

INFORME

SOBRE

EL PROYECTO DE APÉNDICE DE NAVARRA AL CODIGO CIVIL

APROBADO POR LA JUNTA DE
GOBIERNO DEL ILUSTRE COLEGIO
DE ABÓGADOS DE PAMPLONA

CUADERNO 1.º



TÍTULO PRELIMINAR



Imprenta provincial,
á cargo de M. Falces

—1926—

INFORME

SOBRE EL PROYECTO DE APÉNDICE
DE NAVARRA AL CODIGO CIVIL

APROBADO POR LA JUNTA DE
GOBIERNO DEL ILUSTRE COLEGIO
DE ABOGADOS DE PAMPLONA

CUADERNO 1.º

TÍTULO PRELIMINAR



Imprenta provincial,
á cargo de M. Falces

—1926—

INFORME

SOBRE EL PROYECTO DE APÉNDICE DE NAVARRA AL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN CON EL TÍTULO PRELIMINAR DE DICHO CÓDIGO

La simple lectura del título preliminar del Código civil en relación con los fines del apéndice de Navarra, según el art. 6.º de la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, permite clasificar los preceptos que aquél contiene, en dos grupos: uno formado por los artículos que por su carácter general y aun constitucional no afectan de modo directo al menos a la esencia de nuestras instituciones civiles; y otro en el que se hallan los artículos que guardan una estrecha y a veces fundamental relación con la vida y los efectos jurídicos de esas instituciones.

El estudio del primer grupo, sólo exige una somera contemplación para justificar su independencia del proyecto de Apéndice, único concepto que obliga a hacer una ligera referencia a las normas en él contenidas.

Primer grupo

Preceptos que no afectan a la substancialidad de nuestro Derecho

CODIGO CIVIL. — *Artículo 1.º Las leyes obligarán en la península, islas adyacentes y territorios de Africa sujetos a la legislación peninsular, a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa. Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la Gaceta.*

Es decir, que en este artículo se proclama, en primer lugar, la *obligatoriedad* de las leyes, nota que filosóficamente les es esencial y que prácticamente se evidencia en los casos de infracción, elusión ó incumplimiento, por medio de la coacción. Y en el Derecho navarro podemos encontrar, si no una declaración propiamente hablando — por ser excepcionales en sus leyes los enunciados genéricos y filosóficos — afirmaciones numerosísimas y presupuestos análogos al de ese art. 1.º

Podría, sin embargo, ponerse algún reparo al aserto de que «las leyes obligarán en la Península, etc.», en cuanto no se hace salvedad respecto de las civiles y administrativas con relación a Navarra, donde esas leyes *no regirán*, a pesar de lo imperativo del precepto, en cuanto se opongán a nuestro sistema jurídico en esos dos planos. Pero no tendría una plena justificación el reparo; en primer lugar, porque es-

tá condicionado ese artículo por la declaración que contiene el 12 y por numerosas disposiciones del Poder Ejecutivo y decisiones de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las que se desprende que no ha de entenderse en absoluto o *simpliciter*, sino *secundum quid*; y, en segundo lugar, porque no sería propio, ni tal vez posible, definir a priori el territorio a regir por leyes futuras, pues toca a éstas, en cada caso particular, el determinarlo.

Además, las leyes todas españolas, obligan, en cierto modo, en la totalidad del territorio, al menos en relaciones jurídicas singulares, como se ve, por ejemplo, en la teoría de los estatutos y en ciertas consecuencias de los actos jurídicos. ¿Quién duda de que en el resto de España obliga la ley navarra que establece la libertad de testar, cuando un navarro dispone de sus bienes por acto *mortis causa* á su libre arbitrio?

La segunda parte del artículo es, también, *inofensiva* — valga la palabra, — para nuestro Derecho civil. Porque en ella se establece el sistema de promulgación *simultánea* de las leyes, que es el más conforme con las realidades sociales de estos tiempos.

Cierto que en Navarra, la promulgación era mixta de *material* y *sucesiva*; pero esto ha pasado hace mucho tiempo de los dominios de la realidad al campo de la tradición, y no reza siquiera con la substancialidad jurídica que el Apéndice está llamado a conservar.

Art. 2.º La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Este artículo, filosóficamente es un disparate; prácticamente es norma utilitaria, mal menor con que se atajan todos los conflictos que el dar valor jurídico a la ignorancia de la ley provocaría. En la palabra ley debe entenderse comprendida la costumbre, aunque no estaría de más la aclaración.

Art. 3.º Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario.

Consagra este precepto el principio de la no retroactividad de la ley, como regla general, aunque deja la puerta abierta a las excepciones, como es lógico.

En nuestro Derecho, ese principio, *tal como lo establece el Código*, era axiomático, y basta a demostrarlo el hecho de que con repetición declararan nuestras Cortes que determinadas leyes no sólo habrían de observarse en lo futuro, sino que se aplicarían aun a los casos anteriores donde no hubiere litispendencia; disposición ésta innecesaria si no dominara el principio de irretroactividad.

Art. 4.º Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez.

Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés ó el orden público ó en perjuicio de tercero.

El primer párrafo de este artículo es una sanción necesaria a la infracción legal, tiene sus precedentes

en nuestro primer supletorio, el Derecho romano, y las leyes navarras hacen aplicación del principio en numerosas ocasiones. Sobre no destruir nada esencial concuerda con nuestro Derecho y con todos, pues es principio universal.

El segundo párrafo—renuncia de derechos, a que antes se daba impropriamente la denominación de renuncia de ley,—obedece a un principio indudablemente observado entre los navarros, como se desprende de la ley 3.ª, tít. 7.º, lib. 3.º de la Novísima Recopilación, y de la práctica constante que revelan las antiguas escrituras en las que con gran frecuencia se ve renunciar a las leyes *Fémina, Non numerata pecunia*. Mejoramiento del Fuero, ley que lo interpreta, etcétera etcétera. Claro es que lo que se renunciaba no era la ley, sino los derechos que concedía.

Art. 7.º Si en las leyes se habla de meses, días o noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas y las noches desde que se pone hasta que sale el sol.

Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan.

Como es evidente por su sola lectura, este artículo no puede rozar siquiera nuestro sistema jurídico civil. Es verdad que en algunas leyes navarras se habla de días y de años, pero es indudable que el cómputo de unos y de otros se hacía de conformidad con la norma que el artículo 7.º establece, porque ello era obligada consecuencia de la adopción del calendario

Gregoriano el año 1592. Además, la costumbre está de acuerdo con el precepto codificado.

Art. 9.º Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan a todos los que habiten en territorio español.

La procedencia de este artículo es evidente. Tal vez su redacción para evitar dudas respecto de las leyes de policía hubiera podido ser más concreta, pero, en rigor, las dudas y suspicacias traspasan la literalidad del texto. ¿Cómo dudar de que hay leyes y disposiciones de policía que no obligan en Navarra? Pero, del mismo modo, ¿cómo negar que las que rigen aquí, como las que tienen otro ámbito de aplicación, obligan a todos los que residen en España, que es lo que el artículo dice?

Art. 13. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

Esta disposición no nos afecta.

Todos estos artículos, que constituyen el primer grupo de la clasificación a que se alude al principio, están completamente desligados de nuestras especialidades jurídicas. Al redactar el proyecto de Apéndice, podemos desviar de ellos nuestra atención, sin el menor riesgo, para que nuestra obra responda a sus altos fines.

Segundo grupo

Preceptos directamente relacionados con nuestro sistema jurídico

Dentro de este grupo de preceptos, el primero que se presenta a nuestra consideración en el estudio exegético del Código es el artículo 5.º, de capital importancia para nosotros porque pugna con uno de los principios más capitales, más trascendentales y más simpáticos de nuestro Derecho, que es el libre imperio de la costumbre. Merece, pues, ese artículo una detenida meditación.

Art. 5.º Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.

Este artículo, al desterrar del sistema jurídico español la costumbre contra ley es una monstruosidad en pugna manifiesta con los principios filosóficos y con los precedentes constantes y uniformes de la Historia universal y singularmente de la Historia de España. Eso es elevar á dogma aquel concepto simplista que sólo veía en la ley un «mandato del superior a los súbditos» y en los ciudadanos de un Estado..... eso, súbditos, pero no sujetos de derecho, no realidades vivientes con un fin supremo que cumplir mediante la realización de múltiples y complejos fines particulares para alcanzar los cuales el hombre elabora, sometido a la ley de condicionalidad, los medios correspondien-

tes, ya en el orden moral, ya en el orden físico, y produce, en lenta evolución de las generaciones, antes que la ley, las grandes instituciones sociales (la propiedad, la familia, el municipio, la contratación multiforme) y el Derecho mismo en su forma espontánea, resumen de la convicción colectiva dictando reglas de convivencia: la costumbre jurídica.

Y causa asombro que jurisconsultos eminentes, cual los que intervinieron en la redacción del Código civil; hombres, no sólo formados por la práctica del Foro, del que tenían esa larga experiencia insustituible para formar un criterio jurídico perfecto y experimental, sino dedicados también a los estudios profundos de la legislación comparada y de los principios fundamentales del Derecho, que integran su filosofía y su biología, pudieran atreverse, contra esa experiencia y esos estudios, a cercenar un miembro vital del organismo jurídico de tan capital función como la costumbre. Fué aquel un acto de inconsciente anarquía por exaltación del poder.

En el orden especulativo, nadie con solvencia científica ha puesto en duda jamás que la costumbre sea fuente del Derecho, y muy pocos han negado que lo sea contra la ley misma. Se han apuntado, sí, ciertas salvedades para mermar su imperio y se han exigido más o menos requisitos para concedérselo con valor derogatorio. Pero al fin se reconocía con más ó menos cortapisas su fuerza á este respecto.

Los precedentes históricos, que eran la realidad

misma, rechazaban esa peligrosa declaración del artículo 6.º Y no sólo en la vida, en los mismos viejos Códigos españoles, aparecía reconocida directa o indirectamente la fuente consuetudinaria.

Ya en el Fuero Juzgo, a pesar de su fin unitario y de su anatema contra el Derecho romano, tenían los autores del Código la ley 4.ª, del tít. 2.º, lib. 1.º, en la que se decía que la ley «deve seer guardada segúnd la costumbre de la cibdad»; y en las leyes del Estilo, la 238, declarando que de las cinco cosas «que embargan los derechos escriptos», «la primera es la costumbre usada, ques llamada consuetudo en latín»; y en las Partidas, aquel famoso título 2.º de la primera Partida cuando dice que «embargar no puede ninguna cosa las leyes que no ayan la fuerza y el poder que avemos dicho, sino tres cosas. La primera uso. La segunda costumbre. La tercera fuero. Estas nascen unas de otras, e an derecho natural en sí: según en aqueste libro se muestra: ca bien como de las letras nasce verbo, e de los verbos parte, e de la parte, razón, :assi nasce del tiempo uso: e del uso costumbre; e de la costumbre fuero»; y la ley 6.ª, ya en el desenvolvimiento de esta progresión, al decir que la costumbre «aún ha otro poderío muy grande, que puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas antes que ella....» Y la ley 1.ª, tít. 28 del Ordenamiento de Alcalá, que no obstante su propósito de disciplinar el Derecho castellano de su tiempo, ordenó que se guardasen los usos y costumbres de las comarcas afora-

dos de aquel Reino. . . . Y ni aun en las Recopilaciones, inspiradas en el absolutismo absorbente de los reyes se llega a encontrar expresamente desterrada y desconocida la costumbre en el Derecho castellano.

Pero, al mismo tiempo, los redactores del Código, tenían el clarísimo ejemplo de los territorios forales, que nutrían gran parte de su derecho con la costumbre. Así en Cataluña, el Usaje *Unaqueque gens* y numerosas disposiciones concordantes, superaban al Derecho castellano, reconociendo la virtualidad de la costumbre, y aunque falta la declaración expresa de su eficacia contra ley, prácticamente siempre la ha tenido; en Aragón, las Observancias, recopilación de costumbres escritas para su mayor respeto y más fácil conocimiento, daban también a la norma consuetudinaria el carácter de fuente jurídica aun contra la ley misma; en Vizcaya (ley 1.^a, tit. 1.^o, lib. 1.^o) los Señores venían obligados a prestar juramento de respeto y guarda de los usos y costumbres del Señorío, según se ve en el Fuero de los fijos-dalgo; en Baleares era la costumbre contra ley admitida y aplicada con la misma fuerza que en Cataluña y además están admitidos en todo su vigor los usajes, costumbres y constituciones del Condado que declaran expresamente sus excelencias; y entre nosotros es sabido que el imperio de la costumbre en sus tres manifestaciones—*prefer legem, secundum legem y contra legem*—es un hecho incontrovertible, observado constante-

mente en la práctica y recogido escrupulosamente en las leyes.

Y era natural. Porque Navarra, pueblo libre, libremente se dictaba sus propias normas y el legislador era el primero en acatar las consuetudinarias aunque se opusieran a sus expresos mandatos escritos. Ya lo decía Santo Tomás, impugnando en la Suma Teológica, la teoría de que la costumbre no puede tener fuerza derogatoria contra las leyes, con estas palabras: «Al 3.^o (se refiere al tercer argumento que refuta) que la multitud en que se introduce una costumbre, puede ser de dos condiciones: porque si es un pueblo libre que puede legislar por sí propio, la unanimidad de la multitud es más eficaz para observar lo que la costumbre manifiesta, que el mandato del Príncipe, que no tiene potestad de establecer la Ley, sino en cuanto representa la personalidad de la multitud; y por consiguiente. aunque cada individuo no puede hacer la Ley, sin embargo, todo el pueblo sí puede hacerla; pero, si el pueblo no tiene potestad de darse la Ley o de remover la impuesta por un poder superior, prevaleciendo empero la misma costumbre, obtiene fuerza de ley, en cuanto es tolerada por aquellos a quienes incumbe imponer la ley a la multitud; porque parece que por esto mismo aprueban lo que la costumbre ha introducido». (Cuestión 97, art 3.^o, 2.^a, 1.^a).

Agréguese a esto que el Derecho romano hasta su última época en que echó sobre sus gloriosas páginas el borrón de negar a la costumbre fuerza dero-

gatoria, y el Derecho canónico; el primero, precedente supremo de toda la legislación española, y el segundo de constante influencia en su desenvolvimiento, sobre todo en ciertas regiones, aceptan y proclaman la potestad derogatoria de la costumbre, y que, aun siendo esto mucho, es más importante y más poderosa todavía la enseñanza de la realidad, la observación constante del fenómeno social indefectible, en virtud del cual la costumbre, aun proscrita en este aspecto por el legislador, viene en la realidad derogando la ley en cuanto las necesidades sociales engendran una práctica opuesta a los mandatos de aquélla. Hasta los mismos Tribunales, no obstante la disposición del Código civil, observan en toda España en la actualidad costumbres contrarias a terminantes mandatos de la Ley y a pesar de lo dispuesto en ese absurdo artículo 5.º

Se trata, pues, de una disposición que no debió formar parte del Código, y que ni aun tenía en su abono la circunstancia de estar tomada del de Napoleón o del de Italia, que sirvieron de modelo, servilmente copiados en ocasiones, para la redacción del nuestro. Uno y otro guardaban silencio sobre este punto, aunque es de justicia reconocer que otros Códigos, como el holandés y el bávaro, proscribían implícitamente la costumbre contra ley; antecedentes que no debieron ser imitados por dos razones: porque el precepto es anticientífico, y porque está en completo desacuerdo con los precedentes legales de nuestra pa-

tria, que debieron ser tenidos en cuenta conforme a la primera de las Bases a que la Comisión debió sujetarse.

Resulta, pues, completamente justificada la censura con que acogieron los autores esa innovación, y la doctrina, con raras excepciones, admite hoy como inconcuso el imperio de la costumbre derogatoria

II

Para nosotros es esencial en la redacción del Apéndice, dejar a salvo la costumbre contra ley, como parte substancial que es de nuestro régimen jurídico.

Como ha dicho un Letrado de este I. Colegio «en pocas legislaciones podrá apreciarse tan fácilmente como en la nuestra, su carácter consuetudinario. Empezando por el juramento de los reyes de Navarra, anteriores y posteriores a su incorporación a Castilla de guardar las leyes, usos y COSTUMBRES del Reino, por donde quiera que se abren nuestros fueros, se encuentra una prueba, una declaración terminante de la costumbre o una invocación de sus prácticas. Y es que la costumbre, por tener su origen en las necesidades sociales del país mismo, respondía a sus creencias, a sus ideas más arraigadas, a sus convicciones más firmes, al ambiente de cada época, al uso de cada región y hasta a sus condiciones geográficas.

«Así nacían instituciones tan características como

la libertad de testar, el usufructo foral, las donaciones propter nuptias, el principio de troncalidad, la legítima foral; así se adaptaban a las necesidades de los tiempos las viejas leyes que fueron privilegio de la nobleza, extendiendo sus beneficios a todos los navarros, y así se renovó nuestro Derecho, derogando por el no uso, o por el uso contrario, leyes arcaicas e inadaptables. . .

«Costumbres, sí, por todas partes: anteriores á la ley, acatadoras de la ley o derogatorias de ella. Ese es nuestro Derecho.

Los ejemplos que pueden aducirse, ocuparían muchas páginas.

La Ordenanza 45 de Carlos III el Noble, de 1417, dispuso que se llevase un libro donde puntualmente se escribieran LOS ESTILOS USOS Y COSTUMBRES DEL REINO «toda vez—dice—como Nos en la jura de nuestro coronamiento, hemos jurado fueros, usos y COSTUMBRES de nuestro Reino, sean observados y guardados según Nos los havemos jurado, Y SEAN PREFERIDOS A TODO DERECHO CANÓNICO Y CIVIL», precepto que fue reproducido dos siglos después en la primera de las Ordenanzas del Real Consejo.

La ley 1.^a, tít. 3.^o, lib. 3.^o de la Novísima Recopilación, al confirmar el plazo de año y día para el retracto gentilicio, lo hace porque «ASÍ SE HA SIEMPRE USADO Y ACOSTUMBRADO DE TIEMPO INMEMORIAL ACÁ», y agrega que una práctica distinta iría en contra «DEL USO Y COSTUMBRE INMEMORIAL OBSERVADO Y GUARDADO EN ESTE REINO».

La 16 del tít. 13 del mismo libro, declara que la libertad de testar y la legítima foral fueron introducidas «POR USO, ESTILO Y COSTUMBRE INCONCUSA INVARIABLEMENTE OBSERVADA DESDE TIEMPO INMEMORIAL A ESTA PARTE» (y esta era costumbre contra ley); que la legítima quedó reducida *por dicha costumbre* a solos cinco sueldos y una robada de tierra; y en la parte dispositiva de esta ley, que «SE OBSERVE Y GUARDE INVARIABLEMENTE LA DICHA COSTUMBRE».

La 48 de las Cortes de 1766, amplió las disposiciones de la ley anterior, para evitar los inconvenientes de su generalidad, por no haber expresado en ella casos que había resuelto «EL ESTILO Y COSTUMBRE» relativo a disposiciones de segundas, terceras o más nuptias.

La 51 de las Cortes de 1766, sancionó una costumbre derogatoria de dos leyes dictadas con anterioridad, declarando que los cuatro años del retracto gracioso a beneficio de los deudores desposeídos de sus bienes habían sido «INTRODUCIDOS POR LA COSTUMBRE DE ESTE REINO». Igual declaración de ese carácter consuetudinario se hizo en la Ley 102, de 1817. La costumbre ha establecido en Navarra la mayor edad a los 25 años, derogando por sí sólo lo dispuesto en el Fuero general y en su Amejoramiento.

El Cap. 1.^o, tít. 1.^o, lib. 4.^o del Fuero general, dice: «Este es el fuero que han entre infanzones y labradores de Navarra para casar en semble fijos los parientes SEGÚN COSTUMBRE ET FUERO DE LA TIERRA».

Las leyes 3 y 6 del tít. 31, lib. 1.º de la Novísima Recopilación, mandan respetar á las ciudades y villas «SUS USOS Y COSTUMBRES», que aún perduran en los concejos, y la ley 5 de esos mismos título y libro, prohíbe dar mandamientos contra los privilegios, libertades, USOS Y COSTUMBRES de los pueblos.....

Podrían citarse muchas más disposiciones, que vendrían á corroborar ese constante y libre imperio de la costumbre en todas sus manifestaciones, característico de nuestro Derecho. Y a esa característica substancial, no podemos renunciar de ninguna manera. Hoy menos que nunca, porque privada Navarra de su potestad legislativa y siendo muy de temer que el absurdo espíritu igualitario que por desgracia ha dominado mucho tiempo en ciertos organismos superiores, no permita en lo sucesivo legislar desde Madrid para *nosotros* según de manden los tiempos y nuestro medio jurídico peculiar exija, ¿qué adelantaremos con que la costumbre dé solución a esas nuevas necesidades, si desde el momento en que se aparte o contradiga a la ley escrita no tendrá valor normativo en los Tribunales?

III

Es incomprensible cómo Alonso y Morales, en sus conocidas obras, justamente famosas por otros títulos, pudieron dudar siquiera de que la costumbre contra ley es tan legítima como la ley misma cuando

reune ciertas condiciones, y con ella ha de medirse de igual a igual.

Morales, en su Memoria, aceptó y defendió la disposición del art. 5.º. Los eminentes Letrados de este Ilustre Colegio, autores del proyecto de Apéndice de 1900, aceptan, también, ese artículo 5.º En la edición de ese proyecto, se advierte, como sabemos todos, que va escrito en letra cursiva todo lo que constituye el derecho privativo de Navarra y que en igual letra se transcriben los artículos del Código civil, cuando para armonizar sus disposiciones con las del Apéndice, ha sido necesario alterarlas, por insignificante que haya sido la modificación. Y ese artículo 5.º no fué modificado.

¿Quiere esto decir que aquellos Letrados, de tan reconocida competencia, creían que no debía modificarse esa disposición, por no ser característica ni merecer ser conservada en nuestro Derecho la costumbre contra Ley? De uno de los autores del proyecto, el Sr. Echaide, sabemos sin género de duda, que era bien otra su opinión, porque claramente dice en sus Apuntes sobre la aplicación del Código, que nuestro sistema jurídico es eminentemente consuetudinario y que ese art. 5.º no está conforme ni con los precedentes de nuestra legislación, ni con los principios de la ciencia jurídica. Y no creemos que los demás tuvieran distinto criterio. ¿Habrían entendido que era preciso aceptar íntegramente el título preliminar del Código, considerándolo intangible para los Apéndices?

El hecho, es que el artículo fué aceptado, sin modificación, sin aclaración, tal como está. Y no puede ni debe seguirse la misma conducta en el nuevo pro-

IV

Surge aquí, para la acertada solución del anterior, otro problema del que no se puede prescindir, y es el de saber si ya que no por el art. 5.º, esté admitida la costumbre contra ley, en Navarra, merced a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 12.

Según ese artículo «Las disposiciones de este título—el preliminar— en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino..... En lo demás,—agrega—las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.

Este precepto ha dado lugar a la discusión de si en virtud de su segundo párrafo subsistía la vigencia de la costumbre contra ley en las legislaciones forales de cuyo régimen jurídico formara parte esa fuente.

Unos han dicho, que siendo la costumbre contra ley elemento integrante de una legislación foral, sub-

siste su imperio después de la publicación del Código y a pesar de lo dispuesto en el art. 5.º, no sólo tratándose de costumbres derogatorias ya reconocidas con anterioridad, sino también respecto de las que con posterioridad fueron engendradas. (Sánchez, Román, Valverde, Moutón y Ocampo) y con ciertas restricciones Manresa, Barrachina y Castán.

Otros sostienen que la costumbre contra ley que existiera ya como tal costumbre jurídica antes de la promulgación del Código civil, formaba parte del régimen jurídico consuetudinario, y, por consiguiente, tendrá validez después del Código; pero que no la tendrán las costumbres *contra legem* posteriores a esa derogación. (Brocá, Isabal, Covian, Pella y Forgas).

Es decir, que para unos forma parte del régimen jurídico el principio que da genéricamente fuerza derogatoria a la costumbre; y para otros sólo forma parte del régimen jurídico la costumbre específica, ya existente al publicarse el Código, pero no el principio en virtud del cual se admite su imperio.

Para nosotros la primera opinión es la más acertada, salvando todos los respetos que las autorizadas opiniones contrarias merecen. Porque si para resolver el problema tenemos como premisa mayor el texto clarísimo del art. 12, en el que se declara que las provincias donde subsiste el Derecho foral lo conservarán por ahora EN TODA SU INTEGRIDAD, SIN QUE SUFRA ALTERACIÓN SU ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO ESCRITO O

CONSUETUDINARIO por la publicación del Código, toda la cuestión estriba en probar que el principio que admite la costumbre contra ley como fuente de Derecho, es parte integrante de la legislación foral misma y de su régimen escrito o consuetudinario; pues no siempre ese principio se halla legalmente enunciado, como ocurre en Cataluña y en Navarra, por ejemplo.

Y eso no parece discutible. Si una legislación foral admite como fuente de derecho la costumbre contra ley, esto rige en ella, es decir, obliga; lo que rige y obliga es incuestionable que forma parte del Derecho y del régimen del territorio de que se trate. Y si ese principio se deroga, el Derecho y el régimen jurídico sufren una alteración, una modificación evidéntísima, lo cual es opuesto a la disposición del artículo 12 que ordena la conservación del Derecho foral en toda su integridad y manda no alterar el régimen jurídico de las provincias forales.

De ahí que el art. 12 constituya una excepción, en su segundo párrafo, al principio general de la no vigencia de la costumbre contra ley.

Pero no podemos darnos por satisfechos con esta conclusión, porque la misma variedad de opiniones y el innegable prestigio de las contrarias a nuestra tesis, (algunas de ellas de eminentes tratadistas del Derecho foral,) aconsejan que en el proyecto de Apéndice se incluya un artículo en el que clara y concretamente se proclame el libre imperio de la costumbre derogatoria en Navarra. Mas, para redactar ese artí-

culo, no basta con la afirmación escueta de la mencionada fuente jurídica. Es preciso prever las dificultades de su aplicación práctica y atajar el viejo pleito de cuándo ha de darse por establecida la costumbre y qué requisitos ha de reunir para que se aplique por los Tribunales. Varios factores han servido para formular las distintas teorías doctrinales.

El factor *tiempo* es el primero. Sobre él hay unanimidad en un punto, el de la costumbre *inmemorial*. Pero sería un completo desacierto exigir esa condición en toda costumbre para darle fuerza obligatoria. Sería tanto como cerrar el paso a las nuevas normas consuetudinarias, que difícilísimamente, dadas las condiciones de la vida moderna, llegarían a esa longevidad. Dos sistemas principales existen: el de señalar un plazo fijo de antigüedad mínima—diez, veinte, treinta años—y el de dejar al arbitrio judicial la determinación, en cada caso de si se trata de un simple uso en el sentido de las Partidas, es decir, de un germen de costumbre, o de una costumbre propiamente dicha.

La solución exacta es difícil. La tendencia moderna es dar más amplitud al arbitrio del Juez, pero, en esta materia, esa solución es, a juicio de los informantes, sumamente peligrosa, por razones fácilmente comprensibles, de entre las que destacan dos: el riesgo de que vuelvan a producirse ciertas tendencias unificadoras a todo trance, naturales enemigas, por consiguiente, de la costumbre derogatoria, y el que tratándose de la misma materia unos jueces o Tribu-

nales declaren la existencia de la costumbre alegada por el litigante y otros la nieguen. Eso iría en descrédito de la Justicia y hay que evitarlo.

De ahí que aun reconociendo lo arbitrario de todo plazo en esta materia, creemos preferible fijar uno mínimo, y podría ser el de veinte años, que parece suficiente dada la lentitud de función de la fuente consuetudinaria y la necesidad de impedir toda ficción errónea o maliciosa.

Respecto a los requisitos de publicidad y tolerancia, basta con el primero, que implica la concurrencia del segundo.

La vetusta teoría de que existan dos o más fallos acordes en el reconocimiento de la costumbre, es manifiestamente absurda y hay que abandonarla, porque en el Derecho no hacen buen papel las paradojas.

En cuanto a la prueba de la costumbre, o se sigue el sistema aragonés, que impone al Juez la obligación de conocerla, o el comúnmente admitido en España, de cargar sobre el litigante que la invoca la prueba de la costumbre. Este último sistema, de seguir exclusivamente uno de ellos, nos parece el menos malo en la práctica, pero cabe la armónica conjunción de ambos, dispensando de probar cuando el Juez conoce la costumbre.

V

Crean los informantes, que aún hay en nuestro

Derecho un principio superior a la ley y a la costumbre, siquiera tenga más limitado campo de acción. Ese principio es la fuerza del pacto, que como es sabido, es en Navarra superior a toda otra norma, pues que la voluntad de los contratantes, no tiene otras barreras que las de la moral y el orden público, en lo que se diferencia nuestro derecho del de Castilla, donde la ley constituye una tercera traba para los estipulantes, como se ve en el artículo 1.255 del Código civil.

Y del mismo modo que nuestras leyes proclaman como hemos dicho, la fuerza de la costumbre, declaran también la fuerza del pacto.

De ahí que, en nuestra opinión, el proyecto del Apéndice debe contener también esa declaración.

Art. 6.º El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar. y, en su defecto, los principios generales del Derecho.

El primer párrafo de este artículo, que tiene su complemento en el art. 368 del Código penal, es justo, no contradice ningún carácter esencial de nuestro Derecho, y la idea que expresa late en nuestras leyes recopiladas.

Sabido es que la disposición del párrafo 2.º ha sido objeto de notabilísimos estudios, por la gran importancia que encierra dentro del sistema del Código

al enunciar las fuentes jurídicas a que han de atenerse los Tribunales, y por los distintos problemas que esa enunciación suscita.

Pero en cuanto se relaciona con los fines del Apéndice, sólo nos interesa dejar a salvo la costumbre contra ley, y por eso entendemos que en el proyecto, al declarar su imperio en Navarra, hay que prevenir dudas y contiendas futuras haciendo la salvedad de que lo declarado en el art. 6.º del Código no implica abrogación de esa fuente consuetudinaria; y de ahí las palabras con que damos principio a la redacción del artículo segundo del Apéndice: «No obstante lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º del Código».....

Art. 9.º Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en país extranjero.

Art. 10. Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las leyes del país en que están sitos.

Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regirán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Los vizcaínos, aunque residan en las Villas, seguirán sometidos, en cuanto á los bienes que posean en la tierra llana, a la ley 15, tit. 20 del Fuero de Vizcaya.

Art. 11. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorgan.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcio-

navios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas coacercientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por las leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero.

Art. 12. Las disposiciones de este título en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º, lib. 1.º

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por las leyes especiales.

Art. 14. Conforme a lo dispuesto en el art. 12, lo establecido en los artículos 9, 10 y 11 respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil.

Al resolver el Código el problema de la extraterritorialidad de la norma de Derecho y de la situación jurídica del español en el extranjero y del extranjero en España, ha sancionado con evidentes modificaciones, la antigua teoría estatutaria. Así, el artículo 9.º al declarar que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia y al estado, condición y capacidad

de las personas, obligan al español fuera de España; y al decir el párrafo 2.º del art. 10 que las sucesiones legítimas y las testamentarias se regulan por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, acogen, con varia fortuna en su exposición sintética, la doctrina del estatuto personal, aunque adulterada por esa última disposición que en la pura doctrina estatutaria, atribuye al estatuto real la regulación de las sucesiones.

El art. 10, párrafo 1.º, deriva del estatuto real en parte y en parte de él se desvía, porque, si bien sujeta á la *lex rei site* los bienes inmuebles, conforme á las bases objetivas de aquella teoría, sustrae de la ley del lugar los bienes muebles, con la censura de unos y el aplauso de otros.

Y el art. 11, en fin, se inspira, así mismo, en el clásico «locus regit actum» al declarar que las formas y solemnidades de los contratos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen.

¿Ha hecho bien el legislador en acoger con esas modificaciones la teoría estatutaria? ¿Hay soluciones más perfectas dentro del Derecho internacional para esos importantes problemas? Esto nada tiene que ver con el Apéndice ni con la misión de este informe. A la Junta que suscribe le veda entrar en esa labor crítica, la ley de congruencia que le constriñe a no separarse del encargo recibido con digresiones distantes de su objeto. De ahí que esos preceptos sólo de-

ben ser tenidos en cuenta con relación a nuestro Derecho privativo, es decir, en cuanto es preciso examinar si se oponen o no a las normas vigentes en Navarra que convenga conservar en lo sucesivo.

Pocas son en nuestro Derecho las disposiciones sobre esta materia, y ocioso es decir que las que hay carecen por completo de sistematización, habiendo caído en desuso la mayor parte de ellas que no se avienen tampoco con las circunstancias de estos tiempos.

No es necesario, pues, entrar a analizar las leyes de nuestro Fuero general que hablan casuísticamente de la situación del navarro en el extranjero, ni de las recopiladas que tienen relación con este punto. De ellas se desprende que el espíritu del Derecho navarro acogía el principio del *ius sanguinis*, coincidiendo en esto con el Código. Pero sería inútil querer llevar al Apéndice nada sustancial en esta materia, porque no existe en nuestras leyes.

Por eso no vemos inconveniente en aceptar la teoría del Código.

Art. 15. Los derechos y deberes de familia; los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada e intestada declaradas en este Código, son aplicables: 1.º A las personas nacidas en provincias o territorios de Derecho común, de padres sujetos al Derecho foral, si éstos durante la menor edad de los hijos, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declaran que es su voluntad someterse al Código civil. 2.º A los hijos de padre, y, no existiendo éste o siendo desconocido, de

madre, perteneciente a provincias o territorios de Derecho común, aunque hubieren nacido en provincias ó territorios donde subsista el Derecho foral. 3.º A los que, procediendo de provincias o territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al Derecho común.

Para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de Derecho común, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro civil.

En todo caso la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre, y a falta de éste, la de su madre.

Las disposiciones de este artículo son de reciproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil.

Este artículo, en su primitiva redacción, decía cosa muy distinta de la que ahora expresa. Sus prescripciones en el proyecto de Código, eran las siguientes:

«Los derechos y deberes de familia; los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada é intestada declarados en este Código, son aplicables:

1.º A las personas nacidas en provincias o territorios de Derecho común.

2.º A los hijos de padre o madre que tengan la precedente condición aunque hubiesen nacido en provincias o territorios donde subsiste el Derecho foral,

3.º A los que procediendo de provincias o territorios forales hubiesen ganado vecindad en otros sujetos al Derecho común. En este caso la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos la de su padre.

El artículo así redactado, dió lugar a numerosas protestas de los países forales y a notables impugnaciones en la discusión parlamentaria del proyecto, de los que, como era de esperar, la Comisión no supo defenderse con éxito, porque el artículo era realmente indefendible. Esa disposición—semillero de pleitos y complicaciones al ser adaptada a las realidades de la vida—era antijurídica y atentatoria a las legislaciones forales que había que respetar. Negaba el derecho de cambiar la vecindad a los nacidos en territorios de Derecho común, cuando todo hombre tiene el derecho de hacerlo y aun el de cambiar de nacionalidad; y resultaba, además, que por el hecho de nacer en provincias no aforadas, quedaba el hombre sometido forzosamente a las prescripciones del Código para los más importantes aspectos de su vida; en tanto que no se admitía la conclusión recíproca en cuanto a los nacidos en las provincias forales hijos de padre o madre no aforados, pues esos hijos seguían sometidos al Código.

Así resultaba que el hijo de padres navarros, por ejemplo, que accidentalmente nacía en Madrid, quedaba ya sujeto a las prescripciones del Código; al paso que seguía sometido a las prescripciones de ese mismo Código el hijo de padres castellanos que nacía en

Navarra. El criterio, además de ser antijurídico por lo antes expuesto y por hacer depender el derecho aplicable exclusivamente del lugar del nacimiento, dando pie a que miembros de una misma familia quedaran sometidos a diferentes legislaciones, era injusto, pues esta disposición solo alcanzaba a una parte de los ciudadanos. Además surgía el conflicto sucesorio, porque el hijo de padres navarros, o catalanes, o aragoneses, que nacía en una provincia de Derecho común, resultaba en la letra del precepto adquiriendo los derechos hereditarios que concede el Código, con lo que venían a modificarse los de testamentifacción o pacto sucesorio concedidos a sus padres por sus legislaciones de origen.

Por estos defectos hubo que modificar esa disposición, quedando el artículo redactado como actualmente se halla; redacción que satisfizo a los países forales, prueba evidente de que no quebrantaba ningún principio vital de sus respectivas legislaciones.

Sin embargo, hay un punto que a nuestro juicio conviene aclarar en el Apéndice para la debida inteligencia del número 1.º de este artículo. Se dice en él que el Código es aplicable a las personas nacidas en provincias o territorios de Derecho común de padres sujetos al Derecho foral si éstos durante la menor edad de sus hijos o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación declarasen que es su voluntad someterse al Código civil.

Supuesto el caso de que los padres hayan hecho

tal declaración durante la menor edad de sus hijos, opinan algunos autores que los hijos al llegar a la mayor edad, podrán dejar sin efecto la decisión paterna y declarar que es su voluntad seguir sometidos a la legislación foral de origen. (Sánchez Román, Larra, Planas y Casals).

Es de elemental justicia que así sea, y por eso debe llevarse tal declaración al Apéndice, tanto más cuanto que responde al espíritu, si no a la letra de nuestro Derecho.

Art. 16. En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se regirá por las disposiciones de este Código.

No ve la Junta inconveniente en aceptar la disposición de este artículo.

Tal es el informe que aprobado por esta Junta de Gobierno, sirve de exposición de motivos al proyecto de articulado del Apéndice en relación con el título preliminar del Código.

PARTE DISPOSITIVA

Artículo 1.º Las disposiciones de este Apéndice regirán en Navarra y se aplicarán con preferencia a las establecidas para iguales hipótesis en el Código civil, que regirá tan sólo como supletorio de este Apén-

dice y sin perjuicio de las normas consuetudinarias que se dejan a salvo en el artículo siguiente.

Art. 2.º No obstante lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º del Código civil, es fuente de Derecho en Navarra la costumbre en sus manifestaciones de *fuera de ley y contra ley*, cuando cuente como *mínimum* con veinte años de observancia.

La prueba de la costumbre incumbe al que la invoca, pero estará dispensado de justificarla cuando se halle declarada por la jurisprudencia o conste que es conocida por el Juez o Tribunal que intervenga en el asunto.

Art. 3.º En las obligaciones contractuales, será la voluntad de los estipulantes la primera fuente de Derecho, y el pacto habrá de observarse con preferencia a toda norma legal y consuetudinaria, excepción hecha de las estipulaciones que sea contrarias a la moral o al orden público, vayan en perjuicio de tercero o quebranten una prohibición expresa de la ley que ésta sancione con la nulidad del acto o contrato.

Art. 4.º Los hijos nacidos en provincias

o territorios de Derecho común, de padres sujetos al Derecho foral, que durante la menor edad de aquéllos hubiesen declarado su voluntad de someterse al Código civil, podrán, dentro del año siguiente a su mayor edad, dejar sin efecto aquella decisión paterna, declarando ante el funcionario correspondiente que es su voluntad seguir sometidos a la legislación foral de origen.

Pamplona, a 2 de Enero de 1926.

EL DECANO,

Eugenio Lizarraga

EL SECRETARIO,

Fernando Arvizu

