

LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL EN EDUARDO PÉREZ PUJOL

YOLANDA BLASCO
Universidad de Valencia

INTRODUCCIÓN

En su viaje por tierras españolas Benedetto Croce estuvo en Valencia y quiso visitar Sagunto. Cuenta Croce que en el tren se encontró con un señor mayor, pulido y culto, el cual con amabilidad le asesoró, le indicó acerca de lo que debía visitar en Sagunto, y de la historia de esta ciudad. Era, dice Croce, un erudito¹. Este anciano pulido, amable y erudito era un salmantino asentado en Valencia desde hacía años. Había sido una de las figuras más relevantes de la Universidad valenciana. Era el profesor Eduardo Pérez Pujol².

En este trabajo he estudiado una parte de las explicaciones de Pérez Pujol, como catedrático de derecho civil que enseñó durante varios años en las aulas valencianas, para conocer las enseñanzas que se transmitían en las universidades en la segunda mitad del XIX³. En la historia de las universidades, muchas veces, se prescinde de qué

¹ Benedetto CROCE, *En la Península Ibérica. Cuaderno de viaje (1889)*; edición española, traducción, presentación y notas de Félix Fernández Murga, adverencia y apéndice de Fausto Nicolini, Sevilla, 1993, pp. 42-46, describe su paso por Valencia y cómo conoció a Pérez Pujol. El profesor Carlos Perir, a quien agradezco esta cita, me hizo llegar también, a modo de curiosidad, la mencionada referencia al autor.

² Liberal perteneciente a la Institución libre de enseñanza, que había sido rector de la universidad de Valencia durante varios años y miembro de la junta cantonal de esta ciudad. En 1868, por real decreto de 25 de octubre del gobierno provisional, fue nombrado rector de la universidad de Valencia. Posteriormente, en 1873, cuando se crea el cantón federal de Valencia formó parte de su junta. Vencido el movimiento fue encarcelado en las torres de Serranos, aunque no por mucho tiempo. Véase su expediente en Derecho 634/1 en el Archivo de la Universidad de Valencia (A.U.V.).

³ E. PÉREZ PUJOL (1830-1894) nació en Salamanca, donde cursó sus estudios de derecho. Tras ser catedrático de diversas asignaturas, fue nombrado catedrático numerario de derecho civil en Valencia. El 7 de junio de 1859, por real orden de 29 de abril, tomó posesión de la cátedra de códigos españoles, ampliación del derecho civil y fueros provinciales, en la Universidad de Valencia. Sin embargo, su inquietud por la historia se puso de manifiesto a lo largo de su carrera universitaria, y unos años después pasaría a esa nueva asignatura. Con el plan de estudios de Germán Gamazo de 1883 se introdujo la asignatura de historia del derecho en las facultades, véase en *Colección legislativa*, t. 131, pp. 443-455. Acerca de la creación de la cátedra de historia del derecho, véase Adela MORA CAÑADA, "Notas sobre la primera cátedra de Historia del Derecho en Valencia y en otras universidades españolas", *Vida, Instituciones y Universidad*

se enseña y cómo, con lo que el análisis institucional no diferencia a la universidad de otros establecimientos, destinados a otros fines administrativos o privados. El estudio de las ciencias y doctrinas que se imparten no puede dejarse fuera de la historia de una facultad⁴. En otro caso, la institución universitaria queda reducida a una estructura organizada —con sus profesores y sus alumnos—, sin que se sepa con exactitud su función y sentido⁵.

Para abordar esta tarea hay que acudir a los manuales impresos o a los apuntes de los profesores⁶. Por otra parte, junto a los manuales o los apuntes elegidos es preciso atender algún otro manual de distinta universidad, para que no queden aislados y sin sentido: no es posible entender las enseñanzas desde ellos solos.

LOS APUNTES DE PÉREZ PUJOL

Pérez Pujol no tiene un manual propio, sus explicaciones nos han llegado a través de unos apuntes manuscritos de 1860, tomados por su alumno Vicente Gadea Orozco⁷. A través de ellos nos podemos acercar a las enseñanzas que impartía en la facultad de derecho de Valencia. Podemos apreciar una recepción de elementos del krausismo; todavía está Pérez Pujol en un estadio anterior a la completa importación

en la Historia de Valencia, Valencia, 1996, pp. 163-172. En 1884, por real orden de 13 de diciembre, Pérez Pujol será nombrado catedrático numerario de historia del derecho, en Valencia. Acerca de sus enseñanzas en la cátedra de historia Yolanda BLASCO, "Las explicaciones de Eduardo Pérez Pujol en la cátedra de historia del derecho", *Saitabi*, Volum Extra (Valencia 1996), pp. 283-298. Su expediente figura en el libro de registro 2, folio 12 del A.U.V.; también, en el expediente académico de derecho D^o 634/1 del A.U.V., donde figuran además sus nombramientos anteriores. En el Archivo General de la Administración Pública de Alcalá de Henares, caja 16.456, leg. 1.166, n. 62.

⁴ Mariano y José Luis PESET, *La Universidad española (siglos XVIII-XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974, dedican una buena parte de sus páginas, tanto en el siglo XVIII como en el XIX, a las ciencias en las diversas facultades.

⁵ Mariano PESET, en "Cuestiones sobre la investigación de las facultades de derecho durante la 2ª mitad del siglo XIX", *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, pp. 327-396, señaló la importancia del aspecto docente para poder entender la ciencia jurídica, ya que el análisis de las leyes y los reglamentos universitarios, así como el simple enfoque positivista de otros sectores de la historia del derecho, no son suficientes para entender y conocer el pasado.

⁶ Acerca del inicio de los manuales, Mariano PESET, "L'introduction des manuels d'enseignement dans les universités espagnoles au XVIII^e siècle", *De l'alphabetisation aux circuits du livre en Espagne, XVI^e-XIX^e siècles*, París, 1987, pp. 163-185. También, Pilar GARCÍA TROBAT, "Libertad de cátedra en los manuales en la facultad de derecho (1845-1868)", *IV Congreso internacional de historia de las universidades hispánicas, Colegios y universidades del antiguo régimen al liberalismo*, Centro de Estudios Sobre la Universidad, UNAM, México D.F., 1997, en prensa.

⁷ Apuntes manuscritos de *Derecho civil* de Eduardo Pérez Pujol, 3 vols. tomados por su alumno Vicente Gadea Orozco, propiedad de Mariano Peset —a quien agradezco su préstamo—, el primer volumen está dedicado a la historia, el segundo a la parte general del derecho civil —empieza en la lección 24 y termina en la 91—, las primeras lecciones de derecho civil las transcribí y examiné en mi tesis doctoral, véase Yolanda BLASCO, *La facultad de derecho de Valencia durante la restauración (1875-1900)*, 2 vols., inédita, Valencia, 1996, t. II, pp. 443-464.

de las ideas de la parte general, aunque su conocimiento del krausismo le confiere cierta originalidad y abstracción⁸. A lo largo de sus explicaciones, en las diversas instituciones sigue las *Lecciones...* de Salvador del Viso⁹, incluso remite a sus páginas recogiendo literalmente algunas de sus consideraciones¹⁰. También cita a Gómez de la Serna y Montalbán —aunque lamenta que la edición vigente en ese momento no haga referencia al derecho hipotecario—. Otra bibliografía básica que aconseja para el estudio del derecho civil es la *Instituta* de Antonio Torres, el manual de Juan Sala —*Instituta y elementos del derecho civil español* le llama—, aunque reconoce que ha quedado desfasado, incompleto para el momento; de Hernández de la Rúa las *Lecciones elementales de derecho civil* y cita algunos otros más.

LAS FUENTES DEL DERECHO

El estudio de las enseñanzas universitarias nos permite percibir no sólo los conocimientos que se transmitían, sino también la ideología del profesor que las impartía. Sin duda alguna, una de las materias que puede ponerlo de manifiesto es la de las fuentes del derecho —lección veinticinco de los apuntes que ahora examino—. Por un lado, respecto de lo primero tenemos cuatro puntos de referencia: 1.º las doctrinas de Savigny y de la escuela histórica respecto de las fuentes del derecho; 2.º el código civil francés de 1804 y la escuela de la exégesis; 3.º el proyecto español de código civil de 1851; y 4.º la situación de la doctrina española de la época. Y en segundo lugar, por otro lado, no cabe duda de que la determinación de qué hechos constituyen fuentes del derecho, de qué poderes sociales tienen la facultad de crearlos, y la determinación de la jerarquía de las normas jurídicas es una opción política que va más allá de la estricta técnica jurídica.

Los apuntes carecen de paginación por lo que prescindo de señalar el número de página a que hacen referencia sus consideraciones. Por otro lado, su interés por la historia ya se pone de manifiesto en "Orígenes y progresos del estado y del derecho en España", discurso de apertura de curso por Eduardo PÉREZ PUJOL en la universidad de Valencia, publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1860). Otras obras del autor: *Historia del derecho español*, Valencia, 1886; *Historia de las instituciones sociales de la España goda*, obra póstuma en 4 vols. publicada por su yerno Bernabé Herrero, con prólogo de Vicente Santamaría de Paredes, Valencia, 1896. Su vida y obra ya están suficientemente estudiadas, véase Silvia ROMEU ALFARO, "Notas sobre Eduardo Pérez Pujol", *Filosofía y derecho. Estudios en honor del profesor José Cortis Grau*, Valencia, 1977, pp. 383-393; también *Eduardo Pérez Pujol: vida y obra*, Valencia, 1979.

⁸ En general, sobre la importación de la parte general en el derecho civil: Yolanda BLASCO, *La facultad de derecho...*, t. II, pp. 380-521. Más estudiada y con mayor detalle, Jorge CORREA BALLESTER, *Ciencia jurídica y enseñanza: los manuales de derecho civil en la época liberal (1833-1923)*, proyecto de investigación inédito, Valencia, 1997, pp. 21-340; "La ciencia jurídica española a través de los manuales de derecho civil en el siglo XIX", *IV Congreso internacional de historia de las universidades hispánicas...*, México 1997, en prensa.

⁹ Salvador DEL VISO, *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España*, 2 vols., I, 1ª ed. Valencia, 1859; utilizo la tercera edición de 1868.

¹⁰ En los apuntes figura entre paréntesis el manual de Del Viso, con el número de la página correspondiente a la cuarta edición de 1879.

Efectivamente, la doctrina de las fuentes jurídicas tiene dos funciones principales: la enumeración de las fuentes del derecho y la determinación del orden jerárquico. Estas dos son un acto primario de la estructura del estado, cualquier cambio es una alteración de la ordenación política de la organización social y significa señalar cuáles son los poderes que pueden crear normas¹¹. Pérez Pujol en sus explicaciones parece desarrollar las enseñanzas acerca de las fuentes del derecho desde una posición técnica —por cuanto no adopta una posición tendente a mantener el predominio de una de ellas, sino a determinarlas y verificar su valor—, sin entrar en disquisiciones filosóficas. Sin embargo, en su exposición no hay sólo un sentido técnico de las fuentes positivas, sino también, aunque no de manera expresa, un sentido político y sociológico —fundamentalmente en sede de costumbre—.

Savigny definía las fuentes del derecho como “las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción”¹². Éste manifestaba sus ideas históricas en torno al origen y creación del derecho —el espíritu del pueblo, la costumbre como hitos esenciales—. El derecho surge del espíritu general de todos los miembros de una nación, de manera que cada pueblo es el sujeto y el creador del derecho positivo. Y el pueblo, en este sentido, debe considerarse como “una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que enlaza el presente con el pasado y el porvenir”¹³. La tradición, en su opinión, es un elemento fundamental del derecho al velar por su conservación.

Pérez Pujol analiza las distintas fuentes del derecho civil, sin definir qué entiende por ellas. Por lo que en este punto no sabemos si en su idea de las fuentes influyen o no ideas de Savigny. Pero determina qué hechos considera fuentes jurídicas: la ley y la costumbre¹⁴, y de ellas dará supremacía a la ley. En este sentido no se separa de sus contemporáneos —no en un sentido riguroso—, como los autores del XIX: Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, Benito Gutiérrez, José M.^a Álvarez, etc.

¹¹ Según Federico DE CASTRO BRAVO, *Derecho civil de España*, parte general, I, 2ª ed., Madrid, 1949, pp. 327-328, es necesario distinguir los distintos significados en que es utilizada la palabra fuente de derecho, por la ciencia jurídica. Los principales son tres, que, por el fin con que se emplean, podrían denominarse filosófico, técnico e instrumental. Según los tres distintos significados se dice, por ejemplo: 1.º el derecho tiene su fuente: en la ley eterna, el derecho natural, la voluntad del príncipe, el espíritu del pueblo, el voto de los ciudadanos; 2.º las fuentes del derecho son: la ley, la costumbre, los principios generales, las sentencias judiciales; 3.º las fuentes del derecho romano están contenidas en: el *Corpus Iuris*, en la *Instituta* de Gayo, los fragmentos de Ulpiano, manuscritos, las colecciones de papiros, etc. En este trabajo se tratará el segundo sentido, o sea de las fuentes normativas.

Las funciones principales de las fuentes jurídicas, según De Castro, en p. 333.

¹² F. C. SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, con prólogo de Durán y Bas, I, Madrid, 1878, p. 28. Advierte que aunque la definición se presta a una doble analogía, confundir el origen de las relaciones individuales —los hechos— con el de las reglas de derecho, o confundir las fuentes con las históricas, no supone mayor problema, porque “la mayor parte de los casos de que vamos a ocuparnos, reúnen estos dos caracteres”.

¹³ SAVIGNY, *Sistema...*, I, p. 33. Pero el pueblo, dice, lo encontramos dentro de una organización, y es el Estado el que da cuerpo a la unidad nacional. De aquí que aparezca el derecho dividido en político y privado —este último es el que aquí interesa—.

¹⁴ DE CASTRO, *Derecho civil...*, I, p. 334, señala que la confusión al enumerar las fuentes es tan grande como antigua. Hay quienes tratan de ampliar el poder de una fuerza social, con la creación de una nueva fuente jurídica. Pero estas consideraciones sociológicas o políticas están lejos del sentido técnico de las fuentes positivas. Otras pretendidas fuentes del derecho, como el poder judicial, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, tendrán mayor importancia en la práctica.

La ley como fuente del derecho

Pérez Pujol recoge la noción filosófica de la ley de autores como Cicerón o Tomás de Aquino y Montesquieu o Bentham. Sin embargo, se trata solamente de citas que no suponen un análisis más profundo o entrar en el problema de la ley justa o injusta. En todo caso autores no coetáneos.

Sus enseñanzas acerca de la ley como fuente del derecho civil son meramente técnicas. Define la primera fuente del derecho con una fórmula de acusado positivismo: "el precepto del legislador promulgado"¹⁵. La definición de ley que da Pérez Pujol tiene dos notas comunes con la que dan Gómez de la Serna y Montalbán, Del Viso y Gutiérrez: en primer lugar, todos conceptúan la ley como un precepto o regla, es decir como un mandato imperativo; y, en segundo lugar, en todos ellos la fuente material es el poder legislativo. Se exige que sean justas y convenientes en el desarrollo de sus principios. Acerca del carácter general de la leyes —que pretenden algunos autores como Del Viso—, opina que sería injusto dar cosas iguales a capacidades distintas, porque una completa igualdad quebrantaría el concepto de justicia. Por lo que respecta a la formación de la ley, la claridad y la precisión son las condiciones indispensables. Aunque considera que se trata de una cuestión que pertenece al derecho político o general, por lo que no se extiende en ella —al igual que hacía Del Viso—. Además, conviene en la brevedad, siempre que no deje derechos sin garantizar, y tampoco tan numerosas que restrinjan la libertad individual¹⁶.

¹⁵ Según Gómez de la Serna y Montalbán la ley es "una declaración solemne del poder legislativo, que tiene por objeto el régimen interior de la nación y el interés común", Pedro GÓMEZ DE LA SERNA; Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, 3 vols, I, Madrid, 1840-1842, pp. 5 y ss.

A Salvador del Viso la definición que da *Partidas 1, 1, 4* le parece filosófica y da la suya: "regla de conducta establecida por el poder legislativo, a la que deben los súbditos acomodar sus acciones relativas al poder social", que se acomoda a cualquier forma de gobierno, Salvador DEL VISO, *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España*, 2 vols., I, Valencia, 1859-1860, p. 20; en la 3.ª edición de 1868-1870, 2 vols., I, que es la que utilizaré, p. 23.

Benito Gutiérrez parte del examen de las definiciones de los antiguos códigos y los viejos autores como Demóstenes, Sócrates, Cicerón; aunque también Montesquieu, Bentham, Comte y Ahrens. Define la ley como "el precepto emanado del poder legislativo, solemne, justo, estable, y en su cualidad la regla de acción, obligatoria para los súbditos desde su promulgación y en tiempo venidero", Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, 4ª ed., I, Madrid, 1875, p. 52. Las ediciones de sus obras pueden verse en Torres Campos, *Bibliografía española...*, números 2124 a, b y c, 4561 y 2419, ésta última sobre su examen histórico del derecho penal. La primera edición es de 1862-1863, la quinta y última edición de los Códigos es de 1881.

Mientras SAVIGNY, *Sistema...*, I, p. 43, la define como "el derecho positivo, traducido por la lengua con caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta".

¹⁶ Refuta las ideas de Bentham que consideraba las leyes como un mal. Véase Jeremy BENTHAM, *Principios de legislación y de codificación extractados de las obras del filósofo inglés...* por F. Ferrer y Valls, 2 vols., Madrid, 1834; también sus *Tratados de legislación civil y penal*, traducidos al castellano con comentarios por Ramón Salas, 8 vols., París, 1838. Más recientemente la edición de sus *Tratados de legislación civil y penal*, edición de Margarita Rodríguez Gil, Madrid, 1981.

Sus ideas sobre la igualdad se matizan con el aserto de que no deben ser muy numerosas las leyes especiales, para no romper la igualdad civil; pero insiste en que no deben abandonarse las condiciones especiales de las personas para quienes se dictan las leyes. Confunde el real decreto con la real orden. Quizá es error de quien toma los apuntes o un simple lapsus. También define los reglamentos, diferenciándolos de las instrucciones o circulares, y nombra solamente, pues ya están desaparecidas, las pragmáticas reales y las cédulas reales.

El conocimiento de la ley se hace a través de la promulgación, la publicación que de la ley hace el poder ejecutivo, y expone el mecanismo utilizado en España, su publicación en la *Gaceta de Madrid*. Hace algunas precisiones sobre las diferentes leyes que se dieron en este período. Como se ve un examen sobre la promulgación de las leyes, por las contradicciones que tenía el derecho español.

Con base en los efectos, distingue entre leyes preceptivas, permisivas, prohibitivas y penales. No cabe la renuncia al cumplimiento de la ley, salvo cuando las leyes que crean el privilegio sean permisivas. Como se ve, viejas cuestiones por estas fechas de inicios de los setenta. No hay una renovación, ni una imitación del *Sistema* de Savigny que se traduciría por estos años, antes ya había aparecido la traducción francesa e italiana.

Luego se plantea el problema de los efectos de las leyes con relación al tiempo, la retroactividad, que en general no debe aceptarse pues ocasiona inseguridad jurídica, aunque los momentos de grandes cambios —sin duda, se refiere a la revolución liberal— obligan a modificaciones más radicales¹⁷. También se refiere a las relaciones de la ley y el espacio, las viejas cuestiones sobre nacionales y extranjeros del derecho internacional privado que hacen referencia a los derechos de la personalidad, los bienes muebles e inmuebles o los actos y formalidades jurídicas. Estas consideraciones también las había hecho Del Viso en su manual. La dispensa de la ley se plasma en la ley de *gracias al sacar*, de 4 de abril de 1838¹⁸. Continúa con la interpretación, no desde la visión savigniana de que toda ley necesita de intérprete, sino que se refiere solamente a la oscuridad o a las leyes defectuosas. Su clasificación es en auténtica, usual o doctrinal —la del legislador, los tribunales y los abogados—¹⁹. Por el modo de hacerse la interpretación distingue, aunque necesitan de su mutua cooperación, entre lógica, que trata de aclarar el espíritu de la ley, y gramatical, sobre las palabras con que se ha redactado. También puede ser extensiva: aquella por la que se aplica una ley a los casos análogos a que se refiera el espíritu de la ley; restrictiva, la que se aplica sólo a los casos establecidos expresamente; y aclarativa, la que se reduce a explicar el verdadero sentido de la ley. En este punto, sienta el principio de que “las leyes odiosas deben restringirse y las favorables ampliarse en espíritu”, siempre que esto no signifique alejarse de

¹⁷ En este punto cita como ejemplos la ley de supresión de mayorazgos, sobre la que se extiende.

¹⁸ Autorización real para la dispensa del menor de edad, segundas nupcias y su relación con la tutela de los hijos, autorización de inhabilitados para ejercer oficios públicos...

¹⁹ Según se apunta, algunos autores consideran como única interpretación verdadera la auténtica, mientras que, por el contrario, Pérez Pujol la suprimiría; ante la opinión de éstos, concluye Pérez Pujol que el juez debe interpretar para fallar los casos oscuros, de ahí que la jurisprudencia y la doctrina tengan fuerza obligatoria, como luego veremos.

la voluntad del legislador²⁰. Sobre la derogación se remite también a Del Viso, “es la destrucción de los preceptos de una ley”. Las leyes pueden derogarse expresa o tácitamente²¹. También recoge la derogación por el no uso, aunque no cabe en la legislación española. Admitirá en cambio que la costumbre pueda derogar en ocasiones a la ley. En general, no existe una gran originalidad en nuestro autor, al tratar estas cuestiones, como hemos podido comprobar con otros civilistas de la época.

La costumbre

La segunda fuente del derecho que expone es la costumbre o derecho no escrito, no promulgado. Define la costumbre como “la repetición de actos homogéneos y tácitamente consentidos por el legislador”. Es similar a la de Del Viso, que la define con *Partidas*²², y luego da una propia más breve: “derecho introducido por la repetición de actos aprobados tácitamente por el legislador”. Pérez Pujol en este momento sí que establece una relación con la obra de Savigny: manifiesta la necesidad de recurrir a la escuela histórica para poner de relieve la gran importancia del derecho consuetudinario y, dentro de ella, opina, Savigny es quien lo trata con mejor acierto²³. Mas se limita a decir que en los pueblos primitivos se establecieron leyes, sin que hasta el momento hayan dejado de existir las costumbres. Estas se encargarán de llenar los vacíos legales, adecuándose a la sociedad del momento —y remite de nuevo a Del Viso—. He aquí una mención a Savigny, sin duda las páginas sobre la costumbre y el derecho del pueblo le han llamado la atención. Pero su utilización se hace dentro de esquemas más arcaicos, más usuales en los libros que se enseñaban en las facultades. Este conocimiento que

²⁰ En esta nota recogida en los apuntes, concluye que para que el jurisconsulto dé una buena interpretación será necesario tener en cuenta los principios naturales, los elementos histórico y filosófico, etc., que motivaron dicha situación. Se recogen en los apuntes una nota primera donde se señalan los principios tomados del derecho romano, así como que la escuela escolástica establece como reglas generales para que se de una buena interpretación: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Sin embargo, pone en entredicho todas estas reglas, las cuales considera “inútiles e impotentes” por contradecirse con otros principios, por lo que no podrán aplicarse...

²¹ Se remonta al derecho romano que distinguía la derogación de la abrogación, que es la destrucción en su todo de una ley, mientras la derogación lo es en parte.

²² *Partidas 1,2,4* la define como “Derecho o fuero que non es escrito, el qual han usado los homes luego tiempo, ayudándose de él en las cosas, e en las razones sobre lo que usaron”, DEL VISO, *Lecciones...*, I, p. 33.

²³ Para Savigny la costumbre es el medio de expresión del derecho positivo, que se manifiesta en las formas simbólicas que nos presenta la historia del derecho y los juicios de los tribunales populares, véase SAVIGNY, *Sistema...*, I, p. 40 y ss. En su origen todo derecho positivo es popular, y a su lado se coloca la legislación como complemento y garantía. E insiste que las costumbres no son fundamento del derecho, sino signos a través de las cuales se les reconoce. Si se les considera en cuanto a su poder tienen tanto la ley como la costumbre el mismo. La costumbre completa, modifica o abole la ley, o crea una nueva norma que reemplaza la ley derogada, p. 70 y ss.

Para Gómez de la Serna y Montalbán la costumbre tiene fuerza de ley, pero solamente rellena los vacíos que la ley deja, por fuerza, en la legislación, véase GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos...*, I, pp. 14 y ss. Según Benito Gutiérrez la costumbre se construye con la opinión de los comentaristas de derecho romano y *Partidas*. Y señala que el uso, la costumbre y el fuero se estudian a partir del proemio, del título II, de la primera *Partida*, pues pueden “embargar la fuerza y el poder que tienen las leyes”, en *Códigos...*, I, p. 130.

muestra ahora se incardina dentro de los moldes más antiguos. Pérez Pujol sigue la obra de Del Viso y, de vez en cuando, aparecen atisbos de sus conocimientos sobre nuevas corrientes doctrinales, pero sin construcción nueva. Distingue los tres tipos de costumbre: según la ley, contra la ley y fuera de la ley. La costumbre según la ley es aquella que establece sus preceptos interpretando y desarrollando las leyes. La costumbre fuera de la ley es la que establece preceptos no contenidos en las leyes. Por último, la costumbre contra ley es la que establece actos contra las disposiciones legales. Le preocupa esta última como derogatoria de la ley, luego volveré sobre esta cuestión al tratar la jerarquía de las fuentes.

A continuación, desciende Pérez Pujol del campo de la teoría al de la práctica para estudiar los requisitos de validez de la costumbre. En primer lugar, es necesario que los actos que la constituyen sean públicos y de larga y general observancia, o que al menos se hayan practicado por diez años entre presentes o veinte entre ausentes. Respecto de este requisito Pérez Pujol considera que bastan diez años para ambos casos, ya que en virtud de la organización política el poder legislativo no puede ausentarse. En segundo lugar, se necesita el tácito consentimiento del legislador —es decir, cuando en el tiempo señalado no se oponga a ello—. Como se aprecia se trata de doctrina romana principalmente. Por último, los actos deben confirmarse con las prescripciones de la religión y la moral²⁴. Para Del Viso, si se dan sus condiciones²⁵, tiene fuerza de ley e incluso prevalece contra ésta, configurándose así las tres clases mencionadas. Pero a diferencia de la ley, para que los actos tengan fuerza y validez deberá probarse su introducción e importancia, su existencia —y sigue a Del Viso—, lo cual se hará poniendo de manifiesto dos juicios en los cuales haya sido instruida, o por declaración del pueblo correspondiente²⁶. Con ello ve la diferencia esencial entre la ley y la costumbre: aquella basta que se alegue para que el juez proceda a su aplicación; mientras que la costumbre necesita ser probada. Así, el principio *iura novit curia* rige para la ley, pero no para la costumbre. Por tanto, declara la primacía de la ley sobre la costumbre. Y cita a Del Viso, por otro lado, insisto, son viejas cuestiones que estaban en este autor o en otros de la época. Algunos autores como Savigny, Del Viso o Gutiérrez distinguen entre uso y costumbre, pues de la costumbre nace un derecho —según Del Viso—, mientras Pérez Pujol no recoge tal diferencia.

²⁴ Según GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN en *Elementos...*, I, pp. 14 y ss., las condiciones de validez de la costumbre son su conformidad con la religión e interés del país, uso ininterrumpido de diez años ratificado por "treinta juicios o actos uniformes sin contradicción, y la ciencia y paciencia del legislador". Con estos caracteres cabe incluso la costumbre contra la ley.

La costumbre posee el mismo contenido que ya aparecía en *Partidas*, y solamente se plantean alguna cuestión cuando no coinciden los términos de las ediciones que manejan. Por ejemplo las treinta sentencias que exige la edición de *Partidas* de la Academia, que es oficial, frente a la también oficial recogida en Gregorio López que solamente exige dos. Por lo demás, aquí siguen con mayor cercanía los requisitos de *Partidas*.

²⁵ Que los actos que la determinan sean honestos, que sea de larga y general observancia y que medie el tácito consentimiento del legislador, según *Partidas* 1,2,5.

²⁶ Parece que se refiere a la costumbre local, de la que Savigny opinaba que "podía ser un verdadero derecho popular engendrado por las creencias comunes del pueblo, sin el auxilio de la ciencia... Estas relaciones se extienden más allá de la vida humana, están íntimamente ligadas con la manera de vivir, las diversas condiciones y las costumbres de cada pueblo", SAVIGNY, *Sistema...*, I, p. 69.

Por último, no hace una referencia especial a la jurisprudencia y a la doctrina científica, las cuales considera con el carácter de derecho consuetudinario, y como tal tendrán fuerza obligatoria y cabrá el recurso de casación. Se configura un recurso de casación por infracción de la doctrina legal o jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en cambio no se configura la jurisprudencia como fuente del derecho. Había aparecido ya la primera ley de enjuiciamiento civil española, pero todavía no el código civil. Se mueve en un plano del viejo derecho de *Partidas* o del derecho romano, aunque queda poco tiempo para que cambiase definitivamente el ordenamiento²⁷. Savigny sí se extiende sobre el derecho científico, al que define como la obra de los jurisconsultos que “en el dominio del derecho, representan al pueblo del que forman parte”²⁸; en principio, dan consejos, indican las formas necesarias para las solemnidades de los actos, y, luego, su tarea va tomando mayor altura y la ciencia comienza a nacer, a tener su teoría y su práctica²⁹. Resalta la posición de los jurisconsultos en Roma, y manifiesta que hoy la influencia de los jurisconsultos es más débil por su mayor número y heterogeneidad³⁰. La aparición del código civil dejaría estas cuestiones fuera de lugar. En todo caso, se han tratado discusiones escolásticas o manuales que añaden poco en esa vía hacia una renovación de la materia.

Orden jerárquico de las fuentes del derecho

Tan importante como determinar las fuentes del derecho es señalar el orden jerárquico entre ellas. La importancia de determinar la jerarquía de las fuentes, más que una cuestión técnica, es fundamentalmente una cuestión política, porque lo que subyace, como ha señalado De Castro, es la determinación de la “primacía de una fuerza social respecto de las demás”³¹.

²⁷ La discusión sobre las fuentes de creación del derecho, en nuestros autores, seguirá aún patente a lo largo del XIX, hasta la promulgación del código civil español de 1888-1889. Con la revolución francesa y a partir de la codificación, la jurisprudencia y la doctrina científica dejan de ser consideradas fuentes del derecho, por el principio de legalidad. Pero Pérez Pujol –en 1860– y otros, al estilo alemán y francés, las consideran fuentes, siempre en tanto y cuando constituyan *usus fori*; serán fuentes pero dentro de la costumbre, y cuando se den por su uso reiterado... Con la llegada del código civil las fuentes del ordenamiento jurídico son: 1.º la ley; 2.º la costumbre; y 3.º los principios generales del derecho, según su artículo 1.º.

²⁸ SAVIGNY, *Sistema...*, I, p. 47.

²⁹ “Así pues, los jurisconsultos ejercen sobre el derecho una doble acción: la una creadora y directa... la otra puramente científica, pues, se apoderan del derecho, cualquiera que sea su origen, para recomponerlo y traducirlo en una forma lógica”, SAVIGNY, *Sistema...*, I, pp. 47-48.

³⁰ “En nuestros días se llama jurisconsulto a cualquiera que ha estudiado el derecho para ser magistrado, abogado, autor o profesor, es decir, casi siempre en vista de una función asalariada. Estos jurisconsultos son muy numerosos y están extendidos por toda Alemania; forman una sociedad, mezcla de diversos elementos, donde el mérito está muy desigualmente repartido. Su influencia sobre el derecho debe ser, pues, menos directa y menos personal. Es preciso un largo espacio de tiempo para que una opinión tome carácter de generalidad; y, si alguna vez un principio o una doctrina llega a formar parte de la legislación... debe haber entrado por mucho el azar”. SAVIGNY, *Sistema...*, I, p. 71.

³¹ DE CASTRO, *Derecho civil...*, I, p. 340. No es vano recordar ahora, como ha señalado este autor en nota, que el poder derogatorio no significa preferencia jerárquica: “El poder derogatorio (p. ej.: de la costumbre contra ley) no significa, por sí solo, primacía jerárquica (si p. ej.: la ley puede derogar también

Ciertamente Pérez Pujol no establece de manera expresa el orden de prelación de las fuentes, pero se puede derivar de la definición de la ley y de la relación entre ley y costumbre. Así como de las clases de costumbres –sobre todo de la costumbre contra ley– y su eficacia. Señala que las costumbres se encargarán de llenar los vacíos legales, adecuándose a la sociedad del momento –y remite a Del Viso–³².

De sus enseñanzas acerca de la costumbre parece derivar una preocupación de la costumbre contra ley, y en concreto la posibilidad de que esta costumbre derogue la ley. Hasta tal punto que considera que el legislador que da disposiciones sin atender a la costumbre está fuera del ámbito del derecho³³. En este sentido, parece manifestar un concepto del derecho más amplio que el estrictamente legalista. La importancia y fuerza de la costumbre la tiene en sí misma, no por las remisiones que a ella haga la ley. El derecho no es sólo la ley, sino también la costumbre, la cual parece que no sólo es fuente del derecho sino que también tiene una función informadora del ordenamiento jurídico –en concreto de la ley– e integradora. Como si tuviera una función similar a la que la doctrina actual atribuye a los principios generales del derecho, o quizá que tales principios se manifiestan en la costumbre y ésta inspira la ley, la legítima. En contra de lo que opinaba, con anterioridad, García Goyena en el proyecto de código civil de 1851 que no admitía la costumbre contra ley. En este sentido el proyecto en su artículo 5.º dice: “Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean”. Respecto de este precepto el comentario de García Goyena es el siguiente:

El derecho romano y Patrio admitieron la costumbre, no sólo para constituir derecho nuevo sobre cosa en que no lo había y como regla segura de interpretación de una ley anterior dudosa, sino para derogar la ya establecida: había pues costumbre *praeter legem*, *secundum legem*, et *contra legem*, párrafo 9, título 2, libro 5 Instituciones, ley 42, párrafo 1, título 3, libro 1 del Digesto, y leyes 4 y 6, título 2, Partida 1; pero las recopiladas 3 y 11, título 2, libro 3, derogaron las de Partida estableciendo lo mismo que nuestro artículo.

Conviene a la dignidad del legislador y a la de la misma ley que no pueda ser derogada sino por otra; a mas de que, *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*, según la 35 de *regulis juris*³⁴.

a la costumbre). Entre fuentes de mutuo poder derogatorio, la primacía corresponde a la que señala la competencia y requisitos de ambas. En un régimen que admita la costumbre contra ley (p. ej.: foral), para fijar el respectivo valor de cada fuente, habrá que distinguir momentos (antes y después del c.c.), normas (de Derecho general, común y foral) y aspecto (posibilidad y requisitos de la derogación)”.

³² He aquí una mención a Savigny, sin duda, las páginas sobre la costumbre y el derecho del pueblo le han llamado la atención. También para GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos...*, I, la costumbre tiene fuerza de ley, pero solamente rellena los vacíos que la ley deja, por fuerza, en la legislación. Y dice que con sus caracteres o condiciones de validez –ya mencionados– cabe incluso la costumbre contra ley.

³³ Más costumbres contra ley, dice Pérez Pujol, existen en nuestro país –vuelve a remitirse a Del Viso–; por una parte se encontraba el pueblo que introducía actos nuevos y por otra, el poder público que los toleraba.

³⁴ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, 2 vols., I, Madrid, 1852, comentario al art. 5º del proyecto, pp. 17-18, cita en p. 18.

Salvador del Viso establece expresamente la jerarquía entre las fuentes del derecho. Su idea acerca de la costumbre supone una posición contraria a los principios de la escuela histórica³⁵. No tiene igual condición que la ley escrita y, en el fondo, su valor depende casi con exhaustividad de la voluntad del legislador. No cabe pues costumbre en contra de ley³⁶. Así, decía, el artículo 5.º del proyecto de código civil de 1851 es tajante al afirmar que solamente una ley puede derogar a otra; que por antigua y universal que sea la costumbre nada vale frente al principio de legalidad y jerarquía normativa³⁷. Sin embargo, Benito Gutiérrez, a pesar de que reconoce que tanto el proyecto de 1851 como la propia constitución presentan obstáculos insuperables para admitir la costumbre contra ley³⁸, concluye que ésta debe admitirse, porque en nuestro país, dice:

tan propenso a prescindir de la ley a título de no observancia, creemos la necesidad de que se diga muy alto, tanto como debe serlo el respecto a la autoridad, que las leyes se dan para que se cumplan, y que el escándalo de la primera infracción debe ser contestado por el primer ejemplo del castigo³⁹.

En general, la obra de Benito Gutiérrez se sitúa en una posición intermedia entre los más antiguos, como Del Viso, y los autores posteriores donde ya comienza a recibirse y a estar presente en sus páginas las ideas de Savigny y de su escuela.

Es cierto que la preferencia jerárquica no la da el poder derogatorio, pues puede haber fuentes con mutuo poder derogatorio, sino que la primacía corresponde a la que señale la competencia y requisitos de ambas normas, según De Castro⁴⁰. En definitiva en Pérez Pujol la ley es la fuente que goza de primacía jerárquica, a pesar de admitir que en España hay costumbre contra ley. Basta tener presente que, según dice el propio Pérez Pujol, el principio *iura novit curia* rige para la ley pero no para la costumbre, la cual debe ser alegada y probada.

³⁵ Como se sabe la escuela histórica otorga preferencia a la costumbre y a la doctrina científica o de los jurisconsultos. La ley se justifica en su conformidad con el espíritu del pueblo y el juez se limita a aplicar el código.

³⁶ Y esto aunque en la práctica se pueda apreciar en algún caso actuación contraria, se refiere al nombramiento de albaceas hecho a mujeres, DEL VISO, *Lecciones...*, I, p. 43.

³⁷ Según DE CASTRO, *Derecho civil...*, I, p. 342, el artículo 5º del proyecto tenía el fin de condenar las costumbres contra la ley y declarar la primacía de la ley; mientras su artículo 12º tiene por objeto impedir que la administración de justicia se vea "a cada paso interrumpida por las dudas y consultas sinceras de los jueces y tal vez afectadas" dirigidas al poder legislativo, además señala la posibilidad de acudir a otras normas en caso de "silencio, oscuridad, o insuficiencia de las leyes", GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, pp. 24-25. Véase también la opinión contraria de Castán citada por De Castro en la nota siguiente de que sea el artículo 5º el que determine el rango jerárquico de las normas...

³⁸ Sigue las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA, art. 5º, p. 18, convienen en que la prueba de la costumbre es difícil de fijar y se preguntan como se probará donde la potestad de hacer las leyes reside en las cortes con el rey.

³⁹ Sin duda no aparece aquí la reverencia por la costumbre que vemos en otros autores más cercanos a la escuela histórica, es más, para Benito Gutiérrez el legislador no debe contrariar las aspiraciones lícitas del pueblo, pero tampoco obligársele a abdicar de su tarea esencial ni limitar su iniciativa. GUTIÉRREZ, *Códigos...*, I, p. 130.

⁴⁰ Véase nota 31.

Del Viso, ante la pregunta sobre qué sucede en defecto de ley o costumbre aplicable, manifiesta que no acepta que los jueces tengan capacidad legislativa, pero, sin duda, opina que éstos deberán suplir en ocasiones las lagunas. Para argumentar se basa en *Partidas* 7,34,36 –“en los casos que raramente acaescen, y no haya ley acerca de ellos, pueden ser juzgados por las leyes hechas para casos parecidos”– y además en las dificultades prácticas: “...téngase presentes los inconvenientes que resultarían de verse interrumpida a cada paso la administración de justicia... especialmente en los gobiernos representativos, en que tantas dilaciones se notan en el ejercicio del poder legislativo”⁴¹. Para lo cual pueden valerse de las reglas de equidad. Esta situación la reconoce el proyecto al decir que pueden hacerlo “no por vía de disposición general o reglamentaria, sino únicamente para el caso de que está conociendo”⁴². Su mente se resiste al dogma liberal: el derecho es completo, y de su ordenamiento cabe extraer siempre una solución. Todavía añora quizá el derecho común, tan amplio, o la posibilidad de acudir al rey del *Ordenamiento de Alcalá*. Pero sabe que están muertas ya estas soluciones: en el proyecto de García Goyena y en el *Code des français*, por ello realiza esas precisiones hacia el ámbito judicial, hacia la equidad.

* * *

Salvador del Viso en su manual distribuye las lecciones conforme a la *Instituta*, pero, sobre todo, según el proyecto de código civil de García Goyena. El código francés de 1804 o el proyecto de 1851 tenían un orden muy diferente del que después se irá imponiendo⁴³. Los manuales, en ocasiones, se organizan conforme a la sistemática francesa, más cercana a nosotros, y que también es la del código. No obstante paulatinamente vencería el sistema de Savigny, más científico y comprensible.

⁴¹ DEL VISO, *Lecciones...*, I, p. 35.

⁴² DEL VISO, *Lecciones...*, I, p. 35-36. El artículo 13º del Proyecto de código civil de 1851 dice que “se prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia, por vía de disposición general y reglamentaria”. Según las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA, pp. 25-26: “A los tribunales pertenece exclusivamente la facultad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; ni las Cortes, ni el Rey pueden abrogársela sin manifiesta infracción de la Constitución; pero tampoco pueden los tribunales abrogarse en todo, o en parte el poder legislativo; y resultaría además el inconveniente de que en ciertos puntos vendría a haber tantas legislaciones diferentes, como tribunales superiores”.

⁴³ En el citado manual de Gómez de la Serna y Montalbán se pueden apreciar algunos elementos de modos anteriores. Pero a pesar de esto hay un cambio. Ha desaparecido el casuismo –que aún encontramos en Juan Sala–. Se trata ahora de organizar lo jurídico conforme a los principios, al iusnaturalismo, y, sobre todo, de interpretar conforme al modo francés. En los autores que disponen de código, aunque sea el proyecto de 1851, se ve con mayor claridad. En Gómez de la Serna y Montalbán se ve el esfuerzo de ir incluyendo novedades legislativas, se añaden en las ediciones posteriores las sentencias principales del tribunal supremo, al hilo de las principales leyes liberales y sus problemas de aplicación, por este medio la jurisprudencia se incardina y se puede conocer a través de la doctrina.

Eduardo Pérez Pujol representa un acusado positivismo, anterior al código civil, con escasa importación de las ideas de Savigny —alguna en la costumbre— y de la pandectística. Cuando hacía años que Savigny había formulado una teoría general, que el código civil francés había sido aprobado y la escuela de la exégesis se había desarrollado, Pérez Pujol en sus explicaciones sigue muy apegado al texto de Del Viso, por lo que los escolares valencianos del XIX tenían que conformarse con viejos conceptos romanos, recogidos de *Partidas*. Sólo en aspectos políticos de las leyes, la constitución o algunas leyes particulares se modernizaban las viejas introducciones⁴⁴.

⁴⁴ Las ediciones de la obra, ya citada, *Lecciones...*, de Salvador DEL VISO, según Manuel TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política*, 2 vols., Madrid, 1883-1898, I, n. 326, p. 43-44 y t. II, n. 4585, p. 75, son las siguientes:

— *De la historia del derecho*, Valencia, 1852, 2.^a ed. 1865.

— *Del derecho civil*, Valencia, 1.^a ed. 1859-1860; 2.^a de. 1863; 3.^a ed. 1868-1870, de la que me ocupo en este trabajo, y apéndice 1872; 4.^a ed. 1879-1880 en 3 vols.; 5.^a ed. 1886; 6.^a ed., adaptada al código civil por Salvador Salom y Puig, 3 vols. Valencia, 1889.

— *Del derecho mercantil*, Valencia, 1853, 2.^a ed. 1864 y apéndice 1872, 3.^a ed. adaptada al código mercantil por Salom, Valencia, 1886.

La obra de DEL VISO fue completada por Vicente SANCHO TELLO, que añade la parte de derecho foral: en el tomo II, n. 3625, p. 29, *Lecciones de derecho civil foral, apéndice a Del Viso*, Valencia, 1886.

También en el tomo II, n. 4585, p. 75, figura la 5.^a ed. que es de 1886.