



# DERECHO CIVIL —método y concepto—

Carlos Rogel Vide  
*Catedrático de Derecho civil*  
*Universidad Complutense de Madrid*



ZAVALIA

# BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

## TÍTULOS PUBLICADOS

- La Corte Penal Internacional —soberanía *versus* justicia universal—**, *Jean Marcel Fernandes* (2008).
- El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias**, *Carlos de Cores y Enrico Gabrielli* (2008).
- El divorcio en el Derecho iberoamericano**, *Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo (Coords.)* (2009).
- La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica, con particular referencia al Derecho cubano**, *Leonardo B. Pérez Gallardo* (2009).
- Código europeo de Contratos**, *Academia de Pavía* (2009).
- Favor debitoris —análisis crítico—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).
- Los tesoros del mar y su régimen jurídico**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
- Derecho civil —método y concepto—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

# DERECHO CIVIL —método y concepto—

Carlos Rogel Vide

*Catedrático de Derecho civil*

*Universidad Complutense de Madrid*



ZAVALLIA

Bogotá, México, D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010



# BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

## CONSEJO ASESOR

Carlos Cárdenas Quirós

*Universidad de Lima*

Carlos J. de Cores Helguera

*Universidad Católica del Uruguay*

Carlos Dario Barrera

*Universidad Javeriana de Bogotá*

Carmen Domínguez Hidalgo

*Universidad Católica de Chile*

Aida Kemelmajer de Carlucci

*Universidad de Mendoza*

Luis Leiva Fernández

*Universidad de Buenos Aires*

Leonardo B. Pérez Gallardo

*Universidad de La Habana*

Fernando Serrano Migallón

*Universidad Nacional Autónoma de México*

## COORDINADOR

Carlos Rogel Vide

*Universidad Complutense de Madrid*

## **EDITAN:**

### **Argentina**

#### **Editorial Zavalía**

Alberti 835  
C1223AAG Buenos Aires  
Tfno.: (5411) 4942-1274  
Fax: (5411) 4308-2421  
www.zavalía.com.ar  
correo@zavalía.com.ar

### **Colombia**

#### **Editorial Temis**

Calle 17 N.º 68D – 46  
Bogotá  
Tfnos.: (57-1) 3413225 – 3417297  
Fax: (57-1) 3344331  
www.editorialtemis.com  
editorial@editorialtemis.com

### **México**

#### **Editorial UBIJUS**

Av. Jardín N.º 592 Col. Euzkadi,  
Del. Azcapotzalco, México, D.F.,  
C.P. 02660  
Tfno.: (52-5) 55 56 45 11  
Tel./Fax: (52) 53 56 68 88  
www.ubijus.com  
ubijus@gmail.com

### **España**

#### **Editorial Reus, S. A.**

Preciados, 23 - 28013 Madrid  
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 531 24 08  
E-mail: reus@editorialreus.es  
<http://www.editorialreus.es>

ISBN: 978-84-290-1630-7

Depósito Legal: Z. 3048-10

Diseño de portada: María Lapor

Impreso en España

Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.

Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni las editoriales, ni los miembros del Consejo Asesor, ni el coordinador de la Biblioteca Iberoamericana de Derecho responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A quienes concursaron en buena lid  
a las viejas cátedras de Derecho civil,  
seis ejercicios justo, de principio a fin.*



## **CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN TORNO AL CONTENIDO Y A LA SISTEMÁTICA DE LA PRESENTE OBRA**

El método del Derecho civil no es distinto del de otras ramas de la Ciencia del Derecho. Siendo ello así, la cuestión del método jurídico, como problema más general y abstracto que determina, en cierto modo, el concepto mismo de Derecho, parece que debe ser estudiado en primer lugar, lo cual implica, además y en mi opinión, la necesidad de pronunciarse sobre o, al menos, de hacer referencia a cuestiones involucradas en la cuestión tales como las de ciencia y Ciencia del Derecho, método científico y metodología de la Ciencia del Derecho. Solo habiendo hecho esto, podrá descenderse después, con propiedad, a un plano más concreto, estudiando lo que haya de entenderse por Derecho civil.

Es posible que algunos contraargumenten, alegando que la delimitación del objeto de estu-

dio —el Derecho civil en nuestro caso— ha de preceder, ineludiblemente, a la consideración del método a seguir y, en este sentido, podría interpretarse al profesor Hernández Gil, cuando dice: «La naturaleza del método ha de venir determinada por la naturaleza del objeto a considerar. En cuanto el derecho acota una zona específica de la realidad y cumple una función propia, reclama un método propio»<sup>1</sup>.

Ahora bien, téngase presente que, cuando Hernández Gil hace referencia al «objeto», esta refiriéndose al «objeto, considerado globalmente». En este sentido solo, se puede discutir si el concepto viene antes, contemporáneamente o después del problema del método<sup>2</sup>. En todo caso, es incuestionable, a mi entender, el que, no existiendo un método específico para el tratamiento del Derecho civil —distinto, por ejemplo, del utilizado para el Derecho mercantil—, la cuestión del método

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, vol. I, 1971, página 404.

<sup>2</sup> Terciando en la controversia apenas insinuada aquí, el profesor DE CASTRO señala —*Derecho civil de España*, vol. I, 1955, página 490—: «El problema del método no es algo extrínseco a la Ciencia del Derecho, sino que constituye, mas bien, la forma misma en que dicha ciencia configura su objeto».

BAGOLINI, por su parte —*La scelta del método nella giurisprudenza*, Riv. Trim. Dir. e Prc. civ., 1957, página 1055— sostiene que el concepto mismo de Ciencia del Derecho cambia al variar las concepciones relativas a la naturaleza y procedimiento de la interpretación jurídica.

jurídico —previa, simultánea o posterior a la del concepto mismo de Derecho— es, en todo caso, presupuesto indispensable de cualquier estudio que emprenderse pueda sobre nuestra disciplina.

La idea, me consta, puede aparecer novedosa; en modo alguno es nueva, sin embargo.

El propio Hernández Gil señala lo siguiente al respecto, en el Prólogo a su *Metodología*<sup>3</sup>: «No he querido, de propósito, circunscribir mis referencias al Derecho civil, lo que, además, hubiera sido punto menos que imposible, dado el alcance global de las cuestiones metodológicas; mas sí ha sido éste el que ha ocupado un plano referente en mi atención; y a los matices que, en contacto con otras ramas jurídicas, adquieren las direcciones metodológicas o no he descendido o lo he hecho muy ligeramente».

A mayor abundamiento, un autor tan poco sospechoso de heterodoxia como Vallet de Goytisolo se manifiesta de modo paralelo. En efecto, en su *Panorama del Derecho civil*, este prestigioso jurista, previa una referencia a la noción de Dere-

---

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Metodología, cit.*, vol. I, página 18.

Esta perspectiva civilista es sostenida, también, por otro clásico de la materia, LARENZ, cuando dice —*Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona, 1966, página 7—: «La exposición de los métodos está orientada, preferentemente, al Derecho civil. Ello es debido, naturalmente, a la especialidad del autor. Pero no deja de tener también una significación material. Si no me equivoco, donde el movimiento metódico tiene hoy mayor fuerza es en el campo del Derecho civil».

cho, estudia el método jurídico antes de las cuestiones que, propiamente, atañen al Derecho civil. Textualmente dice<sup>4</sup>: «Tal vez, al estudiar la carrera del Derecho, no se da, en la Universidad, el valor práctico que tienen a estos problemas de interpretación e integración del Derecho. Es decir, a aprender que proceso mental debemos seguir para hallar, en cada caso, el Derecho que debe aplicarse. Por eso me ha parecido esencial dedicar un tema —que no es solo de Derecho civil, sino de Derecho en general— a los métodos de interpretar e integrar el Derecho».

Cuando Vallet señala que el tema del método es un tema de Derecho en general, se está refiriendo exclusivamente a los métodos de interpretar e integrar el Derecho, que pueden encuadrarse, con precauciones, dentro de lo que Bobbio llama genéricamente «método de la interpretación jurídica». Con mayor razón será también tema del Derecho en general la cuestión del «método de la ciencia jurídica», que se ocupa del problema de la cientificidad de la jurisprudencia, constituyendo ambos, a decir siempre de Bobbio<sup>5</sup>, la metodología jurídica,

---

<sup>4</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, 1963, página 58.

<sup>5</sup> BOBBIO, voz «Mètodo», en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo X, 1957, p. 602-603: «Nel linguaggio tecnico della filosofia, il termine «mètodo» viene usato, generalmente, per indicare il complesso dei procedimenti intellettuali richiesti per condurre una ricerca al fine desiderato e proposto. Nel linguaggio giuridico questo significato tecnico si riscontra e nella teoria della scienza

entendida como el conjunto de los estudios sobre el problema del método en el Derecho.

En consecuencia, pues, la primera parte de la presente obra (coincidente, en lo esencial, con la *Memoria* que redacté, a finales de la década de los setenta, para concurrir a las oposiciones de cátedras de Derecho civil) estará dedicada al estudio de la ciencia y de la metodología del Derecho, puestas en relación con la ciencia y el método científico, abstractamente considerados. No se pretende, como es lógico, innovar en este campo, sino, tan solo, asimilar y exponer, con toda la claridad posible,

---

giuridica e in quella della interpretazione, senza specifiche varianti. Le due espressioni tipiche in cui compare il termine sono «método della scienza giuridica» e «método della interpretazione giuridica». In queste due espressioni, peraltro, l'accezione del termine è un pò diversa: nella prima, il termine è adoperato nel suo senso classico con riferimento alla distinzione fra método deduttivo e induttivo, dimostrativo e inventivo, mentre, nella seconda, il termine acquista il significato di complesso dei procedimenti ermenéutici, o argomenti, in uso tra i giuristi, per spiegare, estendere, restringere, correggere, una regola giuridica data, onde si distingue, ad es., il método lógico da quello teleológico, il método storico da quello sistemático. Nella teoría del método della scienza giuridica i due più importanti problemi in discussione sonó: 1º. Se la giurisprudenza sia scienza; 2º. Posto che sia scienza, a qual tipo di scienza essa appartenga. Nella teoría del método della interpretazione vengono in discussione soprattutto i problemi della funzione dell'interprete (giudice o giurista), passiva o attiva, dichiarativa o creativa, nella ricerca della giusta soluzione (la cosiddetta battaglia dei métodos o *Methodenstreit*, accésasi alla fine del secolo scorso), e, conseguentemente, i mezzi più adeguati per ottenerla, secondo i diversi punti di vista».

la problemática citada, cuya consideración ha de mostrarse fértil a la hora de emprender, mas adelante, el estudio del Derecho civil.

Dicho estudio estará presidido por una idea rectora: la consideración de la problemática de nuestra disciplina a partir del hito, fundamental, del Código de Napoleón y del Derecho civil codificado.

Prestaremos atención fundamental, pues y en la línea de investigaciones solventes sobre la materia<sup>6</sup>, al Derecho civil de la Edad Contemporánea, desde la Codificación hasta el tiempo presente.

Tal se hace no solo en reconocimiento a la limitación de nuestras fuerzas, sino también, y sobre todo, porque estimamos que la acotación temporal establecida permite, con creces, el conocimiento detenido del Derecho civil de nuestro tiempo y la aproximación de las pautas a seguir, por el mismo, en el futuro.

En efecto, y por lo que hace referencia al concepto, el Derecho civil de nuestros días es, esencialmente, un Derecho civil codificado, presidido por la idea de código, conjunto de normas, reguladoras de instituciones, reconducidas a sistema. A mayor abundamiento, es posible que el nuestro sea un tiempo de crisis, ya, del propio Derecho civil codificado. La referencia, pues, a lo que pudiera entenderse por Derecho civil en épocas históri-

---

<sup>6</sup> TORRALBA, «El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente», RGLJ, 1975, septiembre, página 239 ss.; octubre, página 337 ss.

cas anteriores, tiene, en nuestra opinión, un valor puramente instrumental, auxiliar.

En lo que al método respecta —y no solo al método del Derecho civil, entiéndase bien—, el problema mismo ha surgido a lo largo del siglo XIX, al menos el problema con perfiles propios.

Así, en opinión de Larenz<sup>7</sup>, el método jurídico nace con Savigny, cuyos escritos de juventud sobre la materia datan de 1802. Por otra parte, la mayor parte de las obras que hacen referencia a las distintas corrientes metodológicas dentro de la Ciencia del Derecho, empiezan la exposición de las mismas refiriéndose a los comentaristas del *Code Napoléon* —1804—, agrupados dentro de la llamada Escuela francesa de la exegesis, entre cuyos miembros se encuentra Melville, que escribe en 1805<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> LARENZ, *Metodología, cit.*, página 21: «Empecemos esta ojeada retrospectiva con SAVIGNY, porque, en su teoría del método, resuenan, como en un preludio, casi todos los motivos que, o bien fueron inmediatamente acogidos y continuados —de un modo, a menudo, unilateral—, o bien (como en la acentuación de los «institutos jurídicos») no fueron objeto de nueva atención hasta nuestro tiempo, en el que se los volvió a recoger».

<sup>8</sup> MELVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, 1805 —citado por HERNÁNDEZ GIL, *Metodología, cit.*, vol. I, página 80—.



# I. CIENCIA DEL DERECHO Y METODOLOGÍA JURÍDICA

## 1. CIENCIA Y CIENCIA DEL DERECHO

El mero hecho de cuestionar el concepto y el método de una disciplina implica la consideración de la misma como científica. En efecto, el saber científico, a diferencia del saber vulgar u ordinario, se caracteriza precisamente por poseer un método.

Como dice Ferrater<sup>9</sup>, aun cuando el sustantivo «scientia» procede del verbo «scire», que significa «saber», por lo que, etimológicamente, «ciencia» equivale a «el saber», no es recomendable atenerse a esta equivalencia, dado que hay saberes que no pertenecen a la ciencia, como, por ejemplo, el saber que se califica de común, ordinario o vulgar.

---

<sup>9</sup> FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, 2 volúmenes, Buenos Aires, 1971; vol. 1º —*Ciencia*—, página 283.

¿Que es lo distintivo de la ciencia? Mario Bunge lo explica así<sup>10</sup>: «Si la «sustancia» (objeto) no puede ser lo distintivo de toda ciencia, entonces tiene que serlo la «forma» (el procedimiento) y el objetivo. La peculiaridad de la ciencia tiene que consistir en el modo como opera para alcanzar algún objetivo determinado, o sea, en el método científico y en la finalidad para la cual se aplica dicho método —conocimiento objetivo del mundo—», recalcando<sup>11</sup> que «lo peculiar de la ciencia no es un objeto determinado (o conjunto de problemas determinados), sino, más bien, un planteamiento preciso (un método y un objetivo); cualquier cosa se convierte en objeto de la investigación científica, en cuanto se trata con el método de la ciencia y para alcanzar el objetivo de ésta, aunque ese tratamiento no tenga éxito».

En contraposición al saber científico se encuentra el saber ordinario, carente de un método preciso, que, siempre a decir de Bunge<sup>12</sup>, «puede desarro-

---

<sup>10</sup> BUNGE, *La investigación científica*, trad. española, 2ª ed., Barcelona, 1972, página 22.

<sup>11</sup> BUNGE, *La investigación*, *cit.*, página 48.

En sentido semejante se pronuncia Ferrater, cuando dice —*Diccionario*, *cit.*, vol. I, página 284—: «La ciencia es un modo de conocimiento que aspira a formular, mediante lenguajes rigurosos y apropiados —en lo posible, con el auxilio del lenguaje matemático—, leyes por medio de las cuales se rigen los fenómenos».

<sup>12</sup> BUNGE, *La investigación*, *cit.*, página 54. Según dicho autor, «No carece la ciencia de relaciones con el conocimiento técnico, la protociencia y la pseudociencia. En primer lugar, la ciencia uti-

## ÍNDICE

<b>CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN TORNO AL CONTENIDO Y A LA SISTEMÁTICA DE LA PRESENTE OBRA .....</b>	<b>9</b>
<b>I. CIENCIA DEL DERECHO Y METODOLOGÍA JURÍDICA.....</b>	<b>17</b>
<b>1. Ciencia y ciencia del Derecho .....</b>	<b>17</b>
1.1. La concepción racionalista de la ciencia. La negación de carácter científico de la jurisprudencia y la «verdadera» ciencia del Derecho. Intentos de superación .....	21
1.2. El Derecho y la clasificación de las ciencias.....	27
1.2.1. Ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu .....	27
1.2.2. Ciencia natural y ciencia cultural .....	29

1.2.3. Ciencias formales y ciencias factuales.....	33
1.2.4. El Derecho como ciencia normativa .....	39
1.3. Superación de la concepción tradicional de la ciencia. La concepción moderna del conocimiento científico. La crisis del determinismo: del determinismo absoluto al determinismo estadístico. La naturaleza operacional de las ciencias .....	46
1.4. La cientificidad del Derecho. Características comunes a las ciencias factuales .....	51
<b>2. Método científico y metodología jurídica .....</b>	<b>59</b>
2.1. Método. Metodología. Método científico. Método universal y pluralidad de métodos. El método general de la ciencia en Bunge .....	59
2.2. La metodología jurídica. De la negación del carácter científico a la pureza metódica. La metodología jurídica según Bobbio: método de la ciencia jurídica y método de interpretación jurídica. Precisiones al respecto .....	67
2.3. Principales direcciones metodológicas de la ciencia jurídica.....	74
2.3.1. La escuela francesa de la exégesis .....	81

2.3.2. La escuela histórica alemana.....	88
2.3.3. La jurisprudencia de conceptos.	99
2.3.4. Jurisprudencia de intereses y jurisprudencia de valoraciones	110
2.3.5. La escuela científica francesa. El sociologismo jurídico.....	120
2.3.6. La escuela del derecho libre. Apreciación crítica del sociolo- gismo jurídico .....	133
2.3.7. La teoría normativista en Kelsen y Bobbio .....	139
2.3.8. Tópica y jurisprudencia en Vie- hweg .....	149
2.3.9. Pluralismo metodológico en la ciencia jurídica actual .....	154
<b>II. EL CONCEPTO DE DERECHO CIVIL .....</b>	<b>159</b>
<b>3. El nacimiento de la categoría «Derecho civil». El <i>ius civile</i> en el Derecho romano. El Derecho civil en la Edad Media. El Derecho civil en la Edad Moderna .....</b>	<b>166</b>
<b>4. El nacimiento del Derecho civil mo- derno. La codificación. El <i>Code Napo- león</i>.....</b>	<b>175</b>
4.1. Código, código y codificación.....	179
4.2. El <i>Code Napoleon</i> . Bases filosóficas .....	183
4.3. Los antecedentes doctrinales .....	186
4.4. Los trabajos preparatorios .....	189

4.5. Fuentes, plan y espíritu del <i>Code Napoleon</i> .....	192
<b>5. El proceso codificador en España: entorno histórico-político, hitos y protagonistas</b> .....	196
5.1. Las Cortes de Cádiz y los primeros proyectos de Código civil .....	202
5.2. La Comisión General de Códigos, García Goyena y el Proyecto de 1851 .....	210
5.3. La corriente anticodificadora. Durán y Bas y la cuestión foral. El sistema de leyes especiales .....	213
5.4. Alonso Martínez y el sistema de Ley de bases. El Anteproyecto de 1882-1888. El Código civil.....	229
<b>6. El sistema del Derecho civil codificado.</b>	246
6.1. Caracteres generales. El individualismo.....	246
6.2. Los institutos jurídicos fundamentales en el sistema del Derecho civil codificado .....	250
6.2.1. La propiedad.....	259
6.2.2. El contrato .....	264
6.2.3. La familia .....	269
<b>7. La crisis del sistema del Derecho civil codificado. El Derecho civil de nuestro tiempo</b> .....	272
7.1. Consideraciones generales. Superación del individualismo .....	272

7.2. Mutaciones operadas en el contenido de los institutos jurídicos fundamentales .....	275
7.2.1. Propiedad y propiedades.....	279
7.2.2. La crisis de la concepción tradicional del contrato. Las nuevas modalidades contractuales.....	292
7.2.3. De la familia patriarcal a la familia nuclear .....	304
7.2.4. El auge de la responsabilidad civil .....	309
7.3. La pretendida crisis del Derecho civil	315
7.4. El Derecho civil, Derecho de la persona .....	326

