece a unos imperativos

(1) Cfr. JOSEF ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (Barcelona, 1961), págs. 4 y 5. Para una consideración más estricta de los principios, vid. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I (Madrid, 1955), págs. 460 y siguientes.

(2) Cfr. BOULANGER: *Principes généraux du droit et droit positif*, en «Le Droit français au milieu du XXe siècle». Etudes offertes a Georges Ripert, I (Paris, 1950), pág. 51 y siguientes.

sociales largamente experimentados como bases estructurales, la codificación no encuentra elementos activos, sino pasivos, y viene a ser tarea de pura ordenación. Pero, al tratarse de un Derecho históricamente trabado a ciertos principios, la técnica codificadora requiere precisiones especiales para no sustraer vigor al elemento dinámico.

II

IMPORTANCIA DE ESOS PRINCIPIOS

Este género de consideraciones, formuladas de una u otra forma por los autores con referencia a las grandes codificaciones europeas del siglo XIX, son, sin duda, aplicables a las compilaciones de los derechos forales españoles. No es el caso de reiterar ahora los pros y los contras de la polémica sostenida entre THIBAUT y SAVIGNY al iniciarse la corriente codificadora en Alemania. Sólo pretendo subrayar la necesidad de que las compilaciones incluyan, con las normas vigentes, el espíritu que las anima (3).

El Derecho navarro es un derecho de principios. Utilizando un símil de CARDOZO, podría decirse que es un Derecho rancio, bien fermentado (4). En este ensayo quisiera hacer un análisis de sus criterios inspiradores y apuntar algunas consideraciones acerca del modo en que deben recogerse en el proyecto compilatorio. Hablo de principios o criterios, porque se trata de factores básicos dotados de eficacia informante y configuradora.

¿Cuáles son las ideas fundamentales, las directrices determinantes del modo de ser del Derecho privado de Navarra? Ese es el problema que quisiera esclarecer.

No se puede ocultar que se trata de una cuestión, a mi modo de ver, importante; sobre todo ahora que la compilación, en trance de elaborarse, debe reflejar con la mayor fidelidad lo esencial y más característico, el elemento vivo y permanente del Derecho

(3) CLEMENTE DE DIEGO: *Técnica legislativa codificadora*, «Revista de Derecho Privado», XXI, págs. 65-81.

(4) CARDOZO: *The nature of the judicial process*, 1921, pág. 11.

civil de Navarra. Y reflejarlo precisamente en su peculiar coherencia, en su íntima conexión con las creencias sociales imperantes en la propia tierra. Razón por la cual resulta imprescindible considerar éstas en su dimensión jurídica, es decir, como principios cardinales del propio ordenamiento civil.

Mas la consideración de esos principios no habrá de detenerse en un estadio meramente especulativo, sino que deberá avanzar sobre el plano de la técnica codificadora.

Por otra parte, el tema de los principios fundamentales de un ordenamiento se encuentra actualmente en el primer plano de la literatura jurídica. Se especula acerca de su misión en orden a expresar y ponderar los intereses jurídicos en litigio (5); se señala su importancia como punto de partida de la determinación o elaboración judicial del Derecho (6); y se defiende, en suma, la posible integración de todas las normas concretas del ordenamiento jurídico privado en torno a sus radicales conexiones sociales (7) y la tendencia hacia una «jurisprudencia principal» (8).

Primeramente haré una breve exposición de los principios informantes del Derecho privado de Navarra (9). Luego intentaré puntualizar el carácter de los mismos. Finalmente, aludiré a la técnica aconsejable para incorporarlos a los pasajes de la futura compilación.

(5) POUND: *Some thoughts about comparative Law*, en «*Festschrift für Ernst Rabel*», I (Tübingen, 1954), págs. 11 y siguientes.

(6) K. ENGISH: *Einführung in das Juristische Denken* (Stuttgart, 1959), páginas 106 y siguientes.

(7) SIMONIUS: *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, en «*Hundert Jahre Schweizerisches Recht*», 1952, págs. 240 y siguientes.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, «*Revista de Administración pública*», 1963, págs 198 y 199.

(9) Vid. FERNÁNDEZ ASIAÍN: *Los principios generales del Derecho navarro*, en «*Curso de Derecho foral navarro*», I (Pamplona, 1958), pág. 29.

III

EXPOSICION DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CIVIL
DE NAVARRA1) *La libertad civil.*

El primer principio orientador del Derecho privado de Navarra es la libertad civil. Su expresión histórica a través de fórmulas muy ricas y variadas podría resumirse en esta consigna que solía figurar, y aún figura, lapidariamente escrita en los edificios propios de la administración de justicia, procedente de la divisa de los Infanzones de Obanos: *Pro libertate Patria, gens libera estate*. Examinado su sentido a la luz de los ideales medievales que la inspiran (10), parece evocar que la libertad, como criterio informante de todo desarrollo jurídico, es una libertad indivisible y solidaria.

La persona es un todo en sí misma, pero se integra en el cuerpo social. La divisa advierte que ambos aspectos, la libertad privada y la libertad patria, son inseparables. Para conseguir y mantener ésta se hace preciso vivir y defender aquélla. Si las personas particulares no viven su libertad civil como personas privadas, la organización colectiva tampoco podrá vivir la suya. No se trata meramente de proteger la libertad jurídica civil, sino de exigírsela a todos los ciudadanos; se pretende, no ya permitir su ejercicio, sino reclamarlo como deber impuesto por constitución histórica para el mantenimiento de la libertad colectiva.

Palpita así una urgencia social a que todo el Derecho privado sea un Derecho de la libertad civil. No es que el Derecho privado de Navarra permita la libertad, sino que—repito—postula, estimula e insta a la persona, al sujeto del derecho, para que la ejercite, para que la ponga a contribución en la esfera de su

(10) En otros testimonios aparece «Pro libertate patria gens libera siat». Vid., acerca de la liga de Infanzones de Obanos, MORET: *Anales del Reyno de Navarra*, II (Pamplona, 1766), cap. II, págs. 162 y siguientes, así como CAMPION: *Una información acerca de los Infanzones de Obanos*, en «Euskariana», 5.ª serie (Pamplona, 1925), págs. 205 y siguientes.

personalidad, en su ámbito personal, familiar y patrimonial, en los actos jurídicos que otorgue, en el contenido y en la formulación de su voluntad negocial.

El *estate* de la divisa de los infanzones de Obanos es una vocación *imperativa*—y no meramente facultativa—a la libertad privada como solidaria de la libertad colectiva y pública.

La solidaridad a que aludo de la libertad civil y privada con la libertad pública evidencia, por otra parte, un sentido orgánico e institucional. No se trata de exaltar el individualismo, ni de hacer del derecho subjetivo el quicio de todos los desenvolvimientos jurídicos, como ha pretendido el liberalismo, sino que se orienta a vivificar todas las relaciones para la pervivencia libre del conjunto. Los derechos subjetivos adquieren así sentido funcional, valor instrumental respecto de un objetivo último claramente formulado, e inserción en el ámbito, más amplio, de los puntos de vista e intereses generales. Tal es el espíritu que palpita, tanto en las decisiones de los *Tres Estados* del antiguo Reino como en la costumbre, al propugnar, sin desviaciones, el principio de libertad civil como base esencial de todo el Derecho privado.

Esta solidaridad incluye un sentido de conjunto que supera cualquier consideración parcial de la libertad. No se la enuncia a través de aspectos parciales o unilaterales (determinadas libertades), sino plenariamente. La libertad fraccionaria perdería vigor. En su formulación parcial no podría ser criterio inspirador del sistema de Derecho privado en su plenitud institucional.

El espíritu de las fuentes jurídicas navarras consiste en realizar cumplidamente esta divisa. El Fuero General pudo considerarse, en el medievo, como el estatuto de la libertad del Reino; los fueros locales, estatutos de libertad del Municipio respectivo. Los pueblos y lugares que por cualquier circunstancia carecían de fuero, estimaban no poder pervivir sin obtener alguna formulación de la libertad configurada jurídicamente. Y a ello proveían los llamados *paramentos*. Esta institución de los *paramentos* ha sido poco estudiada, y es una lástima, porque representa y comprende fórmulas de libertad privada y popular de notable interés. Allí donde el rey no hubiera expresado una libertad explícita,

un orden de libertad escrita, cual era el fuero, he aquí que los particulares se reúnen y redactan su estatuto de libertad. Se estima que no es posible vivir una vida verdaderamente digna sin un estatuto de libertad (11).

La expresión *paramento*, o en el lenguaje antiguo, *paramiento*, equivale a decisión libremente tomada o acordada. Fundamentalmente se refirió a los actos jurídicos, disposiciones y convenios de particulares, pero en ocasiones también aparece utilizada en acuerdos o decisiones de organismos públicos (12). Su significado último en el Derecho consuetudinario de Navarra consiste en ser un acto de ejercicio de la propia libertad civil.

En el plano estricto del Derecho privado, el predominio de la libertad civil a través del *paramiento* se formula según la rotunda expresión *paramiento fuero vience*, con arreglo a la cual la voluntad pactada o declarada por la persona prevalece siempre sobre el régimen establecido por el fuero o la Ley (13).

¿Qué razón puede haber para que la libertad pactada o declarada por una persona sea en todo caso superior al fuero, para que prevalezca en el negocio jurídico correspondiente sobre el texto de la ley? Yo encuentro que esta razón se desprende de cuanto venimos diciendo: si todo el fuero, si todos los fueros son un estatuto de la libertad, son libertad ellos mismos, no pueden ahogar la correspondiente a la persona precisamente por la indivisibilidad, solidaridad y continuidad de la libertad de Derecho privado con la libertad pública. La libertad de la persona, una vez

(11) Vid. el texto relativo a la confección del «paramento de libertad» por los vecinos de Lizascain, año 1438. «E no teniendo razón escrita para el exercicio de la libertad de cada uno de los habitadores, tampoco la tenemos para la libertad del auntamiento de todos, e así andamos fuera de toda regla justa e debida, y no se guarda el honor de Dios ni de sus santos ni se ha temor ni vergüenza en hablar e facer unos a otros muchos inconvenientes, ni podemos defender nuestros frutos ni las hierbas de nuestros términos, e por todo ello, a fin de dar razón de libertad, nos reunimos a pulsación de campana para escribir los paramentos de buena libertad e los cotos de la mesma, a fin de que sean en caridad los hombres e mujeres e menores todos» Vid. IÑOATE: *Rincones de la historia de Navarra* (Pamplona, 1954), pág. 357.

(12) YANGÜAS Y MIRANDA: *Diccionario de antigüedades del Reino de Navarra*, II (Pamplona, 1964), págs. 321 y 195.

(13) «... *quar paramiento fuero vienze*», Fuero General, l. II. tit. IV, capítulo XX. Vid., asimismo, *Novísima Recopilación*, l. II, tit. XXXII, Ley 16, que es la Ley 40 de las Cortes de Pamplona de 1642, en donde se indica con valor de principio general: «... *siempre prefriere al Derecho la voluntad*».

expresada, se incorpora al orden jurídico total con su propio alcance y valor normativo.

Y así todo el Derecho civil sanciona el criterio de la libertad. Libertad en el derecho de obligaciones, con una amplia autonomía de la voluntad; lo mismo, en la sucesión hereditaria, y en la organización del régimen matrimonial de bienes.

La libertad de disposición testamentaria (14), de estipulación contractual, de organización familiar patrimonial, constituye la gran regla, el principio básico del sistema. La libertad civil es el quicio organizador del Derecho privado de Navarra. Es más, incluso figuras de origen tan romano como son la rescisión por lesión y la restitución *in integrum*, parecen recibidas precisamente en su calidad de remedios contra presumibles atentados contra la libertad.

La libertad civil de la que vive informado todo el Derecho

(14) La libertad de testar introducida por la costumbre no exime de asignar la legítima foral. Pues, como bien dice la sentencia del Juzgado de Estella de 10 de diciembre de 1945, en Navarra, a tenor de la Ley 16, título XIII, libro III, de la *Novísima Recopilación*, rige la libertad de testar extendida por la costumbre a todas las clases sociales; pero para ejercitar tal libertad es preciso que en el testamento se deje a salvo la legítima foral de los hijos; de lo contrario, se causaría la preterición de los no instituidos, y en tal caso, los preteridos tendrían, con arreglo al capítulo I, título XX, libro III, del Fuero General, derecho a igual porción que los demás hijos. Las disposiciones sobre preterición son aplicables a los póstumos, de suerte que el póstumo de matrimonio legítimo que fuere preterido tendrá derecho a igual porción hereditaria que sus hermanos legítimos. Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia y el Derecho civil de Navarra* (Pamplona, 1948), pág. 46.

El fundamento último de este formalismo radica en el deseo de que nunca los hijos sean considerados como extraños. Se busca la continuidad de la casa, no el perjuicio de los restantes hijos, que suelen ser dotados «al haber y poder de la casa». El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de enero de 1946, alude a esta idea, y dice: «es lo cierto que el Derecho foral vigente en Navarra, con la libertad de testar que otorga, sin más limitación que la de que los padres, al disponer de sus bienes como quieran, hayan de dejar a sus hijos la legítima foral de cinco sueldos febles o carlines y una robada de tierra en los montes comunes, no autoriza a atribuir a los legitimarios la calidad de herederos en su propia significación de continuadores de la personalidad patrimonial del testador, que sólo corresponde al que éste instituye como tal, según tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia; pero, aun siendo ambos conceptos distintos, así cabe admitir que el de heredero, en un más amplio y menos jurídico sentido, abarca en aquella genérica denominación, a los hijos con derecho a legítima, que puede ser formularia, mas no excusable sin desheredación, y que, aunque no les faculte, como también tiene declarado esta Sala en anteriores sentencias, para el ejercicio de derechos que sólo al verdaderamente heredero asisten, tampoco los reduce a la condición de extraños a la herencia, ni a la de legatarios». Vid. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, cit. págs. 48 y 49.

privado de Navarra es, en el fondo, la libertad de la casa, la del seno de la familia, proyectada sobre los diversos aspectos de la vida. Razón por la cual se presenta como solidaria de la libertad pública, pues el conjunto de familias integra la colectividad social o popular.

2) *Unidad y continuidad de la casa.*

Por eso es preciso aludir a este ámbito en que la libertad se presenta como especialmente originaria, unitaria y substantiva. Me refiero a la familia.

La familia se centra y materializa en la casa (15). La casa es algo material, pero tiene un nombre y una configuración institucional que la habilita como titular de derechos y obligaciones, y opera sobre el grupo familiar a lo largo del tiempo: lo unifica, le da continuidad diferenciada y socialmente ostensible, lo conecta con la tierra y la actividad industrial doméstica; tierra o actividad que se recibió de los antepasados, que debe cultivarse, mejorarse, y, en fin, transmitirse a las generaciones venideras.

La casa es elemento jurídico, orgánico y supraindividual (16). La unidad y continuidad de la casa constituye el segundo principio fundamental del Derecho civil de Navarra.

En torno a esta idea se construyen la mayoría de sus instituciones familiares y sucesorias: las capitulaciones matrimoniales y la posibilidad de su modificación aun con posterioridad a la

(15) Acerca de su valor institucional en un Derecho afín al navarro, vid. MARTÍN-BALLESTERO: *La casa en el Derecho aragonés* (Zaragoza, 1944), páginas 31 y siguientes.

(16) La constante preocupación por la continuidad de la casa se refleja, ya de antiguo y de modo unánime, en las cláusulas notariales. Por citar un ejemplo, entre miles, ofrezco una cláusula contenida en un documento de 30 de noviembre de 1518 (Archivo de Protocolos de Famplona. Protocolo del Notario M. Brun), en donde se dispone: «En tal manera, que la casa de Subiça, sus heredades, ostilla de cubaje e todos e qualesquiera bienes e cosas pertenescientes a la dicha casa de Subiça quedan paral dicho Johan de Tirapu, hermano mayor de días. Con que a Johanot, su hermano menor de días aya e sea tenido dar en dineros e dineradas si ellos mismos no se igoalaren tanto quanto fuere bien visto a dos ombres esleytos por ambas partes, e assi quedando por días venir la dicha casa e hazienda del dicho lugar de Subiça e sus términos e sus pertenencias que por días fueron del dicho Loppe de Tirapu e María de Undiano.»

celebración del matrimonio (17); las donaciones *propter nuptias*, con toda la complejidad de reglas y *paramentos* usuales; el régimen de conquistas y las comunidades familiares más amplias; el nombramiento contractual de heredero y la delegación de facultades al mismo efecto; las cláusulas de dotación y asistencia a los hijos no instituidos; las previsiones para los supuestos de segundas nupcias; las reglas para mantener la paz del hogar, caso de disensiones entre el matrimonio instituyente y la familia formada por el instituido.

En las capitulaciones matrimoniales, es donde, a modo de carta constitucional de la familia, se establecen y regulan los puntos más importantes de la estabilidad y continuidad de la familia y de la casa.

Y así se pacta, como hace notar AIZPÚN SANTAFÉ (18), el derecho de los donantes—donaciones *propternuptias*—el derecho a participar en las conquistas del matrimonio joven donatario; lo cual demuestra que no es sólo el interés particular del donatario el que priva, sino el de la familia toda, en cuyo seno trabajan los hijos solteros, estableciéndose esa especie de comunidad económica que responde exactamente a la comunidad familiar que se quiere mantener, con la dirección de los «viejos», dando así su preeminencia a la jerarquía y a la experiencia, y manteniendo a la vez aquel propósito de conservar los bienes para seguir perpetuando las «casas», verdaderos hogares familiares.

Se pacta también, explica el propio autor, la elección de sucesor en la Casa o bienes donados; pero se faculta a los padres, o al sobreviviente, o a los parientes, para elegir al sucesor. Todo ello, como se ve, denota: primero, que esa elección responde a un designio familiar, puesto que son los padres, y si no los parientes, quienes eligen, para hacerlo en la persona mejor dotada o más apropiada para el caso; y segundo, que esa designación tiene puesta la mira en aquella conservación y mantenimiento de la familia, propósito de todo el sistema.

Se pacta, asimismo, la posibilidad de que no pierda el usu-

(17) NAGORE YARNOZ: *Capitulaciones matrimoniales*, en «Curso de Derecho foral navarro», I (Pamplona, 1958), págs. 143 y siguientes.

(18) AIZPÚN SANTAFÉ: *Ideas generales de las Instituciones*, «Curso de Derecho foral navarro», I (Pamplona, 1958), pág. 17.

fructo, que perdería por ley, el cónyuge viudo que case segunda vez. Mas para que se vea la finalidad de esa excepción, nótese que ese segundo matrimonio ha de hacerse con el beneplácito de los «viejos» donantes o de los parientes; lo que prueba que siempre se antepone a los derechos o conveniencias particulares la conveniencia de la institución familiar, a cuyo mantenimiento y defensa tienden todas estas condiciones, usuales en los contratos matrimoniales de Navarra.

Por otra parte, el mismo usufructo viudal de carácter legal apoya decididamente la permanencia de la familia; ya que, no sólo constituye un medio económico de vida para el cónyuge viudo, sino que mantiene la dirección y administración de la casa en las manos del padre o de la madre; con lo cual, además de no dividirse el patrimonio en esos momentos normalmente difíciles, se logra mantener la autoridad familiar, se evitan discordias posibles entre los hijos y se da una continuidad a la dirección y a la administración del patrimonio que, aparte de mantenerlo y defenderlo, da ocasión para que el viudo o los parientes tengan tiempo de elegir el sucesor apropiado (19).

El usufructo de viudedad abarca la integridad del patrimonio sin separación entre muebles e inmuebles, e incluso, sobre los susceptibles de reintegración patrimonial mediante el ejercicio de las acciones oportunas (20).

La dignidad de la mujer en la familia encuentra expresión en su condición de «señora» de la casa, con el apelativo de «poderosa», en los supuestos de usufructo viudal a su favor, y la exigencia de su consentimiento para toda enajenación de bienes de «conquista» a realizar por el marido. Este último requisito aparece en los antiguos documentos con tal insistencia, y aun con el alcance de otorgamiento conjunto, que llega a ofrecer síntomas reveladores de la primitiva vigencia de un sistema de comunidad universal de bienes entre los cónyuges (21).

(19) AIZPÚN SANTAFÉ, o. c., pág. 18.

(20) ABADÍA ESCOLÁ: *La viudedad foral*, en «Curso...», cit., págs. 197 y siguientes.

(21) Es muy frecuente, todavía en documentos de principios del siglo xvi, expresar la titularidad de la propiedad como común de ambos cónyuges independientemente de su calificación como conquista. Vid, por ejemplo, un tipo de contrato que se reitera en abundancia: «Que nosotros Pascoal de Mayneru

La casa es también medida objetiva de posibilidades familiares, y así vamos en muchas escrituras de capitulaciones matrimoniales cómo se ordena dotar a los hijos «según el haber y poder de la casa», no según el capricho del heredero. Es decir, la casa entraña un criterio objetivo, una medida de responsabilidad, moral y realista: nunca con menos de lo que se pueda, pero tampoco con más. Se superan así los individualismos dentro de un criterio funcional.

La adscripción de la tierra a la familia se asegura mediante diversas instituciones. La troncalidad tiene importancia capital en relación con la sucesión intestada (22), manifestándose, por lo demás, esta institución en el retracto gentilicio siempre fundado en un sólido sentido familiar (23).

También la legítima foral con carácter meramente formulario responde a la misma finalidad de evitar el fraccionamiento de la explotación agrícola. Su origen debe enlazarse, sin duda, con la Novela 115 de Justiniano, donde se establecía que los legítimos deben ser nombrados herederos. Pero he aquí que una prác-

e Johana de Legarda su mujer .. De nuestra cierta sciencia e saber et bera e agradable voluntad otorgamos e venimos de conocido e de manifesto que avemos vendido, transportado e alienado, e por thenor d'esta present carta e publico instrumento vendemos, transportamos e alienamos a vos, Peyreton de Izco, casero de la casa de Varassoayn Gayz, qui estades present e por delant. Es assaber, hun yerno que nosotros avemos e nos pertenece situado en el término de dicho lugar de Legarda, en el término e parte clamada Laniayz, que es veinte peonadas...» (Contrato otorgado en Puente la Reina el 25 de enero de 1504, Archivo notarial de Pamplona. Protocolo del Notario Martin Brun)

Por otra parte, como ha puesto de relieve LACRUZ BERDEJO en su conferencia incluida en este curso, en el propio Fuero General (l. II, tit. IV, XIX y siguientes, así como l. IV, tit. II, pág. 3), se encuentran importantes conjeturas en favor del sistema de comunidad universal entre los cónyuges para los supuestos de disolverse el matrimonio existiendo hijos. Vid. LACRUZ BERDEJO: *Cuestiones fundamentales de troncaldade foral navarra* «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1964, págs. 563 y 564.

(22) *Fuero General*, l. II, tit. IV, cap. XVI; *Novísima Recopilación*, libro III, tit. XIII, Leyes V, VI y VII; vid., asimismo, BRAGA DACRUZ: *O direito de troncalidade*, II (Braga, 1941), págs. 134 y siguientes. FERNÁNDEZ ASIAÍN: *Estudios de Derecho foral navarro* (Pamplona, 1951), págs. 95-114.

(23) La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1942 subraya el carácter familiar de este retracto, pues «... teniendo por base el sentido familiar y de afección que en aquel Reino ha caracterizado a la propiedad, faculta, en la Ley II, tit. III, l. III de la *Novísima Recopilación*, para el ejercicio del derecho de retracto sobre los bienes patrimoniales o de abolorio, a los parientes consanguíneos del vendedor comprendidos dentro del cuarto grado civil, y de sus hijos o nietos respecto a los bienes conquistados, esto es, adquiridos por el mismo».

tica muy difundida en la Europa medieval propugna que ese requisito se tenga por cumplido con sólo instituir en una cosa insignificante o puramente formularia. Las exigencias cualitativas de la sucesión forzosa se entendían así satisfechas; en cuanto a las de índole cuantitativa podrían ser atendidas por una manda o atribución ajena al llamamiento hereditario. La costumbre determinó en Navarra, después de una larga evolución progresivamente reductora, que el contenido de dicha Novela se concretara a la institución «en los cinco sueldos», como requisito para recordar y designar al heredero forzoso, pero sin que se ocasionara menoscabo ni fraccionamiento a la tierra familiar (24).

La casa, entendida en este sentido institucional, se presta asimismo a una consideración que estimo precisa para la puntual comprensión de todo el orden sucesorio. Quisiera poner de relieve cómo el principio de continuidad de la casa determina que el criterio jurídico de progresión en el tiempo no emane de la *generación*, sino de la *estirpe*.

El derecho de representación admitido con amplio alcance en el sistema sucesorio navarro constituye la expresión jurídica más firme de este predominio y valor configurador de la *estirpe* (25).

(24) Acerca del contenido tradicional de la legítima, es de interés la siguiente cláusula: «Item hordenó e mando e por legítima herencia heredo a Johan de Tardez e Mariana mis nietos e nieta, fijo e fijos de Catherina mi hija que fue, e Gaxarman su marido que fue, en sendas armutadas de tierra en huna pieza de tierra que yo he e a mí pertenesce en el término clamado Echavacoyz, término de la dicha villa de la Puente (límites) e si por heredar esa no cumpla pieza, les sea complescido a los dichos con dichos mis bienes, a bien vista de mis cabecaleros infrascritos, y en cada V sueldos carlines... e con esto les aparto e redro a los dichos mis dichos nieto e nieta.» En otras disposiciones deja su heredad a la nieta, con sustitución vulgar a favor del nieto. Cfr. Testamento otorgado por Pascoala, mujer de Lope de Arbizu, en Puente la Reina, el 23 de mayo de 1493 (Archivo notarial de Pamplona. Protocolo del Notario Martín Brun). Como se ve, la legítima parece concebida para una percepción efectiva en un predio concreto, propiedad de la testadora. Sin duda, se actuaba bajo la influencia del requisito justinianeo de tratarse de bienes *ex substantia patris*. El carácter meramente formulario de la legítima se ha difundido después por la costumbre: hoy se asigna usualmente en tierra comunal.

(25) Su ámbito se extiende no sólo a la sucesión intestada, sino también a la testamentaria y a la contractual. Vid. AIZPÚN TUERO: *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra* (Pamplona, 1957), pág. 35.

La Ley I, tit. XIII, l. III de la *Novísima Recopilación* de Navarra dice: «Que en las disposiciones *ex testamento* o inter vivos, los hijos y descendientes, por línea recta de los sustituidos, y llamados a la sucesión de algunos

Todo llamamiento sucesorio comprende, no sólo a la persona, sino también a su descendencia.

Las generaciones no entran en oposición unas con otras, ni se suplantán entre sí, sino que se unifican en la estirpe (26). En su virtud, la vida de este Derecho privado ofrece una continuidad estable, y a la vez progresiva, que entraña una adecuación realista, tanto a convicciones permanentes como a las nuevas exigencias peculiares de cada tiempo.

A este efecto, puede ser oportuno confrontar, respecto a la noción de estirpe, las ideas de reacción y revolución. La revolución, referida al plano familiar, está significada por el predominio del hijo frente al padre. Cuando el parecer del hijo prevalece sobre el del padre de modo total, exclusivo e informante,

bienes, que murieran antes que los primeros llamados entren en lugar de sus padres y ascendientes, como si ellos viviesen, representándolos.»

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1943 ofrece una interpretación de esta norma, sentando la siguiente doctrina: «El sentido literal de la citada Ley de la *Novísima* permite pensar *prima facie* que el derecho de representación en ella regulado se concede exclusivamente a los hijos y descendientes del heredero instituido en segundo o tercer término, es decir, al sustituto que fallezca «antes que los primeros llamados»; pero, no obstante, debe entenderse que se refiere al sustituto en el sentido de instituido preferentemente, porque sería absurdo aplicar el derecho de representación a los hijos del llamado en segundo término y no aplicarlos a los del llamado en primer término, y porque la *mens legis* navarra, al estatuir la representación de la descendencia del heredero de segundo llamamiento, no hizo la misma declaración para la del llamado en primer llamamiento porque no ofrecía duda.»

La representación rige también en relación con el testamento de hermandad. Así, por ejemplo, un Auto del Juzgado de Estella, de 27 de marzo de 1946, declara: «Si al fallecer la causante, bajo testamento de hermandad, habían premuerto tanto el cotestador, su marido, instituido heredero en primer lugar, como la única hija de ambos, nombrada sustituta en el propio testamento (y que premurió al testador, su padre), los hijos de ésta, nietos de los testadores, deben entrar en su lugar representándolos como si viviesen, según la Ley I, título XIII, l. III, de la *Novísima Recopilación* de Navarra y sentencias del Tribunal Supremo de 18-19 de diciembre de 1894 y 16 de diciembre de 1943, por lo que no se da el supuesto de sucesión intestada ni procede hacer la declaración de herederos *ab intestato* en favor de dichos nietos» (Cfr. SANTAMARÍA ANSÁ, o. c., pág. 51)

(26) La protección a la estirpe resulta también patente con ocasión del régimen establecido para las segundas nupcias. No puede dejarse al cónyuge ni a los hijos de posteriores matrimonios mayor cantidad que al que menos se dejase de cualquiera de los hijos del primero o anteriores matrimonios. Cfr. Ley 48 de las Cortes de Navarra de los años 1765 y 1766. Se presume que la continuidad de la casa se opera a través de la estirpe del matrimonio previo, por lo que ésta no puede quedar menoscabada en beneficio de la descendencia nacida de ulteriores nupcias. Vid. J. IRIBARREN: *Segundas nupcias*, en el «Curso», cit., págs. 127 y siguientes

tenemos la revolución familiar: el hijo no escucha; se impone. Por el contrario, cuando el padre no considera para nada el punto de vista del hijo y lo somete imperativamente a su criterio tenemos la reacción. Las dos ideas de revolución y reacción, aplicadas a la vida jurídica de la familia, nos dan un predominio, mejor dicho, un exclusivismo, del hijo o del padre. Y he aquí que la progresión sucesoria y la continuidad de la casa en los planteamientos vivos del Derecho civil de Navarra no discurre por ese cauce de exclusivismos y de pugna entre generaciones, sino que avanza por el cauce más seguro de la estirpe; el padre, junto con el hijo. No el padre sólo, porque sería reacción. No el hijo sólo, porque sería revolución. Si no al hijo con el padre, a través de la estirpe. En la estirpe se unifica y supera la posible contraposición de las generaciones (27). Y así vemos cómo todas las capitulaciones matrimoniales, todas las fórmulas de convivencia familiar, en suma, todo el Derecho sucesorio, no es sino un sistema de continuidad incesante, sin rupturas ni intermitencias, a través de la estirpe como concreción o modo de ser de la continuidad de la casa (28).

(27) La idea palpita incluso en supuestos contractuales a largo plazo. Existen testimonios en tal sentido. Así, por ejemplo, en 1557, los de Aézcoa tenían que renovar un cierto contrato sobre aprovechamiento de pastos con algunos representantes del valle francés limítrofe, y, a efectos de conferir el apoderamiento, se decide: «... e que estos deputados—los apoderados o mandatarios a nombrar—sean algunos ancianos e de buen consejo y experiencia, mas haya otrosí unos cuantos mozos y algunos maduros, para concorde inteligencia de los vieillos e de los jóvenes. E así, con buena cuenta y memoria de las cosas ya acontecidas se haga buen enderechamiento de las que al presente son y las que por tiempo serán, con buen juicio e mejor prudencia» (Documentación de Bornás, Ochavía, legajo 21).

(28) El llamamiento a la estirpe resulta patente de una u otra forma en todos los documentos notariales referentes a la sucesión contractual, tanto en los actuales como en los antiguos. Ofrezco, recogiéndolo al azar, el tenor de un documento otorgado en Almándoiz, el 16 de mayo de 1530, por un tal Xoantoco de Urrutiaizgaray y Maria, su mujer: «Otrosí los dichos Xoantoco de Urrutiaizgaray e Maria su muger, sennores de la dicha casa de Urrutiaizgaray, de su sciencia e saber certificados de todo su drecho en la mejor vía, forma e manera que de drecho e de fecho fase podian, e firmaron e fizieron donacion e cesión por vía de casamiento de la dicha su casa e de todas sus pertenencias, tierras y heredamientos (de la dicha su casa e de todas sus pertenencias, tierras) y dentro e fuera a la dicha casa pertenescientes, es a saber, a la dicha Maria Johan su dicha hija y ensemble con ella y por causa suya al dicho Johanicot Verecoeche su esposo y marido e a toda su genolla, herederos y posteridad...» (Archivo de Protocolos de Pamplona. Protocolo del Notario J. de Elizondo). Se acusa un llamamiento al yerno por causa del que se hace a la hija, y con ellos a su descendencia y posteridad. La

Esta consideración de técnica jurídica ofrece interés ahora que se estudia el fenómeno de las «nuevas olas», de la incompreensión entre las generaciones, de rompimientos con todo lo anterior, de protestar de cualquier idea previa; o, por el otro lado, de actitudes negativas a ultranza, que quisieran desconocer las conquistas realizadas por el hombre, el incesante progreso de la humanidad y la voz del tiempo. Pugna que en el Derecho se presenta con los caracteres más agudos e infecundos, pues conduce a la falta de estabilidad o a la inadecuación con la realidad. En cambio, cuando el padre y el hijo se juntan, en la estirpe, no hay predominio del uno ni del otro, sino que se complementan; cuentan los dos. Y al intervenir los dos la libertad está compartida, la libertad se hace solidaria, y cumple el designio propugnado en la divisa de los infanzones de Obanos de ser indivisible; en otro caso, la libertad estaría partida, monopolizada por el padre o por el hijo, de tal suerte que provocaría una progresión jurídica por sacudidas discontinuas y no de la forma incesante y renovadora, pero coherente y armónica, que confiere el principio de unidad y continuidad de la casa. El Derecho privado obtiene de este principio un sentido de integración y un valor constituyente que aseguran su arraigo social y su vigencia espontánea (29).

estirpe se encuentra llamada por explícita referencia a la hija, sus hijos y a los descendientes de estos últimos. Cláusulas similares se encuentran abundante y permanentemente en los archivos notariales hasta el presente.

(29) La designación del heredero tiene el significado de acto de concreción de la estirpe, por lo cual ofrece marcado carácter familiar, hasta el punto de poder hacerse por parientes. En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona de 14 de agosto de 1944 declara que: «...rige en Navarra la tan extendida como conocida costumbre de facultarse mutuamente los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales para que el sobreviviente distribuya entre los hijos los bienes del premuerto que falleció intestado, facultad, que así bien, por pacto en las mismas capitulaciones, suele atribuirse a los dos más próximos parientes, uno de la línea paterna y otro de la materna, que pueden nombrar un tercero en discordia, para que realicen la designación de herederos entre los hijos y señalen las dotes o legítimas a los demás». Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, citada, pág. 38.

Acerca de esta cuestión, vid., asimismo, SANTAMARÍA ANSA: *Derecho de familia*, en «Curso...», cit. págs. 121 y siguientes.

3) *La tradición.*

El tercer elemento de equilibrio es la tradición. El orden jurídico de la libertad informa todas las instituciones del Derecho civil de Navarra. Pero la libertad es posible, de una parte, con base en la unidad familiar y en la continuidad de la casa; y, de otra, por el aglutinante de la tradición. Familia y tradición son complemento de la libertad, pues evitan la dispersión que podría surgir si faltara la referencia institucional que confieren a la vida jurídica.

El elemento tradicional acusa su presencia en toda la estructura del Derecho civil de Navarra.

En las vicisitudes más importantes de la historia navarra aparece reiterada la voluntad unánime de «retener la naturaleza antigua» (30).

Y esta retención de la naturaleza antigua, siempre que se trate de algo vivo, es la que preside todo el desarrollo y toda la evolución de su Derecho civil. Así se explica que la costumbre sea la primera fuente de Derecho y que prevaleciera sobre la Ley (31). Es la primera fuente de Derecho precisamente en cuanto constituye una retención de lo antiguo que subsiste vivo: retención de los usos, de los modos de proceder, de los hábitos jurídicos dotados de autoridad social.

Pero lo que más importa llamar la atención en este sentido es la continuidad en el modo efectivo de vivir el Derecho; continuidad que se manifiesta en una admirable permanencia de lo sustancial a través de las manifestaciones vivas del Derecho privado (32).

(30) A la muerte de Sancho el Fuerte concluye la dinastía propiamente navarra y viene a reinar la casa francesa de Evreux, con Teobaldo I; surgen los primeros recelos, y los infanzones de Obanos exigen al monarca que «se retenga la naturaleza antigua del Reino».

Igualmente, en el momento de la incorporación de Navarra a la Corona de Castilla, en las Cortes de Burgos de 1515, se dice que la incorporación se hace *equè principalì*, «reteniendo cada uno su naturaleza antigua». Ley 33, título VIII, l. I de la *Novísima Recopilación* de Elizondo.

(31) Vid. SALINAS QUIJADA: *Las fuentes del Derecho civil navarro*, en el «Curso...», cit., págs. 65 y siguientes.

(32) Por otra parte, no puede menos de subrayarse la similitud de contenido fundamental de las cláusulas antiguas respecto de las hoy día em-

Lo antiguo se encuentra abierto a cualquier renovación, pero tiende a conservarse precisamente en el concepto de caudal con el cual se resolverá más acertadamente lo nuevo (33).

El juramento de los reyes abarca *fueros, estilos y costumbres*. Y así vemos cómo en la Ordenanza XLIII de las promulgadas por Carlos III el Noble, el año 1413, se dispone que «en la Corte Mayor se lleve un libro en que se lleven cuenta de los usos y costumbres» para que el rey pueda cumplir con su juramento. El juramento regio comprende y abarca siempre la fidelidad a la tradición; es fidelidad a «fueros, usos y costumbres». Por eso se ordena redactar el libro para que esté en el Tribunal de Corte, a fin de que al fallar todo pleito «se observen las costumbres e usos según Nos lo hemos jurado» (34).

Es ésta una idea que aparece de modo unánime y constante a través de los tiempos. En 1580 Felipe II prohíbe dar mandamiento alguno contra usos y costumbres (35). En la compilación de las Ordenanzas del Consejo Real, año 1622, en la primera del título I, libro III, se reitera: «Fueros, usos y costumbres, sean

pleadas en los puntos capitales del Derecho privado Vid., por ejemplo, el contrato matrimonial otorgado por Pero Sanz de Arizcun y su mujer, Mariato de Sagardibelz, a favor de una hija, con ocasión del matrimonio de ésta: «... Otrossi nosotros los dichos Pero Sanz e Marito... ottorgamos e venimos de conocido e de manifesto que habemos fecho donación y cession por via de casamiento, como por e con tenor de las presentes habemos fecho deste día e ora de oy en adelante de la sobre dicha nuestra casa de Sagardibelz y de todas sus tierras, vorda, hereades. . pertenecientes. A saber es. a vos la dicha Caterina... y con vos ensemble y por causa vuestra al dicho Eneco Juanchetorena vuestro marido... para vosotros y para vuestra genolla generación procreados o engendrados entre vos durante vuestro matrimonio. E con dicha casa ensemble, casales, pieças, vordas, mançanales, castanales e otros quoalessquiera derechos a la dicha casa pertenecientes. Otrossi reservamos y apartamos para las otras vuestras creaturas para tierra vezindat e legitimo heredamiento de hijosdalgo tanto quanto el fuero manda y es uso y costumbre en la tierra de Vaztan en la tierra nuestra propia llamada Abe-libist que es situada... affrontada...». Documento otorgado el 25 de enero de 1552 en Aycanda (Archivo notarial de Pamplona. Protocolo del Notario Juan de Elizondo). Contrastado este documento con otros de principios del siglo xx y con los actuales no se acusan diferencias esenciales

(33) Acerca del significado del elemento tradicional en la teoría general del Derecho, vid. Roscoe Pound: *Jurisprudence*, III (St. Paul Minnesota, 1959), páginas 654-671.

(34) *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, «Recopilación de ordenanzas, cédulas Reales, provisiones y autor acordados referentes a dicho Consejo dictados hasta el año 1622, realizada por Martín de Eusa, y editada en dicho año», folio 502 vuelto.

(35) *Novísima Recopilación* de Elizondo, l. I, tit. XXXI, leyes III y IV.

observados y guardados y preferidos a todo derecho Canónico y civil» (36). En 1695 las Cortes reunidas en Corella llaman la atención sobre el valor de los estilos de la Corte y Consejo para fallar los nuevos pleitos (37).

En suma, que la observancia puntual, minuciosa de la tradición jurídica se estima siempre como norma de estar viviendo una cosa justa y bien fundada (38).

Pero la retención de lo antiguo únicamente tiene sentido al tratarse de lo que permanezca vivo y usual. En esto radica la fuerza derogatoria de la costumbre. Cuando consista en algo no vivido, lo antiguo pierde relieve jurídico. De este modo, la proyección del elemento tradicional cobra valor precisamente en su realidad socialmente vigente.

La costumbre es la fuente de Derecho que informa a todas las demás, con fuerza para derogarlas incluso, y con designio modificativo y corrector; con voluntad, en suma, de constante perfeccionamiento del régimen de Derecho civil (39). En este sentido, la tradición, como criterio de elaboración jurídica, implica una actitud de incesante renovación; es, como certeramente se ha hecho notar, un acto de discernimiento estimativo, de selec-

(36) *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, compiladas por Martín de Eusa, cit. folio 239.

(37) *Novísima Recopilación* de Elizondo, l. XIX, tit. II, l. XXV.

(38) Es muy abundante la documentación en tal sentido. El valor de la tradición se invoca en defensa de toda clase de cuestiones, incluso de temas en apariencia poco importantes. Así, por ejemplo, en pleito del año 1607, el Valle de Roncal justifica su indumentaria peculiar, replicando al Fiscal del Reino: «Primeramente, que ha más de ochocientos años que la dicha Valle ha tenido y tiene el hábito y traje que agora traen; y en haberlo conservado tanto tiempo, y en otras cosas necesarias, han mostrado y muestran el prudente gobierno que tienen, como lo han hecho y hacen en la República de Venecia y en otras bien gobernadas y regidas» (Cfr. IDOATE, l. c.).

(39) Prácticamente, todas las instituciones deben su fisonomía actual a la costumbre que ha operado de modo incesante sobre ellas perfilando o modificando su naturaleza, incluso aunque viniera regulada por fuentes escritas.

Vid., por ejemplo, con relación a la troncalidad, lo declarado por la sentencia de la Audiencia de Pamplona de 5 de julio de 1944: «Los preceptos contenidos en el capítulo XVI, título IV, libro II del *Fuero General de Navarra*, sobre que los bienes, en defecto de 'creaturas', deben tornar 'ad aqueyllos parientes onq las heredades vienen por natura', y que 'si non estinan (si no testan), deven heredar los parientes ond vienen las heredades, son excesivamente vagos en cuanto al alcance de la troncalidad, pero si ésta ha de tener un límite, este límite ha de ser lógicamente más reducido que el de la sucesión intestada, y la costumbre ha producido un moldeamiento de dichos preceptos en el sentido de limitar la troncalidad al cuarto grado». SANTA-MARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, cit., pág. 37.

ción positiva del saber adquirido. No sólo se hace tradición con lo recibido del pasado. También con la nueva verdad que se conquista o con la nueva conducta que se crea se hace tradición; también ellas se entregan como saber o ejemplo a los demás para que se las incorporen y, a su vez, las transmitan. Se dirá que también se transmite el error; pero ahí está, no como tal error. El supuesto de toda tradición es la verdad o el valor que se encierra en lo que se trade. Naturalmente, puede resultar que no sea verdad o que no sea bueno aquello que es objeto de la tradición o que por mudadas circunstancias deje de serlo; pero seguirá siendo objeto de tradición mientras se le crea verdadero o bueno, y dejará de serlo cuando se le crea falso o malo (40).

El Derecho civil de Navarra es, por eso, altamente pragmático, poco teórico, reacio al mero sentimiento, y urgido de una incesante acomodación a las necesidades de la vida tal como se presentan (41).

En fin, que todas las manifestaciones de la vida del Derecho civil reciben un estigma histórico. Esta característica coloca al

(40) Cfr. A. G. VALDECASAS: *Las creencias sociales y el Derecho* (Madrid, 1955), pág. 24.

(41) En relación con el valor de los precedentes, usos y estilos antiguos para resolver los pleitos referentes a cuestiones nuevas y dudosas, es de singular interés lo establecido en la aludida Ordenanza XLIII del año 1413, la cual también subraya la conveniencia de que los abogados conozcan tales precedentes para poder aconsejar a las partes: «Item, como en nuestra dicha Corte aya muchas y dobladas dissensiones, y questiones en razón de los estilos, usos y costumbres de dicha Corte, sobre interpretaciones & entendimiento de algunos fueros & Ordenanzas, y por esto algunos se querellan, que en derecha de algunas partidas se declaran ó pronuncian algunas cosas en una manera & en derecha de otras partidas en semblant caso, en otra manera: por esto ordenamos y mandamos, que en dicha nuestra Corte sea un libro, en el qual sean escritas determinadamente según los negocios acaesceran, los estilos, usos y costumbres de dicha Corte & las determinaciones & entendimiento de los fueros & Ordenanzas de las cuestiones dudosas y nuevas, que acaesceran, según serán determinadas, y declaradas en la nuestra dicha Corte & en breves palabras y sustanciosas, haziendo mención del pleyto & de las partidas (partes). Et queremos, y nos plaze, que los Notarios, que leyran en los dichos pleytos, que las dichas dudas acaesceran, sean tenidos escrevir aquellas en el dicho libro, signando de sus propias manos, dentro en el término de diez días empues la sentencia sellada, y pasada en cosa juzgada, so pena de diez sueldos por cada vez que fallascieren a escrevir la tal sentencia dentro en el dicho término: & si necesario & expediente fuere, que sean signados por manos de nuestros Alcaldes, qui al pronunciar y declarar serán presentes: & esto por tal que á todos y generalmente sea hecho justicia y que los advogados sepa más en cierto consellar á sus partidas. Del qual libro será dada copia á aquellos, que aver la quisieran.» Vid. *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, cit., folio 502 vuelto.

ordenamiento de Navarra en un lugar en algún sentido próximo al ordenamiento inglés. El Derecho inglés también es, asimismo, un Derecho tradicional, consuetudinario, informado por precedentes y de fuerte realismo (42).

4) *Sencillez.*

El carácter tradicional ofrece un aspecto que importa subrayar. Me refiero a la sencillez y claridad que proyecta sobre todo el Derecho civil de Navarra (43).

Por ser un Derecho consuetudinario es popular, y por ser popular es sencillo y claro. Una misma institución sirve a veces para fines muy diversos; se pasa de una a otra sin advertencia de confin o de límite. Se tiende a eliminar las situaciones dudosas. La herencia, por ejemplo, se acepta en todo caso a beneficio de inventario para que no haya duda. No gusta la incertidumbre; en todo se persigue la claridad, lo más seguro, conciso y cierto. Buena manifestación en tal sentido es el régimen de las segundas nupcias, con las exigencias de previa liquidación de las relaciones patrimoniales del primer matrimonio antes de iniciar las del segundo. La claridad de toda cuenta se estima obligación sobreentendida en toda relación jurídica (44).

El tenor de las fuentes y de los documentos civiles viene presidido también por este criterio. No ofrecen nunca razones intrincadas, complicadas o difíciles, sino, por el contrario, unos pocos motivos obvios que hablen claro y rotundo (45).

(42) Vid. G. RADBRUCH: *Der Geist des englischen Rechts* (Göttingen, 1958), páginas 22 a 38.

(43) Acerca del significado de estos principios en Derecho aragonés, vid. PALÁ MEDIANO, en *Derecho civil de Aragón*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», I (Barcelona, 1950), págs. 193

(44) «En forma debida de derecho, para que, mediante aquel den la quenta bien y fielmente, sin perjudicar» (Archivo del Valle Salazar, documento J.012)

(45) «E que no escriban mucho ni difícil, pues así nos basta con que las mugas estén claras y aparentes» (De un apoderamiento para deslindar, Valle de Salazar, año 1572, documentación de Bornás, Ochagavía, legajo 32).

5) Buena fe.

El carácter popular se refleja también en el papel decisivo de la buena fe. Se trata de un ordenamiento en que la buena fe es elevada directamente al rango jurídico como criterio modelador de todas las instituciones (46).

La buena fe se presenta como *lealtad* mediante la cual se debe observar la palabra dada, el compromiso adquirido o la conducta honrosa, según la fuerte expresión... «bien y lealmente a todo lur poder» (47). Se encierra aquí una sostenida exigencia de fidelidad y de continuidad en la misma actitud de diáfana adhesión a la verdad (48), cuya invariada disposición por parte de la per-

(46) El principio de buena fe cuenta con una vigencia históricamente creciente. Con frecuencia se lo encuentra introducido en fuentes posteriores para templar contenidos normativos anteriores.

Vid., por ejemplo, su aplicación a las adquisiciones por usucapción extraordinaria, tal como la expresa la sentencia de la Audiencia de Pamplona de 15 de febrero de 1941:

«Desde el punto de vista del Derecho foral navarro, es indiferente que la pared en que se hallan abiertos los huecos sea o no medianera, porque el capítulo I, título V, libro II del *Fuero General* ya dispone de una manera categórica que 'todo hombre que tiene XL aynos heredit sen mala voz, et el demandador entrando et saylliendo en el regno de Navarra, el que la tiene non sea tenido de responder a ninguno por ninguna razón.

Es decir, que la Ley foral, entendiendo que el no ejercicio por el propietario ni por persona alguna por él encargada, de los derechos inherentes a la propiedad, durante el lapso de cuarenta años, constituía una dejación, un abandono de la cosa y de los derechos sobre ella, que la Ley no podía salvaguardar cuando contrastaba esta conducta con la del poseedor de la cosa que de una manera ostensible ejercitaba sin título alguno los derechos abandonados por el verdadero dueño, no requería para que tal poseedor pudiera prescribir a su favor más que el hecho de que esa posesión fuese pacífica.

Esta dura disposición legal que tenía su abono en razones de utilidad y conveniencia públicas, subsistió y subsiste en la actualidad, aunque templada su crudeza, ya que la Ley VIII, tit. XXXVII, l. II de la *Novísima Recopilación* vino a sustituirla disponiendo que cualquiera cosa, aunque sean mayoresrazgos y otras cosas semejantes, se prescriben por cuarenta años, sin título, con buena fe, conforme al Fuero: es decir, la necesidad de la buena fe en el prescribente para que el transcurso de los cuarenta años permita la prescripción de cualquier clase de cosas.» Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, cit., págs. 10 y 11.

(47) *Ordenanza LXXIII* del año 1413. Vid. *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, cit., folio 507.

(48) Esta continuidad parece vincular jurídicamente a la posteridad del otorgante del acto: «... ut numquam amplius requiram, nec querelam nec malam vocem faciam nec ego nec posteritas mea in eternum, set permaneat ad honorem et alodem proprium ibi. Hoc autem facio spontanea et bona voluntate...», cuya cláusula aparece profusamente reiterada. Vid. MARTÍN DUQUE: *La Comunidad del Valle de Salazar* (Pamplona, 1963), págs. 95, 96, 102.

sona adquiere el carácter jurídico de «mantenencia». Las «mantenencias» de los particulares se sitúan, en este sentido, junto a los buenos usos y costumbres colectivos, y se estiman imprescindibles para que la actividad jurídica transcurra con «sosiego, paz y tranquilidad» (49). La mala fe, por otra parte, encuentra sanción en todos los desenvolvimientos jurídicos (50).

IV

SIGNIFICADO Y FUNCION PECULIAR DE DICHS PRINCIPIOS

1) *Su consideración como directrices pragmáticas.*

Hecha esta ligera alusión a los criterios informantes del Derecho civil de Navarra, es conveniente puntualizar su significado. Desde luego, no son principios de Derecho natural en el sentido estricto de este concepto. Ya por hipótesis nos referimos a las bases del Derecho civil peculiar de Navarra, no a las que deben informar todo ordenamiento jurídico.

Tampoco ofrecen el valor de meras normas jurídicas subsidiarias. El Derecho civil de Navarra tuvo siempre como supletorio el Derecho romano. No es sólo una función integradora de las posibles lagunas la que desarrollan los aludidos criterios.

Su cometido afecta a toda norma, a toda elaboración y a todo desarrollo jurídico. Su significado consiste en constituir metas sociales hacia las cuales no es que se deba tender, sino que efectivamente tiende el propio ordenamiento civil. Son directrices pragmáticas llamadas a conducir las elaboraciones jurídicas, a partir de su planteamiento concreto y vivo, hacia soluciones empíricas socialmente estimadas como satisfactorias.

(49) Exposición de Motivos de las Ordenanzas del rey Carlos, del año 1413. Cfr. *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, cit., folio 497.

(50) Vid., entre otros pasajes, la *Ordenanza XXI*, de 1413: «... queremos y ordenamos que cada que los Aduogados allegaran, o proponan o los procuradores o las partes allegaran o proponer faran algunas excepciones maliciosas, por dilatar los pleitos, et no prouaran aquellas que los proponentes, o proponer facientes, sean condenados en las misiones a la parte et mas en cinquenta sueldos de calonia para nuestros cofres.» Obra cit., folio 499 vuelto.

Sostenimiento de la continuidad de la casa, vivencia de una efectiva libertad civil en la actividad jurídica privada, sentido de prosecución de los esquemas jurídicos históricos, sencillez y claridad de las elaboraciones, buena fe en toda actuación, en fin, los restantes criterios informantes, no se reducen a ser reglas de comportamiento individual, sino que son un *topos* o lugar social, independiente de los individuos, trazado, reclamado y decidido por la sociedad navarra como tal, y no por la voluntad ocasional de este o el otro hombre (51). Las aludidas reglas son tipo de quehacer humano que, según la experiencia, aquella sociedad necesita y reclama.

No son premisas lógicas, sino vigencias sociales que atraen y encauzan hacia su respectiva meta los problemas jurídicos que caen bajo su influjo mediante la probada autoridad de que gozan, por lo cual entrañan el valor de argumentos decisivos.

En efecto, bien pudiera decirse que son argumentos, *topoi*, en el sentido de la retórica griega. Conocida es la concepción retórica aristotélica, según la cual los argumentos emanan de una determinada referencia locativa. THEODOR VIEHWEG, en un importante libro, pulcramente vertido al castellano por el Profesor Díez-Picazo, ha puesto de relieve el papel de la tópica en todo inquirir problemático (52). Los *topoi* son puntos de vista que gozan de aceptación general y parecen conducir a la verdad. «Del mismo modo que resulta fácil encontrar las cosas ocultas cuando se conoce el sitio en que se hallan, para indagar en cualquier materia se hace preciso conocer sus tópicos. Así son denominados por ARISTÓTELES los lugares de los cuales se extraen los argumentos utilizables en la demostración: «sedes e quibus argumenta promuntur»... «argumentum autem orationem, quae rei debiae faciat fidem» (53).

La concreción locativa del argumento determina que su invocación se refiera preferentemente a un «área» de cuestiones, las más próximas o conexas con la *sedes materiae* de que se trate.

(51) Acerca de la inclusión de nociones semejantes a las indicadas como verdaderos *topoi*. Vid. MAX KASER, *En torno al método de los juristas romanos* (Valladolid, 1964), pág. 30.

(52) THEODOR VIEHWEG: *Tópica y jurisprudencia* (Madrid, 1964).

(53) VIEHWEG, o. c., págs 38 y 41.

Por otra parte, esta conexión estrecha con el problema implica en notable grado una postergación de la axiomática y la deducción. El problema es objeto de consideración directa en sí mismo y no en función de una premisa lógica. Cuando se quiere mantener un estrecho enlace con el problema—dice VIEHWEG—no puede menos de prescindirse de la deducción; por eso los juristas romanos fueron tan reacios a reducir su jurisprudencia a unos esquemas lógicos (54). No se trata de un postulado abstracto y previo, sino de una referencia dialéctica implícita en la propia materia del problema que sirve de guía para su resolución.

En cuanto al Derecho privado de Navarra, estas referencias dialécticas se identifican con peculiares realidades sociales del modo más pleno e íntimo; ofrece un carácter fuertemente instrumental, pues se encuentra informado por un marcado sentido teleológico, por una tensión, por una precisión de realizar los designios sociales que le sirven de criterios informantes. Estos no son restricciones de la libertad, ni constituyen imperativos definidos; son factores inherentes a la constitución social e histórica de la propia tierra. Factores que se erigen en objetivo o criterio inspirador de todo el sistema de Derecho privado.

La repercusión metodológica de estos peculiares criterios no precisa ponderarse. De cuanto se deja dicho se deduce que su función motriz se ejerce atrayendo todos los desarrollos jurídicos hacia la efectividad de las metas sociales en que consisten. No se trata de avanzar mediante una deducción lógica desde un postulado abstracto hacia un problema concreto, sino, por el contrario, de llevar, de referir, de situar el problema en el seno de una cierta convicción preexistente dotada de valor orientador y capaz de dar razón en aquella precisa zona de la realidad jurídica.

El método jurídico queda así muy facilitado. La técnica jurídica sigue siendo precisa, pues sin ella se cae en el arcaísmo. Pero las inseguridades de la lógica, al menos en el campo donde operan estas directrices, son sustituidas por la claridad de unas metas bien definidas. No es que las dificultades queden orilladas,

(54) VIEHWEG, o. c., pág. 74.

pero siempre se cuenta con el posible recurso a la evidencia de unas convicciones sociales elevadas al rango jurídico (55).

Porque, insisto, el Derecho civil navarro, en su conjunto, se caracteriza por encontrarse estrechamente unido a creencias sociales condensadas en el orden jurídico como referencias tópicas. Es, por ello, un sistema abierto.

2) *Carácter abierto del sistema.*

Como recientemente ponía de relieve el Profesor LACARRA, la organización jurídica de Navarra se presenta históricamente como constitución abierta, como fórmula elástica no cerrada sobre sí misma, sino en constante acomodación a las nuevas necesidades. Esta apertura, en el ámbito del Derecho privado, se presenta como oposición a cuanto pudiera significar concreción en un cuerpo conceptual elaborado por principios de escuela en figuras dogmáticas, rigurosas y excluyentes, cerrado sobre sí mismo mediante la deducción y segregado de la Historia por un carácter atemporal (56).

En efecto, el Derecho civil de Navarra, en virtud de su elasticidad, representa un proceso histórico abierto y problemático de incesante renovación. Todas las normas ofrecen virtualmente el carácter de Derecho vigente; es frecuente citar y contrastar en pleitos actuales fuentes jurídicas separadas entre sí por varios siglos de intervalo (57); sus argumentos conservan enlace con el

(55) Acerca de la significación de la tópica en la tarea interpretativa y su reflejo en la obra de LEIBNIZ y en el pensamiento de BACÓN, además de VIEHWEG, vid. ASCARELLI: *Problemi giuridici*, I (Milán, 1959), págs. 93-96.

(56) Cfr. sobre esta contraposición, ESSER, o. c., págs. 57, 137 y siguientes.

(57) Cfr., por ejemplo, la sentencia de 20 de octubre de 1947, de la Audiencia Territorial de Pamplona, dictada en un pleito en que se discutía el plazo de prescripción de las acciones nacidas del préstamo a interés:

«Si bien no existe unanimidad entre los autores acerca de la vigencia actual del precepto contenido en el capítulo XVI, título VI, libro II del *Fuero General de Navarra*, sobre prescripción por diez años de las acciones derivadas de los 'logros' o préstamos a interés, pues mientras unos recogen dicho precepto, dándolo implícitamente por vigente, otros lo silencian, sin que pueda juzgarse si lo hacen por omisión involuntaria o por deliberada opinión, la aplicación de los principios generales sobre derogación de la norma jurídica y el estudio paralelo de la citada disposición y de las demás que sobre pres-

planteamiento antiguo del problema y los remedios históricos. Se comprende que, así las cosas, sus criterios fundamentales ofrezcan un interés decisivo, pues su misión configuradora subsiste viva, no sólo como criterio interpretativo—lo cual puede ocurrir en toda clase de sistemas—, sino como base inspiradora de las

cripción se contienen en los posteriores Cuerpos legales forales, fuerzan a estimar la vigencia de aquel tipo de prescripción.

En efecto, aun negado el valor absoluto de la regla *'Lex posterior generalis non derogat priori speciali'*, a la que sólo puede darse una eficacia admonitiva que deje a salvo la libre interpretación de la 'mente' del legislador, es lo cierto que, en el caso actual, no hay incompatibilidad, ni, por tanto, razón de derogación, entre el expresado capítulo del *Fuero General* y la ley VIII, título XXXVII, libro II de la *Novísima Recopilación* de Navarra, dado que ésta se refiere a las acciones personales en general, y no afecta, como con unanimidad reconocen los autores, a otras prescripciones de tipo excepcional anteriores a las Cortes de 1580, en que fue sancionada.

Por otra parte, el precepto del *Fuero* no fue sustituido por el de mayor amplitud recogido en el Amejoramiento del rey don Felipe, que se refiere a toda carta de deuda, es decir, a las obligaciones personales en general, pero no a los 'logros' que en el capítulo siguiente se prohíben 'entre cristianos', y, por tanto, hay que estimar que en último caso, la derogación impuesta por la Ley VIII, título y libro citados, de la *Novísima Recopilación*, sería la del Amejoramiento, pero no la del capítulo XVI, título y libros citados, del *Fuero*.

Esta tesis parece la más conforme con la 'mente' del legislador, pues el espíritu de la época era contrario a los préstamos a rédito, y en evitación de las excesivas acumulaciones de intereses que, determinadas por el descuido de los deudores, causaban la ruina de éstos, acrecentando, por virtud de las prácticas de anatocismo, la carga de la deuda hasta límites insoportables, se hubo de establecer un término de prescripción corta para dichos préstamos, como se estableció, también por esta razón y por término de cinco años, para las pensiones de los censos en la Ley 35 de las Cortes de 1604 (Ley X, tit. IV, libro III de la *Novísima Recopilación*), que ponía su razón de ser en "la cautelación que los censuistas dejaban pasar muchos años sin cobrar, y en el daño que por ello recibían los censatarios", y no es de presumir que la Ley de 1580, dictada cuando todavía subsistían el recelo y la censura de la opinión, con relación a los préstamos a interés hubiera querido dilatar hasta los treinta años, como en cuanto a las demás acciones personales, la prescripción de la nacida de dichos préstamos, a la que no se aludió en forma explícita, como parecía natural que se hubiera hecho de haber sido ésa la intención de la Ley, y a la que no se puede deducir, que se aludiera por el hecho de referirse el texto a 'hipoteca y obligación de bienes', que no son exclusivas de los préstamos.

Los enunciados elementos de interpretación no pueden ser contradictorios por virtud de lo que establece la Ley XI, título XXXVII, libro II de la *Novísima Recopilación* sobre prescripción de las acciones ejecutivas, pues esta Ley no trata de señalar los plazos de ejercicio de las acciones ordinarias, sino de reducir a diez años la acción ejecutiva a la que específicamente alude, y aunque al hacerlo reconoce valor de probanza a los títulos ejecutivos pasados los diez años, esto ha de entenderse sin perjuicio de la prescripción respectivamente señalada para la acción de que se trate, y—por tanto—cuando ésa tenga señalado un plazo de ejercicio superior a los diez años, podrá ejercitarse después de transcurridos éstos aunque hubiera decaído la acción ejecutiva.» Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, cit., págs. 63-66.

acomodaciones reclamadas por las nuevas necesidades. En los sistemas cerrados, elaborado el cuerpo legal en que plasman los principios sociales que los informaron dejan de ser tales y de tener relevancia en tanto no se hayan trocado en condensaciones inmanentes a la regulación establecida de las normas, esto es, en principios del correspondiente ordenamiento positivo.

El Derecho civil de Navarra es un Derecho abierto, es un Derecho claramente abierto. Y en este sentido debería ser situado en el polo opuesto de la concepción propugnada por la escuela de Viena. El fundador de ésta, el gran jurista Kelsen, describe el orden jurídico como un orden cerrado sobre sí mismo: no comunica con la moral, ni con las convicciones sociales, ni con la Historia, ni con el orden económico. El orden jurídico es un puro orden de imputación, una ecuación lógica separada, con la mayor asepsia y pulcritud metodológica, de cualquier criterio de validez o de eficacia (58).

Con sentido y alcance distintos, también la codificación europea ha ofrecido una marcada tendencia a cerrar los ordenamientos civiles (59). La mayoría de los Códigos que rigen en Europa, en parte por la técnica codificadora y en parte por la mentalidad informante de la tarea interpretativa posterior, tienden a devenir sistemas atemporales; sistemas en que la lógica se cierra sobre sí misma y en donde las instituciones vienen a entrañar contrastes excluyentes y contradictorios (60).

Tales Códigos se encuentran influidos, en mayor o menor medida, por el Código de Napoleón. Y el Código de Napoleón es el producto más claro, el producto más perdurable de la Revolución francesa. Pero la revolución, para ser verdaderamente radical, ha de partir de un principio que sea la negación del pasado histórico con que se enfrenta. La Revolución francesa, frente al orden existente, que es Historia, que es continuidad con el pasado, alza la fe en una razón natural que es inmutable y que es absoluta. Y en base a esa natural razón inmutable y absoluta, surge el Código de Napoleón. Lo que ocurre es que no es posible evadirse de

(58) Vid. Kelsen: *Reine Rechtslehre* (Viena, 1960), págs. 60-114.

(59) Vid. ASCARELLI, O. C., I, pág. 96.

(60) Cfr. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlín, Göttingen, Heidelberg, 1960), pág. 330.

la Historia. Y así, paradójicamente, el propio Código no dejó de ser, en cierto aspecto, un monumento histórico en cuanto que recoge una importante tradición romana y, quizá todavía con mayor intensidad, una fuerte tradición de Derecho germánico. O sea que fracasó en ese intento de evasión, porque el propio Código ha resultado ser una condensación de historia jurídica (61).

3) *Son referencias tópicas emanadas de la vida social.*

No se trata ahora de retornar a puntos de vista ya sobrepasados, ni de menguar importancia a la obra codificadora de Napoleón, pues sus beneficiosos resultados en muchos sentidos son patentes e indiscutibles. Lo que quiero subrayar es que su Código, y más todavía, la mentalidad de la ilustración, de la cual emerge la compilación napoleónica, afirmó a la ciencia jurídica en un método de trabajo (62). Método que es esencialmente deductivo. Parte de la Ley, del tenor literal codificado, como de un axioma, del cual se obtiene deductivamente la integridad de un sistema que se basta para resolver todas las necesidades y que encierra en sí mismo la posibilidad de toda clase de soluciones.

Frente a este predominio de la lógica, del operar deductivo, de la formulación axiomática de las normas en el seno de un Código, precisa mostrarse la distinta caracterización predominante del Derecho civil de Navarra. Caracterización cifrada en su apertura y estrecha conexión con las creencias sociales; en su sentido pragmático, que no viene informado por unos axiomas que tengan valor de puntos de partida lógicos, sino por la atracción ejercida por unas metas reconocidas como punto de llegada, término o fin de todo desarrollo metodológico.

Metodológicamente, este Derecho civil se encuentra enlazado con unos criterios o puntos de vista hacia cuya consolidación propende. Estos ofrecen entre sí una coherencia, trabada históricamente, por lo que son base de un verdadero sistema, no de un conjunto de normas carente de articulación (63); el valor insti-

(61) Cfr. A. G. VALDECASAS, o. c., pág. 24.

(62) ASCARELLI, o. c., pág. 97.

(63) Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *El Derecho civil de Navarra* (Pamplona, 1955), página 23.

tucional de los mismos consiste en reflejar puntos esenciales de la constitución social imperante en el medio, por lo que aseguran un orden jurídico realmente vivido, un Derecho que, como pone de relieve AIZPÚN SANTAFÉ (64), cumple con su misión de regular acertadamente la vida social, jurídica y económica, de acuerdo con la geografía, costumbres, formación e ideas dominantes.

Ahora bien, esa coherencia capaz de estructurar un sistema tampoco es de orden lógico, sino vital y social. Las bases del Derecho privado navarro «no gozan del carácter de axiomas», podría decirse (65), sino que son referencias a la naturaleza de las cosas; referencias en cuanto implican una orientación del problema hacia ciertas vigencias dotadas de ejemplaridad respecto de un cierto orden de cuestiones o área de planteamientos.

Lo cual, por otra parte, no significa sino que el Derecho navarro ha permanecido en los métodos y cauces utilizados por la jurisprudencia romana (66). Esta jurisprudencia, en efecto, tanto en la época clásica como en su desarrollo ulterior, ha rehuído las construcciones axiomáticas y lógicas para ceñirse al problema concreto (67).

V

SU APLICACION A LA TECNICA COMPILADORA

1) *La inclusión de los principios.*

La consideración de la apertura a que aludo, y el peculiar significado de los principios, ponen de relieve la conveniencia de proceder con cautela en la tarea compiladora del Derecho civil de Navarra. A fin de mantener su fisonomía, se hace preciso, de una parte, reflejar con fidelidad a lo largo del texto articulado el valor configurador de los criterios referidos y, de otra, recoger las instituciones en su apertura hacia la realidad histórica, consuetudinaria y social, sin provocar hermetismos.

(64) AIZPÚN SANTAFÉ, o. c., pág. 16.

(65) VIEHWEG, o. c., pág. 126.

(66) Vid LACARRA: *Sobre la recepción del Derecho Romano en Navarra*, AHDE, XI, 1934, págs. 462 y siguientes.

(67) MAX KASER, o. c., pág. 15.

En el primer aspecto, la técnica codificadora debe tender a ofrecer un cuerpo de normas en que se insinúe de continuo una autoridad social largamente sentida. Nótese, a este efecto, que se pretende compilar las instituciones forales, precisamente en su vigencia. No se trata de crear el sistema de Derecho privado de las distintas regiones forales. La mente del Congreso de Derecho civil de 1946 se orienta a recoger en las compilaciones la efectiva realidad normativa en su genuino carácter y en su ser actual. Por ello, no es que se quiera conferir un valor jurídico nuevo a lo que, aun considerándose bueno, carezca de él; sino, por el contrario, se pretende plasmar el contenido del correspondiente ordenamiento foral en su efectiva vigencia y en su peculiar modo de ser. Peculiaridad que, en el caso del Derecho navarro, consiste sobre todo en su sanción social y en su valor tradicional; rasgos que, por lo mismo, la técnica compiladora deberá evidenciar en su preciso alcance (68). Los criterios informantes del Derecho civil habrán de ofrecer en la compilación un notorio significado de auténticas metas sociales hacia cuya efectividad se orienta la plenitud del propio ordenamiento.

Tales criterios afectan en conjunto a todo el sistema, de forma que su influencia puede hacerse patente en cualquier punto o problema; ahora bien: como queda dicho, existen zonas en que cada uno de los mismos adquiere una significación específica y una función preponderante (69). Su carácter de argumentos o referencias tópicos les confiere sentido y relieve peculiar precisamente en ciertos órdenes de cuestiones, es decir, en relación con determinados ámbitos de materias.

Así, por ejemplo, el principio de unidad y continuidad de la casa, eventualmente, podrá desplegar su acción en muy diversos planteamientos, pero no cabe duda que su sede específica se encuentra en el Derecho patrimonial de la familia, en el régimen sucesorio y en la patria potestad. El principio de libertad civil podrá configurar toda suerte de negocios, pero su alcance ofrece redoblada eficacia configuradora en orden a la contratación, al establecimiento de la organización económico matrimonial, y en relación con las disposiciones *mortis causa*.

(68) Vid. ENGISCH, O. C., 91. . . .

(69) Vid. ASCARELLI, O. C., 100.

La tradición encontrará reflejo especial en la formulación de las fuentes del Derecho, en la organización de la familia y de la sucesión, en la continuidad de la casa y de la estirpe, y muy señaladamente en la concepción, desarrollo y alcance de la costumbre; el principio de sencillez acusará particular influjo en la formalización y contenido de los negocios jurídicos. En fin, la técnica codificadora, en relación a estos principios, habrá de adecuarse al específico modo de ser de los mismos, reflejando con claridad, a través de su ubicación tópica, las áreas de su más predominante influencia.

Con todo, estas áreas no habrán de coincidir de modo necesario y excluyente sobre uno u otro libro de la compilación, pues no obedecen a bases fijamente delimitadas, sino a zonas de predominante despliegue. De ahí la conveniencia de apuntar su influjo en la regulación de ciertos puntos aun por encima de la distribución en libros, títulos o capítulos. Son áreas de cuestiones y de problemas; no áreas sistemáticas, siquiera éstas respondan en el fondo a cuestiones vitalmente próximas o conexas.

La afirmación de los principios ha de ser clara y directa. Con todo, no deberá adscribirse su expresión a unas palabras determinadas y constantes en todas las referencias que a los mismos se hagan, sino que, por el contrario, su valor inspirador habrá de fluir a través de términos variables y locuciones distintas, a fin de que su fecundidad no quede ceñida por una terminología unívoca. De esta manera se facilita, además, la interconexión de distintas normas a través de un mismo principio (70).

En suma, se trata de instalar, con sentido pragmático y una distribución tópica elástica, los principios fundamentales en el espíritu y en la letra de las diversas instituciones, y sobre todo en la base de la interdependencia recíproca de todas ellas, como razón cohesiva de las mismas, y como voluntad determinante del sistema objeto de compilación.

(70) Vid. PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente de Derecho* (Barcelona, 1951), pág. 140.

2) *La prevención del hermetismo.*

Por otra parte, la técnica compiladora debe mantener y cuidar, en la medida de lo posible, la concepción abierta peculiar del Derecho civil de Navarra. La inclusión de los principios en la forma indicada asegura por sí sola un alto grado de apertura. Pero es conveniente añadir otras cautelas complementarias.

Se debe evitar, en primer término, un cierre del ordenamiento jurídico en categorías lógicas excluyentes. Se rehuirán a este efecto las definiciones demasiado precisas que por su misma formulación impliquen un límite al posible empleo de la correspondiente figura; por el contrario, del propio texto recopilado deberá fluir el fácil enlace de instituciones y de régimen jurídico. Se eliminarán los excesos de abstracción, las expresiones demasiado cultas o técnicas, y las concepciones abstrusas. Empléense, por el contrario, los términos y las fórmulas consolidados por el uso o la costumbre. En suma, la fidelidad del nuevo texto con el contenido histórico del propio Derecho, la elasticidad de todo el sistema, la falta de barreras insalvables entre las instituciones y, en fin, la sencillez y espontaneidad de la terminología impedirán que se frustre, en el plano lógico, la apertura proporcionada en el orden vital y pragmático por la conexión a principios dotados de arraigo social y por la adecuación realista a la naturaleza de las cosas.

Pero también conviene prevenir el cierre al tiempo y a la Historia. Las codificaciones, se ha dicho (71), suelen sustituir un modo de ver según tradiciones por un discurrir por teorías. Pero la teoría con facilidad se hace atemporal. Por eso se precisa captar las diversas instituciones en su genuino dinamismo, con sentido de sus aplicaciones efectivas en la vida jurídica histórica, esto es, incluyendo su «cara interna», vital y pragmática (72). Las frecuentes y extensas remisiones a la costumbre han de constituir, a tal efecto, el cauce más seguro y eficaz para mantener abierta la dimensión histórica del Derecho codificado. La costum-

(71) WIAEACKER: *Historia del Derecho privado de la edad moderna* (Madrid, 1957), pág. 189.

(72) Vid. ESSER, o. c., pág. 418.

bre asegura tanto la conexión con el pasado como la incorporación armónica al futuro en orden a una incesante renovación y actualización del Derecho.

El Derecho civil de Navarra precisa contar en todo momento con la autoridad de lo usual, de lo tradicional, de lo ya vivido. Por eso la incorporación de la costumbre, no ya de modo general, sino incluso en la vida y contenido de las instituciones; constituye una insoslayable necesidad de su técnica codificadora.

Todas estas observaciones podrían resumirse y sintetizarse en la idea de que los criterios, principios y líneas directrices imperantes en la compilación a elaborar sean los mismos que hasta ahora han venido informando el modo de ser del Derecho civil navarro; lo mismo tanto en su entidad como en su alcance y virtud informadora. Se trata, en suma, de facilitar la efectiva aceptación del texto compilado por la propia sociedad a la que va dirigido, ofreciendo a esa sociedad lo que es suyo y ella misma ha creado y tenido como propio durante su existencia secular.

3) *Recepción de los principios en el sistema general.*

Finalmente, quiero poner de relieve una consecuencia de súbito interés que, en orden a la política legislativa nacional, entraña la aprobación de las compilaciones. Hasta el presente, sin perjuicio de la vigencia de los correspondientes ordenamientos forales, el legislador español moderno no se encontraba implicado en las particularidades de su régimen jurídico; pero, al hacerlas objeto de una sanción legislativa explícita, las da por buenas en todo su alcance.

Con razón observó FERRINI que toda norma penetra en el sistema «modificando y modificándose» (73). Pues, en efecto, en nuestro caso, si por un lado la codificación de los Derechos forales entraña un notable grado de racionalización de los mismos, con su consiguiente transformación, por otro, la recepción de la sanción legislativa actual hace que sus principios no permanezcan extraños, y menos opuestos, sino recibidos entre las bases infor-

(73) FERRINI: *Manuale di Pandette* (Milano, 1953) 33.

mantes del sistema jurídico patrio considerado en su conjunto y en su coherente vigencia.

Certeramente me hacía notar hace poco mi querido amigo GONZÁLEZ PALOMINO la significación que, en este orden de ideas, pueden ofrecer, por ejemplo, las compilaciones de Cataluña y Baleares respecto a la posibilidad de pactar en Castilla, por capitulaciones matrimoniales, la eliminación del requisito de la autorización marital. El artículo 1.316 del Código civil ya no podrá ser interpretado como esencialmente opuesto a los pactos celebrados en ese sentido, los cuales, en lo sucesivo, nadie estimará contrarios a las leyes, ni a las buenas costumbres, ni depresivos de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges, ni desconocido por la *mens legislatoris*. Porque la familia y sus bases fundamentales son y responden a unos mismos principios en toda España. Observación certera y susceptible de generalización a otros muchos supuestos. Desde este punto de vista, el Derecho foral no queda fuera del torrente circulatorio general, sino que lo vivifica y es vivificado por él.

Los perfiles concretos del llamado «orden público» resultan modificados. Ciertas convicciones imperantes en los Derechos forales, al quedar sancionadas con las correspondientes instituciones, en modo alguno podrán ser consideradas como opuestas a los criterios esenciales del legislador español. El régimen del Código civil y los de las compilaciones, en su normatividad inmediata seguirán ofreciéndose como distintos, pero, en su dimensión profunda, son objeto de indudable recepción e influencia recíproca. Se aprecia así el valor de los principios, su fuerza de conexión y su virtud expansiva e informante. El legislador sanciona textos, pero, al hacerlo, elige y acepta principios. Y a través de éstos, la técnica jurídica puede transitar hacia construcciones armónicas y bien articuladas.

JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE.