

La Codificación civil española y las fuentes del derecho

SUMARIO: I. Preliminar.–II. Las fuentes del derecho en el Código civil francés.–III. Las fuentes del derecho en la Codificación civil española. 1. Las fuentes del derecho en los Proyectos de Código civil de 1821, 1836 y 1851 y en el Proyecto de Libro I de Código civil de Romero Ortiz de 1869. A) El Proyecto de 1821. B) El Proyecto de 1836. C) El Proyecto de 1851. D) El Proyecto de Libro I de Código civil de Romero Ortiz de 1869. 2. Las fuentes del derecho en la etapa final de la Codificación civil. A) Las previsiones en materia de fuentes en el Proyecto de los Libros I y II de 1882. B) El Proyecto de Ley de Bases de 1885 y la enmienda de Augusto Comas: el debate en el Senado sobre las fuentes del Derecho español. C) Las fuentes en el Título preliminar del Código civil de 1888-1889. 3. La reforma del Título preliminar en 1973-1974.–IV. Fuentes y bibliografía.

I. PRELIMINAR

La existencia de distintas instancias con capacidad para crear derecho, o más propiamente, para declarar el derecho, configuró en el Antiguo Régimen un orden jurídico plural, integrado por múltiples conjuntos normativos con origen y contenidos diferentes. La relación entre ellos se determinaba mediante el establecimiento de reglas que precisaban las situaciones en las que cada uno debía regir. En unas ocasiones atendiendo a criterios materiales, personales o territoriales. En otras a partir de la fijación de un orden de prelación que precisaba la aplicación preferente o supletoria de los diferentes derechos.

Los derechos propios de los Reinos, el Derecho común, los derechos consuetudinarios y otros derechos particulares formaban parte de un mismo tejido jurídico. Y la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia convivían en su

seno sin perjuicio de que una u otra fuente tuviera una presencia mayor en función de las épocas, los territorios o el conjunto normativo a aplicar.

La voluntad de los monarcas de contar con un derecho general para sus súbditos no supuso la desaparición de este complejo entramado de ordenamientos o derechos particulares. Los reyes ni pretendieron la validez exclusiva de un ordenamiento, ni siquiera del derecho real, ni se plantearon la igualdad de los súbditos ante el Derecho.

La Revolución francesa y la obra legislativa de Napoleón marcaron un punto de inflexión en esta estructura introduciendo cambios sustanciales en el sistema de las fuentes del derecho. Primero en Francia y a continuación en los países, así europeos como americanos, que recibieron su influencia. Se fijaron entonces los medios para monopolizar la creación del derecho en manos del Estado e imponer la igualdad de los antiguos súbditos, ahora ciudadanos, ante el Derecho. En la nueva situación, la ley, considerada la manifestación de la voluntad general, se convertiría en la fuente principal de los ordenamientos jurídicos, en detrimento de las demás fuentes con las que históricamente había coexistido.

El análisis de la situación de las fuentes de producción del derecho en España en el siglo XIX, en el marco de la Codificación civil, es el objeto central de este trabajo. Pero, antes de abordar su estudio, conviene referir el estado en que quedaron las fuentes del derecho en Francia a partir de la entrada en vigor del Código civil napoleónico con el fin de poder valorar, más adelante, la influencia que el sistema francés ejerció sobre los juristas españoles responsables de la definición de las fuentes en el nuevo contexto liberal.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

La Revolución de 1789 y su obra legislativa, las sucesivas Constituciones, en especial la de 1791, y el Código napoleónico determinaron una nueva concepción de las fuentes del derecho en Francia.

El legislador, lejos de conformarse con la derogación de una parte muy importante del Derecho civil del Antiguo Régimen¹, también alteró, y además, de modo sustancial, el papel y la importancia que las distintas fuentes del derecho habían tenido en los siglos precedentes. A partir del Código, una fuente, la ley, se erigió en la fuente privilegiada del Derecho francés en quebranto de la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. En los inicios del siglo XIX la costumbre pasó a ocupar un lugar subsidiario en el ordenamiento jurídico francés.

¹ Artículo 7 de la *Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français*. 30 Ventoso año XII (21 de marzo de 1804): «A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code», en DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat...*, 14, Guyot, París, pp. 526-528.

Y la jurisprudencia y la doctrina perdieron su condición de fuentes de producción del derecho.

La preeminencia que se otorgó a la ley se justificó mediante el recurso a un doble argumento. Uno de naturaleza técnica, la supuesta superioridad de la ley respecto de las demás fuentes del Derecho. Y, otro de carácter político, la eficacia de la ley como instrumento del Estado para imponer sus puntos de vista y ordenar la sociedad de acuerdo a su voluntad. Al mismo tiempo se rechazaban las demás fuentes, incidiendo en los aspectos que se consideraban negativos. En relación a la costumbre se denunciaron las desigualdades a las que su aplicación podía dar lugar. La doctrina fue objeto de crítica por la diversidad que se apreciaba en las opiniones de los juristas, con frecuencia contradictorias entre sí. Y el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho se rechazó por la arbitrariedad que se atribuía a la actuación de los órganos judiciales y por la aplicación del principio de separación de poderes.

Los seis artículos que integran el título preliminar del Código de 1804 tienen como objeto la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes, sin que en el texto, a diferencia de lo que sucede en otros códigos civiles, como es el caso del español de 1888-1889, se prevea una enumeración de las fuentes del derecho. La situación podría haber sido diferente de haber prosperado el Proyecto de Código civil del año VIII, cuyo artículo 4 detallaba las fuentes del derecho particular de cada pueblo. En el precepto, los autores del Proyecto, desde posiciones iusnaturalistas, reconducían las fuentes del derecho de las diferentes naciones, incluida la francesa, al derecho universal, previsión que, conforme al artículo 1 del mismo texto, significaba la razón natural; las leyes propias del pueblo de referencia; y las costumbres o usos².

El silencio, casi absoluto, que el título preliminar del Código francés guarda respecto de cualquier otra fuente del derecho que no sea la ley es un dato a tener en cuenta acerca de la importancia que sus redactores dispensaron a la norma escrita emanada del poder legislativo como fuente del ordenamiento francés. Sólo en el artículo 6 se incluye una referencia a las *bonnes moeurs*. En este punto, los autores del Código de 1804 volvieron a distanciarse del contenido del Proyecto del año VIII cuyos artífices, además de reservar un lugar a la costumbre, la definían e indicaban los requisitos que debía cumplir para tener valor de fuente del derecho³.

Del texto de la *Presentación* del Código civil efectuada por Portalis en 1801 se infiere que la eliminación de la costumbre como fuente del derecho y de los requisitos que ésta debía cumplir guarda relación con el nuevo planteamiento filosófico, de corte menos iusnaturalista, que quiso proporcionarse al Código en la fase final de su elaboración. Y también con las modificaciones que, al mismo tiempo, se introdujeron en la organización y estructura internas del texto.

² *Projet de Code Civil présenté le 24 Thermidor an 8 par la Commission du gouvernement*, en FENET, P. Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, II, Impr. de Ducassois, París, 1827, reimpresión, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, pp. 3-413, por la cita, pp. 3-4.

³ Artículo 5: «La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune».

El cambio conllevó, a los efectos que nos ocupan, la eliminación del título primero dedicado a las definiciones generales y la incorporación de un nuevo título preliminar limitado al modo de publicación de las leyes, sus efectos más importantes y su aplicación por los jueces⁴. En las palabras de Portalis no consta ningún dato que permita vincular la supresión de la costumbre como fuente del derecho con la imposición o el triunfo de las posturas contrarias a su mantenimiento entre las fuentes del ordenamiento francés. Un planteamiento que también contaba con defensores en el mundo jurídico francés⁵.

La derogación del derecho anterior por la Ley de 21 de marzo de 1804 y la desaparición de la referencia expresa a la costumbre como fuente del derecho en el articulado del Código no significa, sin embargo, que los autores del texto final hicieran tabla rasa del derecho consuetudinario del pasado y que la costumbre quedara a partir de entonces proscrita del Derecho francés.

Los autores del Código, juristas formados en el derecho del Antiguo Régimen, compartían las nuevas ideas. Eran partidarios de la Codificación y de situar la ley en un lugar preeminente, pero al mismo tiempo estaban convencidos de la necesidad de no romper con el pasado jurídico de la Nación de modo radical. La aceptación de este doble planteamiento les obligó a realizar el esfuerzo de llevar al texto del Código una parte muy importante de las previsiones del antiguo derecho, articulándolas con las de nueva creación. Por esta razón, como ha señalado el profesor Jacques Poumarède, resultan exageradas las críticas que Savigny formuló al Código, en el momento de afirmar que el

⁴ *Présentation et exposé des motifs du Code civil*. Séance du 3 Frimaire an X (24 de noviembre de 1801), en FENET, *Recueil*, VI, pp. 33-52, por la cita, pp. 42-43. GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Estudio preliminar sobre el pensamiento científico jurídico de Gény a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000, p. 257.

⁵ Remitido el Proyecto a los principales órganos judiciales del país, la gran mayoría valoraron positivamente las previsiones de los artículos 4 y 5 del Proyecto concernientes a la costumbre. Sólo seis Tribunales realizaron alguna observación y, de ellos, los Tribunales de Lyon, Amiens y Rouen fueron los únicos que se manifestaron en contra. GÉNY, *Método de interpretación*, pp. 256-257.

Algunas instancias defendieron la necesidad de prohibir la costumbre *contra legem*. Fue la postura sostenida por el Tribunal de Casación y el Tribunal de Apelación de Ajaccio. *Observations du Tribunal de Cassation sur le Projet présenté par la Commission du Gouvernement*, en FENET, *Recueil*, II, pp. 415-755, por la cita, p. 415; *Observations du Tribunal d'appel séant à Ajaccio*, en FENET, *Recueil*, III, pp. 118-124, por la cita, p. 118.

Otras sedes judiciales, entre las que cabe mencionar los Tribunales de Apelación de Amiens, París y Rouen, abogaron por la eliminación de cualquier alusión a la costumbre. *Observations du Tribunal d'appel séant à Amiens*, en FENET, *Recueil*, III, pp. 124-142, por la cita, p. 125; *Observations des commissaires du Tribunal d'appel séant à Paris*, en FENET, *Recueil*, V, pp. 91-291, por la cita, p. 9; *Observations arrêtés par le Tribunal d'appel séant à Rouen, d'après et sur le rapport de sa commission*, en FENET, *Recueil*, V, pp. 455-554, por la cita, pp. 459-460.

Y otros tribunales, es el caso de Montpellier, plantearon la conveniencia de añadir algún elemento a las condiciones exigidas a la costumbre. *Observations faites par les membres de la commission nommé le 21 germinal dernier par le Tribunal d'appel séant à Montpellier*, en FENET, *Recueil*, IV, pp. 419-589, por la cita, p. 420.

legislador napoleónico había elaborado una obra abstracta, ajena por completo a las raíces vivas del Derecho francés⁶.

Las palabras de Portalis que reproducimos a continuación, recogidas en el *Discours préliminaire* de 1801, revelan la actitud transaccional asumida por los redactores del *Code* que les permitió engarzar las antiguas costumbres con el nuevo derecho⁷:

«Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices».

De otro lado, en relación a varias materias reguladas en el texto, los autores del Código reconocieron de manera expresa la validez de la costumbre como fuente del derecho a través de la remisión a los usos, a los usos locales o al uso de los antiguos propietarios⁸. Así sucede en relación al usufructo en los artículos 590, 591, 608. En lo que toca a las servidumbres en los artículos 663, 671, 674. En materia de arrendamientos en los artículos 1736, 1745, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759. En la interpretación de los contratos en los artículos 1135, 1159, 1160. Y en la compraventa en los artículos 1587 y 1648.

También incorporaron, en diferentes partes del articulado, referencias a las *bonnes moeurs* o al modo de actuar del *bon père de famille*. Estas alusiones han sido interpretadas por los juristas franceses como un reconocimiento de la fuerza jurídica de la costumbre tras considerarlas un reenvío implícito de la ley a la costumbre⁹. Así sucede en relación a las *bonnes moeurs* en los artículos 6, 900, 1133 y 1172. Y en los artículos 450 y 1728-1.º en lo que concierne al modo de actuar del *bon père de famille*.

Y, por último, asimismo debemos traer a colación que el Decreto de Vento-so del año XII sólo derogó las costumbres redactadas en el Antiguo Régimen en

⁶ POUMARÈDE, Jacques, «Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse (Les débuts de l'École française du droit historique)», en JOURNÈS, Claude (éd.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1986, pp. 95-111 y recientemente en ALLINNE, Jean Pierre (éd.), *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, CNRS-Université de Toulouse-Le Mirail, Toulouse, 2011, pp. 655-667, por la cita, pp. 655-656.

⁷ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er Pluviôse an IX [20 de enero de 1801] par la Commission nommée par le gouvernement consulaire*, en PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, París, 1844, pp. 1-62, por la cita, p. 20.

⁸ Acerca de la importancia de los usos locales a los que se remite el Código napoleónico véase POUMARÈDE, «De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes», en GAUVARD, C. (éd.), *Les penseurs du Code civil*, Coll. Histoire de la justice, n.º 19, París, AHJF-La Documentation française, 2009, pp. 172-182, también en ALLINNE, *Itinéraire(s) d'un historien du droit*, pp. 189-198.

⁹ CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Introduction*, PUF, París, 21.ª ed. puesta al día, 1992, pp. 252-253.

relación a las materias previstas en el Código civil. De ahí que quepa considerar la subsistencia del derecho consuetudinario anterior concerniente a las cuestiones no reguladas en el nuevo texto. Y también que la norma de Ventoso no conllevó la prohibición de la costumbre como fuente jurídica, quedando a salvo su reconocimiento como fuente general del Derecho francés a partir de la entrada en vigor del texto napoleónico¹⁰.

La conciencia y la aceptación de la continuidad de la costumbre como fuente del Derecho francés estuvo presente en los primeros comentaristas del Código civil. En la generación de Merlin, Dupin o Toullier, quienes consideraban que el Derecho no había quedado reducido a la ley porque la Codificación no había terminado con la creación consuetudinaria del derecho¹¹. El presupuesto contrario, la reducción del Derecho a la ley, se impuso un tiempo después por influencia de la Escuela de la Exégesis. Delvincourt, Demante, Duranton, Proudhon, Aubry, Raz y Demelombe, entre otros, impulsaron el culto absoluto a la ley¹².

Los planteamientos de la Escuela de la Exégesis y con ello la preeminencia de la ley sobre la costumbre mantuvieron aquella posición hegemónica en Francia hasta finales del siglo XIX. A partir de entonces se alzaron voces contrarias a la exclusión de la costumbre del cuadro de las fuentes del Derecho francés, se renovaron los estudios sobre el derecho consuetudinario y, finalmente, la doctrina recuperó la costumbre entre las fuentes del Derecho. Beudant, Géný y Saleilles cumplieron un papel importante en esta renovación del papel de la costumbre como fuente de producción jurídica¹³.

Y, para finalizar esta parte de la exposición reservada a la costumbre en el Derecho francés queremos dar cuenta, siquiera telegráficamente, de la situación en que quedó el derecho consuetudinario del Antiguo Régimen en otros órdenes jurídicos ajenos al civil a partir de la promulgación de sus respectivos códigos.

En el ámbito del derecho procesal, el artículo 1041 del Código de Procedimiento civil de 1806¹⁴ derogó de manera expresa todo el derecho anterior, incluidas las costumbres. Mientras que el Código penal de 1810¹⁵, el Código forestal de 1827¹⁶ y la Ley de 15 de septiembre de 1807, relativa a la entrada en

¹⁰ GÉNY, *Método de interpretación*, p. 255; CARBONNIER, *Droit civil*, 253.

¹¹ POUMARÈDE, «Défense et illustration de la coutume», 2011, p. 656.

¹² POUMARÈDE, «Défense et illustration de la coutume», 2011, p. 657.

¹³ POUMARÈDE, «Défense et illustration de la coutume», 2011, pp. 657-667.

¹⁴ Artículo 1041: «Le présent Code sera exécuté à dater du 1^{er} janvier 1807, en conséquence, tous procès qui seront intentés depuis cette époque, seront instruits conformément à ses dispositions. Toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile, seront abrogés». *Code de Procédure civile. Édition originale et seule officielle*. Paris, Imprimerie Impériale, 1806.

¹⁵ Artículo 484: «Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les cours et les tribunaux continueront de les observer». *Code pénal de l'Empire français*. Imprimerie Impériale, Paris, 1810.

¹⁶ Artículo 218: «Sont et demeurent abrogés, pour l'avenir, toutes lois, ordonnances, édits et déclarations, arrêts du conseil, arrêtés et décrets, et tous règlements intervenus, à quelque époque que ce soit, sur les matières réglées par la présent code, en tout ce que concerne les forêts». *Code forestier avec l'exposé des motifs, la discussion des deux chambres, des observations sur les articles, e l'ordonnance d'exécution*, pub. por M. Brouse, Charles Béchét, Libraire, Paris, 1827.

vigor del Código de comercio de 1807¹⁷, guardaron silencio respecto de la continuidad o no del derecho consuetudinario del Antiguo Régimen en cada uno de estos ámbitos.

La información aportada permite considerar que la postura del legislador napoleónico no fue homogénea en relación al derecho consuetudinario del pasado. Y que el trato que se dispensó a las antiguas costumbres se determinó por las circunstancias concretas que rodeaban al derecho consuetudinario del Antiguo Régimen en cada uno de los órdenes jurídicos.

Los efectos que la entrada en vigor del Código civil napoleónico tuvo sobre la jurisprudencia y la doctrina fueron de mayor gravedad que los que afectaron a la costumbre. A partir de 1804 la jurisprudencia y la doctrina perdieron la condición de fuentes del Derecho francés en sentido estricto y adquirieron el estatus de «autoridades». Dejaron de ser reglas jurídicas obligatorias para convertirse en instrumentos destinados a la interpretación del derecho o a la articulación de soluciones en casos de insuficiencia o silencio de las normas. De este modo, la jurisprudencia y la doctrina pasaron a ser autoridades *de facto*, aunque sin serlo *de iure*, tal y como han señalado distintos juristas. Entre otros Carbonnier¹⁸.

El alcance que el Derecho francés confiere a la jurisprudencia, distinto del que se reconoce a la ley y a la costumbre, tiene como punto de partida el artículo 5 del Código de 1804. El precepto que prohíbe a los jueces el dictado de disposiciones de carácter general¹⁹. Una competencia que los Parlamentos del Antiguo Régimen habían desarrollado amplia y frecuentemente²⁰. En contraste con esta previsión, no existe una disposición similar en relación a la doctrina, respecto de la cual el Código francés guarda silencio absoluto.

Y, por último, queremos indicar que el *Code* tampoco establece nada en relación a los principios generales del derecho y ello a pesar de que, durante su redacción, los autores del Código consideraron la oportunidad de proporcionar a los jueces la posibilidad de recurrir a una regla subsidiaria que les permitiera resolver los casos no previstos en la ley. La solución que finalmente arbitraron quedó limitada a remitir a los jueces a la equidad en algunas situaciones concretas. Así sucede en los artículos 565, 1135 y 1854.

¹⁷ Artículo 2: «A compter dudit jour, 1er janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par ledit Code sont abrogées». *Loi qui fixe au 1^{er} janvier 1808, l'époque laquelle le Code de Commerce sera exécutoire*, en DUVERGIER, *Collection complète des lois*, 16, p. 191.

¹⁸ CARBONNIER, *Droit civil*, pp. 263-304.

¹⁹ Artículo 5: «Il est défendu aux juges de prononcer para voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumis».

²⁰ OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*. Domat Montchrestien, París, 1948. Reproducción fotomécánica, Éditions du CNRS, París, 1990, pp. 538-541.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA

La consagración de la ley como fuente preferente del Derecho español se impuso en España a partir de la Constitución de 1812, una vez que se consideró la conveniencia de construir una nueva Nación sobre la base del imperio de la ley como expresión de la voluntad general²¹. Sin embargo, a pesar de ello, en la práctica, no se adoptaron todas las medidas necesarias para garantizar su supremacía.

En ninguno de los tres períodos de vigencia de la Constitución gaditana se organizó en España un sistema de casación que, a semejanza de lo previsto en la legislación francesa, sirviera de salvaguardia de la ley. La institucionalización del recurso de casación se retrasó hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855. Entonces se fijó la posibilidad de interponer el recurso por infracción de ley, pero también por infracción de la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales. En la práctica, esto suponía el reconocimiento tácito de la jurisprudencia como fuente de producción del derecho²².

Y bajo el amparo del texto gaditano tampoco se estableció, al menos con carácter general, la obligatoriedad de la motivación de las sentencias. Un requisito que de haberse exigido, tal y como se introdujo en la misma Ley procesal de 1855, habría conllevado una mayor vinculación del juez a la ley²³.

El retraso que hubo en la Codificación civil española demoró hasta 1888-1889 la formulación del sistema de fuentes del Estado liberal²⁴. Las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876 no cubrieron esta carencia porque se

²¹ En relación a los distintos tipos de normas de las primeras Cortes españolas, véase CHOFRE SIRVENT, JOSÉ, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996.

²² Artículos 1010 y 1012. *Ley de Enjuiciamiento civil*, de 5 de octubre de 1855, 2.ª ed. oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1855.

Sobre la casación, véanse los trabajos que citamos a continuación: HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Préface de Gérard Sautel, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987; LORENTE SARIÑENA, Marta, «Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria», en *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa. Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 205-215; ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al Enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 194-201.

²³ Artículo 333. *Ley de Enjuiciamiento civil*, de 5 de octubre de 1855.

En relación a la motivación de las sentencias a partir de Cádiz y hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, véase GARRIGA ACOSTA, Carlos, y LORENTE SARIÑENA, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», en GARRIGA ACOSTA y LORENTE SARIÑENA, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*. Epílogo de Bartolomé Clavero. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 261-312, por la cita, pp. 280 ss.

²⁴ En lo que concierne al proceso codificador civil en España, remito al lector a las dos obras siguientes y a la bibliografía incluida en la segunda: LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. 2 vols., Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1978; y BARÓ PAZOS, Juan, *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

limitaron a atribuir la potestad legislativa a las Cortes y al Rey, o a las Cortes en solitario, y a prever la potestad reglamentaria, cuyo ejercicio atribuían al ejecutivo, sin aludir a ninguna otra fuente, a pesar de que, en la práctica, la ley no era la única fuente creadora de derecho²⁵.

Y, de otra parte, el fracaso de los sucesivos proyectos de Código civil exigió la continuidad del Derecho civil del Antiguo Régimen durante la mayor parte del siglo XIX. Esta circunstancia explica que entre 1812 y 1888-1889, al mismo tiempo que constitucionalmente se consagraba la ley como fuente preferente del ordenamiento español, en la práctica continuara en vigor una parte muy importante del Derecho civil del Antiguo Régimen, incluida la diversidad de fuentes del pasado y los sistemas de prelación en vigor en distintas partes del territorio nacional.

De modo que, con anterioridad al Código civil, no existía en España un sistema de naturaleza legal que tuviera a la ley como única fuente de producción del derecho, y ello a pesar de ser ésta la imagen que con frecuencia se ha transmitido²⁶. La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina continuaron, con mayor o menor intensidad, teniendo la consideración de fuentes del Derecho español.

Y la situación no se modificó con la promulgación del Código, de manera que la pluralidad de fuentes jurídicas se mantuvo en España a partir de 1888-1889. Los autores del texto, lejos de considerar a la ley como única fuente del Derecho español, excluyendo cualquier otra posibilidad, otorgaron la misma naturaleza a la costumbre y a los principios generales del derecho, sin perjuicio de establecer una jerarquía entre las tres mencionadas fuentes.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL DE 1821, 1836 Y 1851 Y EN EL PROYECTO DE LIBRO I DE CÓDIGO CIVIL DE ROMERO ORTIZ DE 1869

Una vez que bajo el mandato de la Constitución de Cádiz se aceptó la posición de preeminencia de la ley en el nuevo sistema jurídico español, en ninguno de los Proyectos de Código civil que se redactan en 1821, 1836, 1851, sus autores introdujeron una enumeración de las fuentes del derecho. Y los títulos reservados a las fuentes tuvieron como objeto fundamental, casi único, a la ley. De ahí que en el encabezamiento que antecede a estos títulos sólo se aluda a esta

²⁵ En relación al nacimiento de esta potestad reglamentaria en el marco de la Constitución gaditana, véase GARRIGA ACOSTA, «Constitución, ley, reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», en GARRIGA ACOSTA y LORENTE SARIÑENA, *Cádiz*, pp. 169-258.

²⁶ A esta misma conclusión llega Marta Lorente en el estudio que realizó sobre la prensa jurídica y su valor en el siglo XIX. LORENTE SARIÑENA, «De la Revista al Diccionario: Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en la España decimonónica», en Paolo GROSSI, Víctor TAU ANZOÁTEGUI, Bartolomé CLAVERO y Alberto David LEIVA, *La Revista jurídica en la cultura contemporánea*, Edición Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 243-287.

fuente del derecho. En este punto parece clara la influencia del Código civil francés sobre las Comisiones que elaboraron estos primeros Proyectos españoles.

De las anteriores afirmaciones no debe deducirse, sin embargo, que los responsables de la redacción de los sucesivos Proyectos descartaran la admisión de otras fuentes del derecho.

En todos los Proyectos se aceptaba el valor de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico, si bien este reconocimiento se formulaba indirecta o tácitamente a través de la prohibición de las costumbres contrarias a la ley, lo que presumía la aceptación de las costumbres *secundum* y *extra legem*, e introduciendo remisiones a la costumbre en distintas partes del articulado. Como novedad, en el Proyecto del Ministro Romero Ortiz de 1869, se daba entrada a los principios del Derecho natural.

Tiene interés la recapitulación de las previsiones de los sucesivos Proyectos para percibir la lenta evolución que hubo en los planteamientos de los codificadores españoles en relación a las fuentes del derecho. Y también para descubrir las influencias del Código civil francés, de la tradición jurídica castellana y de otros códigos europeos en la configuración del sistema de fuentes español.

A) El Proyecto de 1821

En el Proyecto de 1821, el título preliminar se reservaba a las leyes. El primer capítulo se refería a la naturaleza de la ley y sus emanaciones; el segundo a su formación; el tercero a la expedición, circulación y promulgación de las leyes; y finalmente, el último, a su observancia. Y, siguiendo las previsiones constitucionales, el Proyecto diferenciaba entre las leyes, fruto del ejercicio de la potestad legislativa atribuida al poder legislativo, y los reglamentos, órdenes y similares, dictados por el ejecutivo.

En lo que afecta a la costumbre, a la que se considera un «semillero de disputas», los redactores del Proyecto señalan, en el Discurso preliminar, los problemas que, en su opinión, podrían derivarse de la admisión de la costumbre como fuente del derecho. Esencialmente, la inseguridad provocada por el desconocimiento de su origen y del momento de su aparición y por la inexistencia de un texto auténtico que permitiera determinar, con precisión, su contenido²⁷.

Sin embargo, a pesar de esta desconfianza, la Comisión responsable del Proyecto aceptaba, en el mismo Discurso preliminar, el recurso a los usos y a las costumbres en las materias en las que la ley no se hubiera pronunciado. Y admitía la posibilidad de conservar e incluso generalizar los usos y costumbres existentes en varias provincias en relación a algunas instituciones, si bien estableciendo la cautela de que, en tales situaciones, el legislador sancionara las costumbres y fijara sus límites con precisión²⁸.

²⁷ El texto del *Proyecto de Código civil de 1821*, en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 7-71, por la cita, p. 14.

²⁸ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, p. 14.

Y en la parte articulada del Proyecto, en concreto en el artículo 31, se prohibía la costumbre *contra legem*, declarando que las leyes no perdían su fuerza y vigor por el no uso, ni por los usos o actos contrarios a ella.

De la combinación de lo expresado por los autores del Proyecto en el Discurso preliminar y de lo establecido en el artículo 31 cabe deducir que la Comisión de Cortes autora del Proyecto de Código civil de 1821 admitía la costumbre *extra legem*, antigua y nueva, en las materias en las que la ley no se hubiera pronunciado. Aceptaba la formulación de nuevas costumbres *secundum legem* a partir de la entrada en vigor del Código en relación a las instituciones en él reguladas. Y negaba toda validez a las costumbres contrarias a la ley, con independencia de que éstas fueran antiguas o nuevas²⁹.

Cabe anotar que la prohibición de la costumbre *contra legem*, no prevista en el Código francés, y que en la práctica suponía la admisión implícita de las costumbres *extra legem* y *secundum legem*, fue una aportación propia de los autores del Proyecto de 1821. Su incorporación al texto nos permite vincular el Proyecto con la primera Ley de Toro, incorporada más tarde a las Recopilaciones de 1567 y 1805 (III,II,3), que prohibía la costumbre contraria a los Ordenamientos y Pragmáticas y a las Partidas.

Se observa así que en materia de fuentes del derecho, la Comisión de las Cortes que recibió el encargo de redactar el primer proyecto de Código civil tuvo en cuenta el Código francés pero también la tradición castellana.

B) El Proyecto de 1836

En el Proyecto de 1836, el título preliminar quedaba reservado, de igual modo que en el caso anterior, a las leyes, su promulgación, efectos y observancia, sin que en su articulado se incluyera previsión alguna en relación a otras fuentes del derecho salvo para prohibir la costumbre *contra legem*.

En este segundo Proyecto de Código civil español, y siguiendo el modelo de lo establecido por los autores del Código francés, los miembros de la Comisión pusieron de manifiesto el esfuerzo que habían realizado para integrar el derecho antiguo con las nuevas disposiciones en las materias en las que esta labor de síntesis había sido posible. Y ello con el objetivo de no romper con el derecho del pasado.

La idea se pone de manifiesto en distintos pasajes de la exposición de motivos, si bien el fragmento más preciso es el que reproducimos a continuación³⁰:

«Debe ante todo advertir que en la prosecución de la obra [la Comisión] siempre ha tenido a la vista las leyes patrias, y los fueros así generales como particulares, y cómo no se ha separado de éstos ni de aquéllas sino cuando una imperiosa necesidad le ha obligado a rectificarlas, o sustituir nuevas disposi-

²⁹ En sentido contrario, Lasso Gaité entendía que el Proyecto prohibía cualquier tipo de costumbre. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-I, p. 71.

³⁰ *Proyecto de Código civil de 1836*, en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 88-320, por la cita, p. 90.

ciones, ya por falta de otras legales, ya por no poder acomodarse las antiguas a las costumbres actuales ni a los adelantamientos que ha debido la ciencia legal a la economía pública. También ha consultado varios Códigos extranjeros, especialmente el francés, que goza en Europa de tanta celebridad, y del cual ha tomado varias disposiciones a falta de otras equivalentes en la legislación patria, cuando las ha considerado necesarias y compatibles con nuestros usos y costumbres.»

En otro orden de consideraciones, y teniendo en cuenta la derogación del derecho del Antiguo Régimen en las materias objeto del *Code* que el legislador francés introdujo en el artículo 7 del Decreto de Ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), los autores del Proyecto de 1836 también prohibieron en el artículo 12 la alegación de las costumbres o fueros particulares de cualquier pueblo observados con anterioridad a la promulgación del Código.

La redacción del precepto no es, lamentablemente, tan precisa como la que se proporcionó al artículo francés. No aclara si la derogación afectaba a todas las materias o sólo a las contempladas en el Proyecto, tal y como se había determinado en el Código civil francés y en el Proyecto de 1821.

Si entendemos que la derogación concernía a todo el Derecho civil del Antiguo Régimen, con independencia de que la materia objeto de su atención estuviera o no prevista en el Proyecto, debemos considerar que los autores del texto sólo aceptaban las costumbres *extra legem* y *secundum legem* para el futuro, pensando en las normas consuetudinarias que pudieran crearse a partir de la entrada en vigor del nuevo Proyecto.

Por el contrario, si partimos de la idea de que los autores del texto tenían en mente la derogación del antiguo derecho en relación a las instituciones incluidas en el Proyecto de Código civil, dejando subsistente el derecho anterior referido al resto de instituciones no previstas en el texto, debemos entender lo siguiente.

De un lado, que los redactores del texto de 1836 aceptaban la costumbre *extra legem*, ya fuera antigua o nueva, en las materias no abordadas en el Proyecto. Y, de otro, que la admisión de la costumbre *secundum legem* se formuló considerando únicamente lo que podría suceder en el futuro, teniendo en cuenta las costumbres que pudieran establecerse a partir de la entrada en vigor del Proyecto en relación a las instituciones en él reguladas.

De otra parte, y del mismo modo que sucedía en el Código francés, algunos preceptos del articulado del Proyecto de 1836 remiten a la costumbre del lugar. Es el caso del artículo 988 referido a la interpretación de los contratos.

A la vista de lo señalado, y como síntesis, cabe apuntar que, en materia de fuentes, el Proyecto de 1836 no introducía novedades en relación al Proyecto de 1821. Los autores del texto de 1836 seguían teniendo como referente el Código napoleónico en el papel preeminente que otorgan a la ley y en la remisión que hacen a la costumbre del lugar en distintas partes del articulado. Y tienen en cuenta la tradición castellana para prohibir expresamente la costumbre *contra legem*.

Por último, cabe anotar que de ser cierta la interpretación señalada conforme a la cual el artículo 12 sólo derogaba el derecho anterior en relación a las materias tratadas en el Proyecto, esta previsión también traería causa del modelo francés.

C) El Proyecto de 1851

La Comisión General de Codificación creada en 1843 y responsable de la redacción del Proyecto de 1851 volvió a incluir en el texto un título preliminar reservado a las leyes y sus efectos y a las reglas generales para su aplicación, conservando así la tradición impuesta por el Código de 1804 y continuada en los Proyectos de 1821 y 1836³¹.

Siguiendo la pauta marcada por el Proyecto de 1836, el artículo 5 del texto de García Goyena volvía a prohibir la costumbre *contra legem* estableciendo que «no valdrá alegar contra su observancia [la de las leyes] el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean». De modo que, a través de esta fórmula indirecta, se ratificaba el valor jurídico de la costumbre como fuente del Derecho español siempre que fuera *secundum* o *praeter legem*.

La redacción del artículo 1992, que causó tanta preocupación en los territorios forales, era mucho más precisa que la de su antecedente, el artículo 12 del Proyecto de 1836, en lo que concierne al planteamiento general de las fuentes del derecho. Los autores del texto de 1851 expresaron claramente que la derogación del derecho anterior sólo afectaba a las materias tratadas en el nuevo Proyecto³². La afirmación nos permite considerar que García Goyena y el resto de los miembros de la Comisión aceptaban la costumbre *extra legem*, ya fuera antigua o nueva, en las materias no abordadas en el texto. Y las costumbres *secundum legem* que pudieran formarse en el campo de las instituciones reguladas en el Código una vez que el texto entrara en vigor.

En correlación con el artículo 1992, el artículo 1237 prohibía que los esposos pactasen que el régimen económico-matrimonial se rigiera por los fueros o costumbres que hasta entonces habían estado en vigor en diferentes provincias o comarcas del reino. Y sólo de manera transitoria, los artículos 1263 y 1264 prevenían algunas excepciones para permitir la continuidad de las capitulaciones realizadas conforme a las leyes y fueros antiguos.

En el marco de la Codificación española y en lo que concierne a las fuentes del derecho, la principal novedad que aportaba el Proyecto de 1851 era la pro-

³¹ Proyecto de Código civil de 1851, en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 321-496.

³² El propio GARCÍA GOYENA relaciona el artículo 1992 del Proyecto con la norma francesa de 30 de Ventoso del año XII que, en términos similares, derogó el antiguo Derecho francés en relación a las instituciones incluidas en el nuevo Código. GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, Impr. de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852. Reimpresión, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Cometa, Zaragoza, 1974, II, p. 1022.

hibición explícita de que la jurisprudencia pudiera tener valor de fuente de producción del derecho. La idea no figuraba en los Proyectos de 1821 y 1836 aunque ya se contemplaba en varios Códigos europeos, incluido el francés de 1804³³.

El artículo 13 del Proyecto de 1851 prohibía a los jueces resolver en los asuntos de su competencia por medio de disposiciones generales y reglamentarias. Como argumento se esgrimía el principio de la separación de poderes. Se recordaba que la facultad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales era la única atribución que correspondía a los tribunales³⁴.

D) El Proyecto de Libro I de Código civil de Romero Ortiz de 1869

El Proyecto de Libro I de Código civil, presentado por el Ministro Romero Ortiz en mayo de 1869 ante las Cortes, se vincula con los anteriores textos porque introduce un título preliminar dedicado a las leyes. Reitera en el artículo 5 la prohibición de la costumbre *contra legem*. E impide, en el artículo 8, que la jurisprudencia pudiera tener valor de fuente del Derecho español³⁵.

Como novedad, el artículo 9 contemplaba por primera vez en la Codificación civil española la situación de insuficiencia de la ley. Problema para el que el autor del Proyecto preveía como soluciones el recurso a la interpretación, a la analogía y a los principios del Derecho natural.

El contenido de este precepto mantiene relación con el artículo 15 del Código civil sardo de 1838, si bien entre ambos existe una diferencia. El Proyecto español se refiere al Derecho natural y el Código de Cerdeña habla de principios generales del derecho³⁶.

Ni en la exposición de motivos ni en el articulado redactado del Proyecto de 1869 figura referencia alguna a la situación en que quedaría el antiguo derecho en el caso de que el Proyecto alcanzara vigencia. Es de suponer que esta cuestión se habría abordado en la parte final del Proyecto que no llegó a redactarse.

³³ Al margen de que esta previsión estuviera recogida en el Código napoleónico, tal y como hemos señalado en la primera parte de este trabajo, la misma idea la encontramos en el artículo 8 del Código austriaco («Los jueces no pueden fallar nunca de una manera reglamentaria») y en el artículo 18 del Código civil sardo de 1838 («Los fallos o sentencias de los tribunales no tendrán nunca fuerza de ley»). VERLANGA HUERTA, Fermín, y MUÑIZ MIRANDA, José, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros...*, traducida del francés por... 2.^a ed. Imprenta de D. Antonio Yenes, Madrid, 1847, p. 1.

³⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, I, pp. 9-10.

³⁵ *Proyecto de ley del Libro primero del Código civil*, presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el Ministro Antonio Romero Ortiz, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*. Sesión de 21 de mayo de 1869, apéndice 5 al número 79. También en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 470-543.

³⁶ «Si no se pudiese fallar un pleito por el testo ni por el espíritu de la ley, se habrá de atender a lo que en casos parecidos dispongan otras leyes, y a los principios que sirvan de fundamento a leyes análogas. Si a pesar de todo la cuestión quedare dudosa, se recurrirá a los principios generales del derecho, teniendo en consideración todas las circunstancias del hecho». VERLANGA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles*, p. 1.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA ETAPA FINAL DE LA CODIFICACIÓN CIVIL

A) Las previsiones en materia de fuentes en el Proyecto de los Libros I y II de 1882

El Proyecto de los Libros I y II de 1882³⁷, elaborado a partir de la Ley de Bases de 22 de octubre de 1881³⁸, se distanciaba del Proyecto de García Goyena y asumía algunas de las novedades introducidas en el texto presentado por Romero Ortiz en las Cortes en 1869.

La corrección, en su caso, del contenido del Proyecto de 1851 estaba respaldada por el artículo 1 de la Ley de Bases que autorizaba al Gobierno para publicar como Ley del Reino el Proyecto de Código civil de 1851 con las modificaciones que se consideraran oportunas, atendiendo a la situación del país y a los avances habidos en la ciencia del Derecho.

El artículo 5 del Proyecto, siguiendo las previsiones de los textos anteriores, reiteraba la prohibición de la costumbre *contra legem*. Y el artículo 12 contemplaba que en los supuestos de insuficiencia de la ley se recurriera a la norma que regulara casos y materias semejantes, es decir, a la analogía, y, en su defecto, a los principios generales del Derecho. Nótese que los principios del Derecho natural previstos en el Proyecto de 1869 se sustituyen en 1882 por los principios generales del derecho.

Y, de otro lado, en el Proyecto de 1882 desaparece la disposición que en los Proyectos de 1851 y 1869 impedía que los jueces y tribunales dictaran resoluciones con carácter general o reglamentario. Se abría así la posibilidad para el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho.

En relación a los derechos de los territorios forales, en los que la costumbre era una fuente importante, de la exposición de motivos presentada a las Cortes cabe discurrir que los autores del Proyecto de 1882, en el caso de haber llegado a concluirlo, se habrían distanciado del artículo 1992 del Proyecto de 1851, permitiendo la continuidad de estos derechos y con ello el mantenimiento de las costumbres y los usos propios de los territorios forales.

En la Exposición se refiere que la Comisión tenía previsto examinar con detenimiento distintas instituciones, es el caso de la viudedad del cónyuge, la testamentifacción, las legítimas, el fuero de troncalidad, los foros, la *rabassa morta* y otras propias del régimen foral, con el fin de establecer las condiciones de la relación entre el Derecho general y las costumbres y la legislación particular de algunas poblaciones. Al mismo tiempo que se reitera el compromiso del Gobierno de respetar el régimen foral en su fondo y en su esencia³⁹.

³⁷ Proyecto de Código civil, Libros I y II, presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882 por el Ministro de Gracia y Justicia Manuel Alonso Martínez, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 9 de mayo de 1882, apéndice 6 al número 95. También en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 545-607.

³⁸ Ley de Bases para la redacción del Código civil, de 22 de octubre de 1881, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 24 de octubre de 1881, apéndice al número 24.

³⁹ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 546-547.

B) El Proyecto de Ley de Bases de 1885 y la enmienda de Augusto Comas: el debate en el Senado sobre las fuentes del Derecho español

En 1885 el Ministro de Gracia y Justicia recibió autorización para llevar a las Cortes un nuevo proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código civil. El encargo se concretó en la práctica, apenas unos días después, con la presentación del texto de un nuevo Proyecto ante el Senado por parte del Ministro Francisco Silvela⁴⁰. A los efectos del tema que nos ocupa, el Proyecto de Ley de bases de 1885 interesa por dos cuestiones.

En primer lugar, porque el artículo 5 preveía la continuidad de las leyes, fueros, disposiciones forales, usos, costumbres y doctrina de los derechos forales una vez que se publicara el Código civil que debía elaborarse. Al mismo tiempo establecía el carácter supletorio del Código en los territorios con derecho propio. En defecto de los derechos forales pero también del Derecho romano y del canónico.

Y, en segundo término, porque si bien la Base 1.^a establecía que el futuro Código debía ajustarse al plan general del Proyecto de 1851, volvía a autorizarse a los redactores del articulado para que introdujeran en él los cambios necesarios a fin de incorporar al texto las enseñanzas de la doctrina y atender a nuevas necesidades con soluciones tomadas de otras legislaciones, propias o extrañas, ya aceptadas por los jurisconsultos españoles.

El 10 de marzo de 1885 comenzó en el Senado la discusión del Proyecto de Bases con la lectura de la enmienda que el senador Augusto Comas había presentado a la Base 1.^a, relativa a la estructura y sistema del Código civil⁴¹.

Vale la pena detenerse en la enmienda de Comas por las novedades que figuran en su contenido, pero también porque propició el único debate de conjunto que hubo en las Cortes españolas sobre las fuentes del derecho a lo largo del siglo XIX⁴².

⁴⁰ *Ley de Bases para la redacción del Código civil*, de 7 de enero de 1885, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 12 de enero de 1885, apéndice al número 54.

⁴¹ *Enmienda a la Base 1.^a del Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885, presentada por Augusto Comas*, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 2 de marzo de 1885, apéndice al número 75. Y la discusión en el *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesiones de 10, 11, 12 y 13 de marzo, números 82, 83, 84 y 85.

El autor de la Enmienda, Augusto COMAS, nació en Madrid en 1834, ocupó la Cátedra de Derecho mercantil en Barcelona, más tarde la de Derecho privado en Valencia y en 1867 la de Derecho civil en la Universidad Central. Su obra más importante fue su revisión del Código civil (*La revisión del Código civil*. Madrid, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, 1895). Al margen de la actividad académica fue Diputado y Senador en varias legislaturas. Para profundizar en sus datos biográficos véase LEZÓN Y FERNÁNDEZ, Manuel, *Augusto Comas como legislador, catedrático y jurisconsulto*. Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1903 y LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-I, nota 55, p. 443.

⁴² La defensa pública que COMAS hizo de su Enmienda recabó los elogios de varios senadores en la Cámara y también fuera de ella. En este sentido, Felipe SÁNCHEZ ROMÁN recordaba en 1890, el interés del debate suscitado a partir de la presentación de la Enmienda y del propio discurso de COMAS. En su opinión, el plan de Código civil presentado por COMAS «era muy superior y preferible, en la mayor parte de sus fundamentos, al del Proyecto de 1851 que las bases aceptaban, para la formación del Código civil». SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil en*

En la estructura del Código propuesto por COMAS, el Libro I se destinaba a la determinación de las fuentes del Derecho civil. Llama la atención que, rompiendo con el uso implantado por el Código francés y seguido en los proyectos anteriores, Comas ampliara el objeto del Libro para incluir, explícitamente, como fuentes del derecho, a la costumbre y a la jurisprudencia junto a la ley. Y también que la ampliación del contenido de esta primera parte del Código se reflejara incluso en el nombre con el que se encabezaba el Libro. Su objeto ya no eran las leyes, sino las fuentes del Derecho civil.

Las previsiones contenidas en este Libro I reservado a las fuentes del Derecho civil se referían a dos cuestiones principales⁴³.

La primera parte del articulado tenía como objeto la clasificación de las fuentes del Derecho privado, al mismo tiempo que se preveía la inclusión de las condiciones que cada una de ellas debía cumplir para ser consideradas fuentes de producción del derecho.

Respondiendo a este planteamiento, el título primero quedaba estructurado en tres capítulos dedicados respectivamente a la leyes, la costumbre y la jurisprudencia. El reconocimiento de la ley y la costumbre como fuentes del Derecho español no suponía novedad alguna, salvo por el reconocimiento expreso que entonces se hacía de la costumbre. Se sustituía así la admisión tácita de esta fuente del derecho que había sido el mecanismo utilizado en los proyectos anteriores.

Por el contrario, sí era una novedad, y además importante, la inclusión de la jurisprudencia como fuente del derecho. Cabe recordar que en los Proyectos de 1851 y 1869 se impedía esta posibilidad una vez que se prohibía a los tribunales dictar disposiciones de carácter general. Y que en el Proyecto de 1882, aunque se había omitido tal prohibición, no se había llegado a incorporar, de manera expresa, la jurisprudencia como fuente del derecho.

Y la segunda se destinaba a la relación que existía entre las distintas fuentes del Derecho privado y la que vinculaba a éstas con los Derechos forales y con los Derechos mercantil e internacional.

De acuerdo con este plan, en el Código de Comas, el título 2.º del Libro I quedaba distribuido en tres capítulos. El primero destinado a las relaciones entre la ley, la costumbre y la jurisprudencia. El segundo reservado a la relación de la legislación general con la especial, comprendiendo ésta tanto la foral como la mercantil. Y el tercero destinado a los lazos que debían articular el derecho nacional con el extranjero.

España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del Derecho foral (1811-1890). Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1890, pp. 40-41.

La Enmienda de Augusto COMAS, junto a los discursos que pronunció en el Senado en su defensa, se publicó como libro, con prólogo de Eduardo Pérez Pujol, con el título *Proyecto de Código civil. Enmienda presentada al Senado*, Est. Tipo. de Ricardo Fe, Madrid, 1885.

⁴³ La defensa de la Enmienda en lo relativo a las fuentes del derecho ocupó a COMAS en la sesión del 11 de marzo. *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 11 de marzo de 1885, número 83.

Comas se mostró crítico con el Proyecto de 1851 por haber reducido las fuentes del derecho a la ley y por contener, en el título preliminar, una sola referencia a la costumbre. La destinada a la prohibición de la costumbre *contra legem*, que, en otro orden de consideraciones, él mismo también rechazaba. Y como argumento a favor de la incorporación de la jurisprudencia a las fuentes del Derecho español, el senador recordó a la Cámara que, en la práctica, la jurisprudencia ya tenía el valor de fuente de producción del derecho. Y esto porque los artículos 1691, 1692 y 1782 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 preveían el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal de los tribunales⁴⁴.

Una vez expuestas sus reflexiones acerca de la conveniencia de que el Código incluyera la costumbre y la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, la preocupación de Comas se orientó hacia los problemas que se derivaban de la inexistencia de reglas que determinasen con precisión las condiciones del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del ejecutivo. En su opinión, el legislador debía fijar los límites de esta potestad en el ámbito del Derecho privado para evitar que, a la sombra del artículo 54 de la Constitución, el ejecutivo interviniera en las relaciones entre los particulares.

Y, por último, en lo que tocaba a las relaciones entre la ley, la costumbre, la jurisprudencia y los reglamentos dictados por el ejecutivo y las de estas fuentes con el Derecho internacional, el Derecho mercantil y los derechos forales, por cuya conservación aboga en distintas partes de su intervención, Comas defendió la conveniencia de que en el Código se incluyeran las reglas necesarias para regular estas relaciones, pero sin aportar soluciones concretas.

Concluida la defensa de la enmienda, Manuel Silvela, en nombre de la Comisión, tomó la palabra para contestar a Comas abordando varias cuestiones.

En primer lugar, afirmó que la Ley de Bases no obligaba a los redactores del Código a sujetarse literalmente al Proyecto de 1851, una vez que el mismo texto precisaba que los responsables de la redacción del texto deberían tener en cuenta el Proyecto de García Goyena pero también el derecho histórico, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo y cualquier innovación requerida por los tiempos⁴⁵.

A continuación, declaró que la Comisión tenía previsto ocuparse de la costumbre como fuente del derecho e incluirla en el futuro Código por tratarse de una fuente de creación del derecho prevista en Partidas, uno de los textos del Derecho histórico que los redactores del Código debían tener en cuenta para la elaboración del Código.

En tercer lugar, manifestó que, en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión consideraba que al articulado del Código debía incorporarse el contenido de las sentencias que se hubieran dictado hasta la fecha de su redacción, pero que no tenía previsto formular un reconocimiento general de la

⁴⁴ *Ley de Enjuiciamiento civil*, de 23 de febrero de 1881. El texto se publicó en sucesivos números de la *Gaceta de Madrid* entre el 5 de febrero y el 22 de febrero de 1881.

⁴⁵ La intervención de Manuel SILVELA, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 12 de marzo de 1885, número 84.

jurisprudencia como fuente del derecho por ser ésta una cuestión reservada a la legislación procesal.

Y, por último, en el ámbito de los reglamentos dictados por el ejecutivo en el campo del Derecho privado, Silvela refirió que, en el caso de prosperar la redacción del Código civil, ya no sería necesario el señalamiento de límites al ejercicio de la potestad reglamentaria. Y ello porque, una vez elaborado y promulgado el Código, el ejecutivo no tendría necesidad de reglamentar asuntos propios del Derecho privado.

Finalizada la intervención de Silvela, Comas, en la sesión de 12 de marzo, retiró la enmienda después de volver a insistir en la conveniencia de que la costumbre y la jurisprudencia se consignaran en el futuro Código, junto a la ley, como fuentes del derecho. Según sus propias palabras, consideraba suficientes las explicaciones dadas por Manuel Silvela en representación de la Comisión⁴⁶. Sin embargo, la decisión de Comas sorprende, a pesar de la justificación dada, si tenemos en cuenta que, como quedó de manifiesto en el discurso de Silvela, la Comisión no compartía la mayor parte de las opiniones y puntos de vista planteados por el académico y senador en su enmienda.

La práctica parlamentaria vuelve a causarnos sorpresa una vez que constatamos que, no obstante la retirada de la enmienda, su presentación y discusión en el Senado tuvo una consecuencia importante. Manuel Silvela decidió retirar la Base 1.^a con el fin de proporcionarle una nueva redacción que flexibilizara y ampliara su contenido con el objetivo de que los redactores del Código tuvieran una mayor libertad, pudiéndose distanciar del contenido del Proyecto de 1851 en todos los aspectos que consideraran convenientes⁴⁷.

La modificación de la Base permitió que los miembros de la Comisión pudieran tener en cuenta las exposiciones de principios o de método surgidas de la discusión en los cuerpos colegisladores. Esto hizo posible que, finalmente, alguna de las propuestas de Comas se incorporara al Código civil de 1888-1889.

Sin la presentación y discusión de la enmienda en el Senado y sin la reforma de la Base 1.^a es probable que el Código de 1888-1889 hubiera reproducido las previsiones del Proyecto de 1851, restringiendo a la ley las fuentes del ordenamiento español.

C) Las fuentes en el título preliminar del Código civil de 1888-1889

Los redactores del título preliminar del Código civil de 1888-1889, a la vista del contenido del Código civil francés de 1804, de los proyectos de Código civil de 1821, 1836, 1851, 1869 y 1882, de la Ley de Bases de 1885 y de la Enmienda de Comas a su Base 1.^a, diseñaron el sistema de fuentes del Estado liberal a finales de siglo.

En relación al título que debía darse a la parte del Código reservada a las fuentes del derecho, los autores del título preliminar mantuvieron la denominación tradicional, descartando la propuesta de Comas. Por esta razón

⁴⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 12 de marzo de 1885, número 84.

⁴⁷ El texto de la Base 1.^a con la nueva redacción puede verse en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 13 de marzo de 1885, apéndice sexto al número 85.

en 1888-1889, el título preliminar se intitula de nuevo «De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación». En el encabezado se omite toda referencia a cualquier fuente que no sea la ley.

El artículo 5, fiel a la tradición castellana, incorporada a los proyectos anteriores, vuelve a prohibir la costumbre *contra legem*. De modo que, desde este punto de vista, el Código civil tampoco aportó novedad alguna.

El cambio más significativo lo localizamos en el artículo 6,2. En el precepto en el que, por primera vez en la Codificación civil española, se enumeran las fuentes del Derecho español, al mismo tiempo que se da preferencia a la ley.

Como fuentes del ordenamiento jurídico español se señalan la ley, la costumbre local y los principios generales del derecho. Se asume así, de manera parcial, la relación de fuentes propuesta por Comas, una vez que se descarta la jurisprudencia. Al mismo tiempo se incorporan los principales generales del derecho ya contemplados en el Proyecto de 1882⁴⁸.

Y se establece un orden jerárquico conforme al cual, en primer lugar, debe aplicarse la ley; en su defecto, la costumbre; y, en ausencia de ambas, los principios generales del derecho⁴⁹.

De otra parte, los artículos 12 y 13, distanciándose del artículo 1992 del Proyecto de 1851, y acercándose al planteamiento expresado en la exposición de motivos del Proyecto de los Libros I y II de 1882, dan continuidad a la costumbre en el marco de los derechos forales una vez que el párrafo segundo del artículo 12 establece que,

«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 sus leyes especiales».

Y en el artículo 13 se señala que,

«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 á aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes».

El artículo 1976 deroga los cuerpos legales, usos y costumbres que hasta entonces habían constituido el Derecho de Castilla. Respetando en todo caso,

⁴⁸ Artículo 6,2: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho».

⁴⁹ La doctrina no ha logrado ponerse de acuerdo acerca de cuál es el precepto en el que se establece el rango jerárquico de las fuentes del ordenamiento español. CASTÁN consideraba que la jerarquía se determinaba en este artículo 6 [CASTÁN TOBEÑAS, José, «Aplicación y elaboración del derecho (Esquema doctrinal y crítico)», *RGLJ*, noviembre, 1945], mientras que Federico de CASTRO defendía que era el artículo 5, el que prohíbe la costumbre *contra legem*, el que establecía la supremacía de la ley sobre la costumbre (CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España*. 2.^a ed. *Parte General*, Tomo I. *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 342).

los derechos adquiridos de los castellanos; los cuerpos legales, usos y costumbres de los territorios forales, esto de conformidad con lo dispuesto en los ya mencionados artículos 12 y 13; y los usos de comercios usados en cada plaza, dado que la derogación sólo afectaba a las materias objeto del Código:

«Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes».

Y, por último, el artículo 1317 declaraba la nulidad de las cláusulas que determinasen que los bienes de los cónyuges se someterían a los fueros y costumbres de las regiones forales en lugar de a las disposiciones generales del Código. La medida quería evitar que en el territorio de derecho común se optara por el derecho foral.

3. LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DE 1973-1974

La Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil de 17 de marzo de 1973 ordenaba a la Comisión General de Codificación que en el nuevo título preliminar se enumeraran de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del ordenamiento jurídico, conservándose, en todo caso, las ya recogidas en el Código civil de 1888-1889, y manteniendo la primacía de la ley sobre las demás.

En cumplimiento del mandato recibido, la Comisión enumeró en el artículo 1,1 del nuevo título preliminar, cuyo nombre recupera en parte la propuesta de Augusto Comas de 1885⁵⁰, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho como fuentes del Derecho español. El precepto vino a sustituir al antiguo artículo 6,2 del Código primigenio.

En relación a la costumbre, el nuevo artículo introdujo como novedad los requisitos que la costumbre debía cumplir para ser admitida como fuente del derecho. En la redacción de 1888-1889, no se le exigía ninguna condición. A partir de la reforma se requiere que la costumbre no sea contraria a la moral o al orden público y se exige su prueba. También desaparece la referencia al carácter local de la costumbre. Esto permite admitir la costumbre general. Y al mismo tiempo, junto a la costumbre, y con el mismo rango, aparecen por primera vez, los usos sociales.

La costumbre *contra legem* no parece preocupar ya a los autores de la reforma, que optan por la supresión de cualquier referencia a ella. Sólo en la reunión de la Comisión General de Codificación de 5 de diciembre de 1973,

⁵⁰ El nombre que se otorga al nuevo título preliminar hace referencia no sólo a la ley, sino, de modo general, a las normas jurídicas. Comas proponía que la denominación del título preliminar aludiera a las fuentes del Derecho civil.

uno de los vocales, el Sr. Iglesias, planteó la cuestión de lo que sucedería a partir de entonces con la costumbre contraria a la ley⁵¹.

En lo que toca a los principios generales del derecho, cabe señalar que en la reforma de 1973-1974 se altera su relación con la ley y la costumbre. Y ello porque, en el artículo 1.4 se determina su carácter informador del conjunto del ordenamiento jurídico, previsión que no figuraba en 1888-1889. La atribución de esta condición a los principios generales del derecho relativiza su posición respecto de la ley y de la costumbre.

La última novedad que queremos señalar en el contexto de la reforma efectuada del Título preliminar en 1973-1974 se refiere a la jurisprudencia. El legislador español sigue sin reconocerle valor de fuente de creación del derecho como proponía Comas en 1885, pero introduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, como complemento del ordenamiento jurídico

IV. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

ALLINNE, Jean Pierre (éd.), *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Poux, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, CNRS-Université de Toulouse-Le Mirail, Toulouse, 2011.

ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

BARÓ PAZOS, Juan, *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Introduction*, PUF, París, 21.^a ed. puesta al día, 1992.

CASTÁN TOBEÑAS, José, «Aplicación y elaboración del derecho (Esquema doctrinal y crítico)», *RGLJ*, noviembre, 1945.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España*, 2.^a ed., *Parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

Code de Procédure civile, Édition originale et seule officielle, Imprimerie Impériale, Paris, 1806.

Code forestier avec l'exposé des motifs, la discussion des deux chambres, des observations sur les articles, e l'ordonnance d'exécution, publié par M. Brouse, Charles Béchét, Libraire, París, 1827.

⁵¹ Acta del Pleno de la Comisión General de Codificación de 5 de diciembre de 1973, p. 12. En *Actas de las sesiones de la Comisión General de Codificación. 1828-1994*. 2 DVDs. Madrid, 2007, por la cita, DVD 2. 2. Actas del Pleno.

Code pénal de l'Empire français, Imprimerie Impériale, París, 1810.

COMAS, Augusto, *Enmienda a la Base 1.ª del Proyecto de ley de bases de 7 de enero de 1885*, presentada por, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 2 de marzo de 1885, apéndice al número 75.

— *Proyecto de Código civil. Enmienda presentada al Senado*, con prólogo de Eduardo Pérez Pujol, Est. Tipo. de Ricardo Fe, Madrid, 1885.

— *La revisión del Código civil*, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, Madrid, 1895.

CHOFRE SIRVENT, José, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} Pluviôse an IX [20 de enero de 1801] par la Commission nommée par le gouvernement consulaire, en PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 1844, París, pp. 1-62.

DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Guyot, París, varios años.

FENET, P. Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil ...*, Impr. de Ducassois, París, 1827; reimpresión, Otto Zeller, Osnabrück, 1968.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Impr. de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, Reimpresión, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Cometa, Zaragoza, 1974.

GARRIGA ACOSTA, Carlos, «Constitución, ley, reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», en GARRIGA ACOSTA, Carlos y LORENTE SARIÑENA, Marta, *Cádiz...*, pp. 169-258

GARRIGA ACOSTA, Carlos y LORENTE SARIÑENA, Marta, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Epílogo de Bartolomé Clavero, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

— «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», en GARRIGA ACOSTA, Carlos y LORENTE SARIÑENA, Marta, *Cádiz*, pp. 261-312.

GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Estudio preliminar sobre el pensamiento científico Jurídico de Gény a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000.

HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Préface de Gérard Sautel, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1987.

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, 2 vols, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1978.

Ley de Enjuiciamiento civil, de 5 de octubre de 1855, 2.^a ed. oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1855.

Ley de Enjuiciamiento civil, de 23 de febrero de 1881. Se publicó en sucesivos números de la *Gaceta de Madrid* entre el 5 de febrero y el 22 de febrero de 1881.

Leyes de bases para la redacción del Código civil:

— *Ley de Bases para la redacción del Código civil*, de 22 de octubre de 1881, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 24 de octubre de 1881, apéndice al número 24.

— *Ley de Bases para la redacción del Código civil*, de 7 de enero de 1885, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 12 de enero de 1885, apéndice al número 54.

LEZÓN Y FERNÁNDEZ, Manuel, *Augusto Comas como legislador, catedrático y jurisconsulto*, Hijos de M.G. Hernández, Madrid, 1903.

Loi qui fixe au 1^{er} janvier 1808, l'époque laquelle le Code de Commerce sera exécutoire, en DUVERGIER, *Collection complète des lois*, 16, p. 191.

LORENTE SARIÑENA, Marta, «De la Revista al Diccionario: Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en la España decimonónica», en GROSSI, Paolo, TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, CLAVERO, Bartolomé y LEIVA, Alberto David, *La Revista jurídica en la cultura contemporánea*, Edición Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 243-287.

— «Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria», en *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*. Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 205-215.

Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français. 30 Ventoso año XII (21 de marzo de 1804), en DUVERGIER, *Collection complète des lois*, 14, pp. 526-528.

Observations sur le Projet présenté le 24 Thermidor an 8 par la Commission du gouvernement.

— *Observations des commissaires du Tribunal d'appel séant à Paris*, en FENET, *Recueil*, V, pp. 91-291.

- *Observations du Tribunal de Cassation sur le Projet présenté par la Commission du Gouvernement*, en FENET, *Recueil*, II, pp. 415-755.
- *Observations du Tribunal d'appel séant à Ajaccio*, en FENET, *Recueil*, III, pp. 118-124.
- *Observations du Tribunal d'appel séant à Amiens*, en FENET, *Recueil*, III, pp. 124-142.
- *Observations faites par les membres de la commission nommée le 21 germinal dernier par le Tribunal d'appel séant à Montpellier*, en FENET, *Recueil*, IV, pp. 419-589.
- *Observations arrêtés par le Tribunal d'appel séant à Rouen, d'après et sur le rapport de sa commission*, en FENET, *Recueil*, V, pp. 455-554.

OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*, Domat Montchrestien, París, 1948. Reproducción fotomécánica, Éditions du CNRS, París, 1990.

Présentation et exposé des motifs du Code civil. Séance du 3 Frimaire an X (24 de noviembre de 1801), en FENET, *Recueil*, VI, pp. 33-52, por la cita, pp. 42-43.

Projet de Code Civil présenté le 24 Thermidor an 8 par la Commission du gouvernement, en FENET, *Recueil*, II, pp. 3-413, por la cita, pp. 3-4.

Proyectos de Código civil español:

- *Proyecto de Código civil de 1821*, en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 7-71.
- *Proyecto de Código civil de 1836*, en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 88-320.
- *Proyecto de Código civil de 1851*, en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 321-496.
- *Proyecto de ley del Libro primero del Código civil*, presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el Ministro Antonio Romero Ortiz, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*. Sesión de 21 de mayo de 1869, apéndice 5 al número 79. También en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 470-543.
- *Proyecto de Código civil, Libros I y II*, presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882 por el Ministro Manuel Alonso Martínez, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 9 de mayo de 1882, apéndice 6 al número 95. También en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 545-607.

POUMARÈDE, Jacques, «Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse (Les débuts de l'École française du droit historique)», en JOURNÈS, Claude (éd.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit.*, Presses Universi-

taires de Lyon, Lyon, 1986, pp. 95-111 y recientemente en ALLINNE, *Itinéraire(s)*, pp. 655-667.

- «De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes», en GAUVARD, C. (éd.), *Les penseurs du Code civil*, Coll. Histoire de la justice, n.º 19, AHJF-La Documentation française, París, 2009, pp. 172-182; también en ALLINNE, *Itinéraire(s)*, pp. 189-198.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndice del Derecho foral (1811-1890)*, Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1890.

Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso nono, nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad, Salamanca, Andrea de Portonaris, 1555; ed. facsímil, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985.

VERLANGA HUERTA, Fermín y MUÑIZ MIRANDA, José, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros...*, traducida del francés por, 2.ª ed., Imprenta de D. Antonio Yenes, Madrid, 1847.

MARGARITA SERNA VALLEJO