

APORTACION DEL PROFESOR FELIPE CLEMENTE DE DIEGO A LOS ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO*

Ramón Serrano Suñer**

Vengo hoy aquí a ocupar este lugar, con el que ya me honró benévolamente otras veces la Academia, como cohibido y avergonzado al desfilar en este curso de conferencias, en homenaje al Profesor don Felipe Clemente de Diego, entre tantos nombres ilustres como ya pasaron por esta tribuna con tal motivo y como han de seguir honrándola todavía. Sólo una explicación puede tener mi presencia aquí: la necesidad de que se oiga en el homenaje la voz auténtica y directa del discípulo, en

* Este texto corresponde a la conferencia pronunciada en Madrid por Don Ramón Serrano Suñer el 18 de abril de 1936 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en el ciclo organizado en homenaje al Profesor Felipe Clemente de Diego con motivo de su jubilación. Su publicación en esta revista se la debemos al Dr. Carlos Cárdenas Quirós, quien gentilmente nos ha alcanzado el escrito.

** Don Ramón Serrano Suñer, distinguido jurista, político y escritor español, nació en Cartagena, Murcia, en 1901. Cursó sus estudios de Derecho en la Universidad de Madrid, obteniendo en todas las asignaturas la calificación máxima y el "premio extraordinario" de fin de carrera. Fue pensionado por la Junta de Ampliación de Estudios en las Universidades de Roma y Bolonia. Ha sido miembro del Cuerpo de Abogados del Estado, Diputado a Cortes (1933-1936), Ministro del Interior (1938), de Gobernación (1938-1940) y de Asuntos Exteriores (1940-1942). En su calidad de Ministro de Asuntos Exteriores fue el dialéctico de la política de amistad-resistencia con la Alemania de Hitler que libró a España de verse envuelta como beligerante en la segunda guerra mundial. Al cesar como Ministro se entregó por completo al ejercicio de la profesión. Ha traducido, anotado y concordado, en compañía del profesor José Santa-Cruz Teijeiro, la cuarta edición italiana de las *Instituciones de Derecho Civil* de Roberto de Ruggiero. Recientemente ha publicado en dos volúmenes *Dictámenes y Recursos de Casación Civil*. Además es autor, entre otras obras de contenido político, histórico y literario, de las siguientes: *Siete discursos, De la victoria y la postguerra, Entre Hendaya y Gibraltar* (con diez ediciones y una reedición; traducida al francés, alemán e italiano), *Semblanza de José Antonio, joven, Ensayos al viento* (con prólogo de Azorín), *Entre el silencio y la propaganda, la Historia como fue* (traducida al francés) y *De anteayer y de hoy*. En 1953 le fue concedido el premio de periodismo "Mariano de Cavia" (Carlos Cárdenas Quirós).

el sentido más estricto y más modesto. Me precedieron y me siguen quienes fueron discípulos y hoy son maestros; pero muchos de los que pasaron por su Cátedra no ganaron esa altura y ellos quieren también, fervorosamente, asociarse al homenaje por participación directa. Yo los represento. Por ellos vengo a hablar. Quiero traer la voz de un sinnúmero de estudiantes y profesionales que en la capital de España y en todos los ámbitos de la patria ejercen actividad en el campo de la jurisprudencia y la nutren con el recuerdo emocionado de las enseñanzas del maestro, más presentes y apreciadas cuanto más lejos las ponen el tiempo y la vida, constituyendo lo mejor de su acerbo jurídico.

Además, pienso que si otros me faltan, un título puede nivelarme con tan doctos conferenciantes: en ciencia todos me aventajan, pero no así en afecto y gratitud al maestro.

Por ello, aun comprendiendo claramente la desproporción que existe entre mis fuerzas escasas, de una parte, y la carga abrumadora y honrosa que supone para hombre de mis circunstancias, he considerado inexcusable la aceptación en gracia de la significación del acto, pues que era un deber para quien como yo se sentó en los bancos de su Cátedra, hace dieciséis años, en el viejo caserón de San Bernardo, llegar aquí a la hora triste y gloriosa de su jubilación a exhibirle, redoblados, el cariño y la admiración de entonces.

Represento a los Abogados del Estado cuyo título os explicará también mi presencia en esta tribuna.

Siendo ésta la razón de mi intervención en este curso, el tema de mi conferencia tenía que estar ligado a la obra del maestro; a alguno de los que él tratara con más fortuna y cariño, en lugar de presentarme aquí a desarrollar otro cualquiera al margen de aquélla. Bien comprendo la audacia del propósito y la extensión del tema, sin que me haga la ilusión de llenarlo. La aportación del Profesor Clemente de Diego a los estudios del Derecho privado es considerable, y por su volumen e importancia no puede ser objeto de estudio minucioso y total en un trabajo de esta índole.

Desde el año 1900 que publicó en Madrid la *Introducción al estudio de las instituciones del Derecho romano*, siendo en la Universidad compostelana Catedrático de esta disciplina, hasta el día de hoy, no ha cesado en su actividad científica simultaneada, sin interrupción, con la docente y la profesional.

Fundador con don José María Navarro de Palencia de la *Revista de Derecho Privado*, introdujo con ella en España la primera publicación periódica de vuelo doctrinal, con orientación bien distinta a las antiguas Revistas profesionales. Y en sus páginas, desde 1913 hasta 1932 principalmente, nos ha ofrecido constantemente

acabados estudios sobre las más importantes cuestiones de esta rama principal del Derecho. Sirvan de ejemplo, entre otros: *Sobre el artículo 6° del Código Civil; Expropiación forzosa; Función jurisdiccional de los Jueces; Técnica legislativa codificadora; La analogía en el Código civil español; Fuentes del Derecho civil común en general, según el Código civil español; El método en la aplicación del Derecho; La idea de la posesión en el jesuita Luis de Molina* y otros tantos trabajos que por su interés y su utilidad bien merece que por alguien, acaso por sus discípulos, se recojan y ordenen en una publicación adecuada.

En 1912 dio a la imprenta uno de sus libros más valiosos, a juicio mío: *La transmisión de las obligaciones*, al que voy a dedicar más tarde atención especial. En 1922, otro libro notable: *Fuentes del Derecho civil español*, basado en algunos artículos de la Revista y su discurso de entrada en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. En 1925, *La jurisprudencia como fuente del Derecho* y *El silencio en el Derecho*.

En 1925-1927 publicó los seis volúmenes del *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, que tuvieron su precedente en los divulgadísimos apuntes de sus lecciones de Cátedra, que nosotros tuvimos la suerte de escuchar de viva voz, y que fueron la base de la formación jurídica de millares de universitarios y opositores, y libro siempre presente en todas las bibliotecas.

En 1929-1931 aparecen sus magníficas *Instituciones de Derecho civil español* (tres tomos).

Suyos son también los libros siguientes: *Derecho usual* (en colaboración); *Los usos, usos sociales y usos convencionales* (Madrid, 1919), discurso de la Academia; *El prelegado en el Derecho romano y en el Derecho moderno* (Madrid, 1926); *El fideicomiso de "Eo quod supererit" en Derecho romano* (Madrid, 1926); *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo* (Madrid, 1927); *Casos de Derecho civil español* (en colaboración, Madrid 1927).

Prólogos, conferencias, dictámenes profesionales sobre las más variadas cuestiones (algunos publicados) habrían de completar esta enumeración si no resultara imposible recogerlos todos en este trabajo; pero sí destacaremos, entre las más importantes, las conferencias sobre *La expropiación forzosa en Fernando Vázquez de Menchaca*, autor de los *Libros de las controversias* -tema de su predilección-, haciendo notar que formuló la doctrina científica con anterioridad a Grocio. Además, los artículos *La prescripción en Vázquez de Menchaca*, señalando que desenvuelve con toda modernidad la doctrina; *La costumbre y la prescripción inmemorial; Técnica legislativa codificadora*; etc.

Prólogos a la obra de Jorge Alvarado sobre recurso de inconstitucionalidad de las leyes; a la traducción española de los *Principios generales del Derecho*, del Profesor Del Vecchio; a *Problemas agrarios*, de Felipe Arín, y tantos otros.

* * *

Este es el índice bibliográfico de la obra del maestro en el ámbito del Derecho Privado.

Tuvo principalmente en cuenta las obras magistrales de Ihering, Gierke y los pandectistas alemanes. Puede asegurarse que a Gierke lo dio él a conocer en España, porque si bien es cierto que don Francisco Giner de los Ríos y don Eduardo de Hinojosa manejaban sus obras y trabajaban también sobre ellas, el primero lo hacía en la idealidad abstracta en que siempre permanecía, y el segundo en su parte histórica; pero quedaba el núcleo orgánico y sistemático de su doctrina, y éste fué estudiado y divulgado por don Felipe.

Donde ha sido singularmente meritoria su aportación a los estudios del Derecho privado es en cuanto concierne a su exposición y ordenación, labor que tanto facilita la comprensión y mejor inteligencia de sus problemas. El método dogmático, aquella división de los estudios del Derecho civil en Introducción, Parte general y Parte especial que don Felipe Sánchez Román, el viejo, introdujera, fue seguida y perfilada por el Profesor De Diego en el *Curso* y en las *Instituciones*, estudiando en la Introducción el concepto del Derecho, partiendo del conocimiento vulgar para remontarse al conocimiento reflexivo, los medios de conocimiento, fuentes, y la progresión legislativa y científica del Derecho Civil. En la Parte general, todo aquello que es común a todas las relaciones jurídico-civiles, esto es, a todo el Derecho civil, tanto considerado objetivamente (norma, regla) como subjetivamente, facultad en las relaciones jurídico-civiles. Resultando, por consiguiente, integrada de estas dos grandes secciones: una, relativa al estudio del derecho objetivo, a las normas, y otra, al estudio del Derecho subjetivo, el Derecho subjetivo como poder dentro de las relaciones jurídicas. Su estudio adoleció con anterioridad, entre nosotros, de falta de sistema, produciéndose en un amontonamiento informe, y fue don Felipe el iniciador de la ordenación rigurosa del estudio de las normas jurídicas: su estructura, elemento racional, coercitivo, etcétera; después, su biología, momentos de su desenvolvimiento y efectividad, a saber: su constitución o establecimiento (teoría de las fuentes del Derecho, si una o muchas, si es el Estado el que monopoliza la función creadora o la comparte, etc).

Establecida la norma, problemas referentes a su finalidad y aplicación. Valor práctico del Derecho: con todos sus problemas, primero *in genere* (teoría de la

subsunción, silogismo de Trendelenburg, con su origen kantiano, etc.) y sus elementos *quaestio facti, quaestio iuris* (*Da mi factum dabo ibi iuris*). Luego, las cuestiones particulares: primera, determinar cuáles sean las normas jurídicas vigentes, su legitimidad, requisitos formales, reconocimiento de la norma jurídica aplicable al caso; después, sentido y alcance (doctrina de la interpretación), y, finalmente, órbita de su competencia en razón del espacio (teoría de los Estatutos) y del tiempo (retroactividad o irretroactividad).

Este plan de don Felipe viene confirmado en el libro magnífico de Ferrara, *Trattato di Diritto civile italiano* (Roma, Athenæum, 1921), lo que se explica por no ser, en definitiva, otra cosa que la obra de los pandectistas alemanes.

En último lugar, dentro de la Parte general, cuestiones en orden a la extinción de las normas, causas, virtud extintiva de otras normas jurídicas.

Finalmente, en la Parte especial, su sistema de exposición consiste en la aplicación del mismo plan general a cada relación jurídica en particular.

Examinando el índice y aspecto exterior, expositivo y de ordenación, veamos ahora las características de su contenido y su personalidad.

Cuando en un ambiente en el que predomina con caracteres de morbo agudo un barroquismo intelectual desenfrenado, se tropieza con una personalidad como la de don Felipe Clemente de Diego, tiene el hallazgo nota de jubilosa sorpresa y de sano regocijo espiritual. Un tanto cansados ya de nombradías improvisadas, de esas floraciones culturales entecas y marchitas por cuantos medran en ambientes intelectualoides enrarecidos de inanidad y pedantería, de xenófilos impenitentes que creen el colmo del buen tono en lo científico sentir una rendida admiración a todo lo que aparece escrito en lengua alemana o inglesa, el enfrentarnos con un valor auténticamente español, positivo y hondo como el que representa el ilustre Profesor a quien van dedicadas estas líneas, constituye un singular hallazgo que reviste caracteres de suceso extraordinario y es regalo para quienes han de aprender y motivo de consideración y utilidad también para los verdaderos doctos.

Amplia formación humanística, tan rara en nuestros tiempos; lenguas vivas poseídas con dominio para que las producciones científicas no se resientan de falta de modernidad; pero sobre todo esto que, en definitiva, no es otra cosa que instrumental científico de grandísimo valor, un espíritu fino, una clara mentalidad de jurista, serenidad, medida, aplomo elegante, ética incorruptible, nativa aristocracia espiritual: todo esto es la figura egregia de nuestro don Felipe Clemente de Diego. Conociéndole a través de su actividad docente y de su ingente producción científica, no puede uno menos de pensar en aquella felicísima fórmula viviana que tan bien esculpe la entraña de la verdadera sabiduría: *De rebus incurrupte iudicare*.

Como jurista, el *sacerdos* de Ulpiano, condenación viva y fuerte de tanto *vultur togatus*, como llamaba Heinccio a los rábulas, llenos de codicia y faltos de escrúpulos que ya en los tiempos del viejo romanista constitufan, como más tarde, la peste más calamitosa de la República.

Don Felipe, como así le llamaré para usar la designación cariñosa y llena de respeto con que a él nos dirigimos siempre sus discípulos, inicia sus tareas docentes profesando una Cátedra de Derecho romano en la Universidad de Santiago y, con ello, la línea de sus actividades cumple el canon, hasta ahora no contradicho, según el cual para ser buen civilista precisa, ineluctablemente, ser también buen romanista.

Por ello, es preciso considerarlo en este aspecto, y si yo poseyera la formación precisa para tal empresa, hubiera titulado mi trabajo, concretamente: "Don Felipe Clemente de Diego, romanista y humanista".

Romanísticas son las primicias de su actividad intelectual, y la antes citada *Introducción al estudio de las instituciones de Derecho romano*, defensa de la concepción integral de aquel Derecho, compite con los modernos y óptimos manuales de los tratadistas italianos. Con verdadera elegancia, con frase más concisa y directa, reacciona contra la angosta y absurda concepción de la enseñanza del Derecho romano en aquella época que cercenaba éste y lo reducía a su momento final, al período justiniano, olvidando que este último, "lejos de excluir, exige con absoluto imperio, para su perfecta inteligencia, el estudio de los estados de Derecho anteriores". "Escoger -dice- la legislación justiniana como objeto de aislada explicación en la Cátedra, tiene el peligro de imbuir en el ánimo de los alumnos otro prejuicio quizá más pernicioso que el anterior, a saber: el de entender que todo el Derecho romano nació perfecto de la mente de Justiniano, como Minerva de la cabeza de Júpiter, con lo que tanto padece el recto sentido histórico..." (1).

Estas justísimas palabras son, indudablemente, expresión de un muy certero criterio histórico, en tiempo en que los romanistas españoles más doctos prescindían de todo lo que no fuera el Derecho justiniano y constituyen una recia y oportuna protesta contra la rutina y el capricho entronizados en las cátedras. En este mismo libro aporta el Profesor de Diego razones de indiscutible originalidad que fundamentan su acertada posición: aludo a aquella de que el *Jus romanum* es expresión utilizada por vez primera en una Constitución de Diocleciano y Maximiano y que mal puede significar, por tanto, el Derecho de Justiniano. Creo que Pacchioni expresa con toda justeza igual pensamiento con estas palabras: "El objetivo didáctico del romanista es, desde luego, la exposición amplia del Derecho

¹ *Introducción al estudio de las instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1900, pág. 35.

justiniano, pero sin renunciar a remontarse al período prejustiniano ni descender al post-justiniano" (²).

La pintura que nos hace del pueblo romano, sobre todo en lo que se refiere a su estructura psíquica, está trazada de mano maestra: "Voluntad firme, tenaz y bien disciplinada; imaginación de cortos vuelos, pero despejada; entendimiento más dado a las aplicaciones que a las especulaciones abstractas; conciencia del deber y sentido claro de la realidad" (³). Es precisamente la suma de estas cualidades a que se refiere don Felipe, lo que produce aquel ejemplar equilibrio, aquella *gravitas* magnífica del romano que tanto echamos de menos en otros pueblos, singularmente en estos tiempos. Por eso, el estudio de los clásicos y de la antigüedad constituye el remedio más eficaz y la terapéutica mejor contra los vicios gravísimos de la sociedad de hoy. Con razón afirma Kuntze que su estudio será para nosotros maravilloso ejemplario de virtudes cívicas y fuente viva e inagotable de enseñanza. Por esto, también Spengler, al final de su estudio *El hombre y la técnica* (⁴), cuando proclama con gran elocuencia la necesidad de seguir valientemente, hasta su fin, el camino que nos es trazado, cualesquiera que sean las dificultades que ofrezca, tiene que recordar el ejemplo heroico de aquel oscuro centinela de Pompeya a quien sorprendió en su puesto la erupción del Vesubio por haberse olvidado los jefes de acordar su relevo.

El romano no tiene aptitud para el lirismo. Su religión es formalista; su patriotismo, obediencia exacta, no fanatismo ardiente; sus más profundos sentimientos están siempre sujetos al freno de la razón. Es sensato, ponderado, dueño siempre de sí. Como dice el maestro don Felipe, "su imaginación es de cortos vuelos" y carece -a diferencia del griego- del don de crear imágenes y mitos. Escasean en sus poetas, especialmente en los del período arcaico, las bellas comparaciones, las leyendas llenas de gracia o majestad que con tanta frecuencia se encuentran en los poetas helénicos. De Nevio, por ejemplo, poseemos fragmentos que tienen un carácter exclusivamente narrativo y están desprovistos de todo ornato poético. Los mismos *Annales*, de Ennio se resienten de idéntico defecto. Pudieran entresacarse de esta obra (por excepción) algunos arranques de verdadero lirismo; pero, en general, se mantienen las mismas características de pesadez y la misma falta de vibración y de entusiasmo. La explicación de este fenómeno es la ofrecida

² *Manuale di Diritto romano*, Torino, 1935, pág. 4.

³ *Ob. cit.*, pág. 38.

⁴ Madrid, Espasa-Calpe, 1932, pág. 125.

por nuestro Profesor De Diego: "la pobreza imaginativa del romano, su profundo realismo que lo hacen en cambio, aptísimo para la penetración de las esencias jurídicas del caso concreto, aunque incapaz también para levantar en este ámbito brillantes construcciones teóricas o hacer alardes de carácter especulativo y filosófico".

No se puede condensar mejor en tan pocas palabras las notas específicas de la psicología de aquel gran pueblo ni deducir más fácilmente de lo que permiten esta cortas líneas la utilidad y grandes ventajas que reporta el estudio de su Derecho. Tales utilidades y ventajas son de axiomática evidencia, y sólo las olvidan o desconocen la *boria o il falso orgoglio nazionale*, como decía Ferrini. No se explica a este respecto la actitud de algunos pueblos frente a los estudios del Derecho romano. Porque ahora, interpretándolas en un sentido espiritual y amplio, tendrá valor de actualidad aquella profunda advertencia de Virgilio: *Tu regere imperio populos romanae memento* ("Acuérdete, pueblo romano, que tu misión es regir con imperio a los demás pueblos").

Al fijar sintéticamente los caracteres del Derecho romano, los principios que constituyen su médula, muestra el Profesor Clemente de Diego tino tal, un conocimiento tan profundo del espíritu que preside la evolución del Derecho de Roma, que a los estudiosos de hoy ha de sorprender ver recogidas en aquel tiempo, ya remoto, conclusiones que suscribe y hace suyas hoy la crítica más flamante y exigente.

Para captar las esencias vivas de aquel Derecho, aconsejaba Ihering con preferencia al estudio casuístico de sus normas o disposiciones positivas, el empleo de la abstracción, del método inductivo, y utilizaba frase felicísima prefiriendo a la consideración microscópica de una exégesis detallista y bizantina al enfoque telescópico que entraña el estudio de sus principios. Esto mismo hace el Profesor don Felipe Clemente de Diego, en la obra aludida, con la sucinta brevedad que impone su finalidad didáctica. De este modo se gana toda la formidable perspectiva de la evolución jurídica de Roma y se evidencia el gran valor formativo que tiene para el jurista su Derecho. Punto es éste que exigiría, sin duda, un extenso desenvolvimiento, pero tanto las circunstancias de tiempo como de persona, hacen imposible dar una satisfacción adecuada a tal exigencia. El altísimo valor de esta disciplina es efecto de múltiples causas. En Roma, la formación de su Derecho fue siempre obra directa o indirecta de los hombres más eminentes del Estado. Por otra parte, los órganos generadores del Derecho funcionaban de tal modo que sólo era posible mantener aquellos preceptos cuya bondad resultase garantizada por la experiencia. El aumento en la multiplicidad de fines y necesidades del Estado y el progreso de la cultura, impulsaban el perfeccionamiento del Derecho con un ritmo quizá no tan acelerado como seguro. Y por si lo dicho no bastara, estaba el ejemplo

que a Roma ofrecían los pueblos más adelantados, con los cuales mantenía un tráfico comercial y de espíritu intenso y frecuentísimo.

Es asimismo feliz la observación del maestro Clemente de Diego sobre la tenacidad del romano para mantener lo viejo y su sagacidad para recoger lo nuevo. En efecto, la causa primera, fundamental, constante, de la progresiva mejora del Derecho de Roma, el elemento que realiza la fusión de las dos grandes culturas griegas y latina es, como observa Perozzi (en su obra de concepciones originalísimas), precisamente el espíritu de aquel gran pueblo, conservador e innovador a un mismo tiempo, reverente con la tradición, pero dotado también de la necesaria agilidad mental para asimilarse, maravillosamente, los productos del pensamiento ajeno: idealista y práctico, democrático, sí, pero obediente, también a la dirección de una aristocracia (⁵).

Aplica la norma procurando acomodarla al sentimiento jurídico y a las necesidades prácticas del pueblo. Decidan, comenten o enseñen, sus juristas cautivan siempre, tanto por la fuerza y rigor de su dialéctica cuanto por la belleza de la forma clara, breve, vigorosa.

De esa afición a lo viejo, de esa hondísima reverencia a lo tradicional de que el Profesor De Diego nos habla, hay muestras abundantes en la literatura y en los monumentos jurídicos de Roma. No incurre en hipérbole Ennio cuando afirma: *Moribus antiquis stat res Romana virisque* (Por las costumbres antiguas y los viejos varones vive Roma). Y el ideal horaciano de que el varón justo (*vir bonus*) es "quien observa y acata las leyes de nuestros padres" (*Qui consulta patrum, qui leges iuraque servat*) (⁶). El edicto de los censores del año 92 de Jesucristo mira con una prudente prevención la costumbre de la juventud romana de frecuentar ciertas escuelas de retórica donde se aprendían peligrosas novedades, y dice de modo lapidario: "Nuestros mayores establecieron lo que sus hijos debían aprender y los juegos que debían frecuentar. Estas innovaciones, que pugnan con las costumbres de nuestros antepasados, no agradan ni parecen correctas. No de todo lo que establecieron nuestros mayores puede darse razón" (Juliano); y añade Neracio: "No debe ésta inquirirse, pues de otro modo muchos de sus principios se subvertirían".

El Derecho romano muestra siempre una gran cautela con la innovación. Así, por ejemplo, cuando la ley *Aebutia* introduce el procedimiento de la fórmula,

⁵ PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto romano*, Roma, Athenæum, 1928, I, págs. 5-7.

⁶ *Ep.* XVI, lib. I, v. 41, Barcelona, Ed. Fundació Bernat Metge, MCMXX.

atribuye a ésta carácter facultativo y permite su uso discrecional junto al sistema de las acciones de ley.

El amor a la tradición es, pues, considerado como algo básico y fundamental para la conservación del Estado.

* * *

Pero este amor a sus tradiciones no impide, según ya se ha dicho, una sobresaliente aptitud para captar lo extraño y lo nuevo. Aun cuando se hayan exagerado las influencias del Derecho griego en el romano, parece que no puede negarse que, efectivamente, aquél ha influido en éste de modo notable.

En la República avanzada la casa del joven Escipión era el centro espiritual de Roma. De esta casa era huésped Panaitios de Rodas, quien agrupaba en torno suyo a los más ilustres representantes de la literatura y del Derecho. La filosofía griega enseñó a los romanos la metodología de todas las ciencias, incluso de la jurídica. La definición (*horos*), la división de los conceptos (*diairesis*) y la agrupación en *genera* y *species* (*gene* y *eide*). Influxo legislativo directo del Derecho griego en el romano se manifiesta en el préstamo a la gruesa, en la regulación de la echazón, averías y muchas instituciones de Derecho marítimo (?). Tampoco puede negarse el entronque helénico del concepto de *Universitas rerum cohaerentium* con los *enomena* (cosas simples). Asimismo se consideraba indudable el parentesco que guardan los derechos reales de garantía romanos con el *enéchyron* y la hipoteca griegos, si bien esta idea está sometida ahora a rectificación por Wenger, que, con especial autoridad en la materia, proclama que los tipos de derechos reales y de garantía deben considerarse como entidades romanas autóctonas. En fin, y para no traer una más larga enumeración de casos concretos, la sabia elaboración de *ius gentium*, ¿no es un fenómeno que evidencia la captación por el Derecho de Roma de elementos extraños y progresivos? También las concepciones filosóficas griegas sobre la igualdad esencial de los hombres (*physei pantes eleútheroi*) influyeron en la suavización del trato al esclavo en Roma.

* * *

El Derecho romano, para el maestro don Felipe Clemente de Diego, constituye un *abstractum* de la jurisprudencia universal. Leibnitz comparaba las obras de los juristas de aquel pueblo, por su rigor lógico, con los escritos de los matemáticos. Partiendo de estas afirmaciones, que tienen valor axiomático, resulta evidente su enorme importancia en la formación jurídica de las juventudes, formación que no

⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*.

sólo ha de consistir en el desarrollo y depuración del razonamiento propiamente jurídico o de las facultades específicas del jurista, sino también en el alumbramiento de aquellas dotes y calidades éticas que hacen del jurisconsulto un verdadero *sacerdos*.

De aquí el valor, cada día más apreciado, de la extensión y ampliación de estos estudios en nuestras Facultades; si bien es forzoso consignar que ello no tendrá viabilidad ni pasará de ser un buen propósito si al propio tiempo no se intensifican los estudios de Humanidades y se nos ofrece oportunamente una educación esmeradamente clásica. No corresponde a la índole de este trabajo y menos a la impericia de su autor señalar las líneas de una reforma docente en este sentido, pero sí aprovechar esta coyuntura para postular, con la autoridad de una experiencia dolorosa, la inaplazable restauración de los estudios humanísticos, no sólo en obediencia debida a un imperativo científico indeclinable, sino también por su indiscutible valor práctico como medio para atajar tanta anarquía espiritual, tanto extravío intelectual como hoy padecemos.

Para esta tarea formativa no parece procedimiento eficaz limitar la labor a una somera exposición del panorama de las instituciones jurídicas, sino que será preciso habitar a las juventudes al manejo frecuente de las fuentes, lo que significa su iniciación en el camino de la investigación. Así lo comprende nuestro Profesor De Diego cuando recomienda el examen de las fuentes "en sí mismas, cada una en su íntima estructura y naturaleza, y en conjunto con relación a la total masa del Derecho romano". Claro es que resulta dificultísima esta labor en un país como el nuestro, donde una inmensa mayoría de los hombres formados en las Universidades padecemos una deficientísima, y en algunos casos nula, preparación latina. El conocimiento de esta lengua -aparte su valor educativo por el ejercicio de inducción y deducción que su sintaxis impone, por su enorme fuerza sintética, que desarrolla en quien a ella se consagra el arte de entender y su correlativo de expresar con exactitud- como medio instrumental para el estudio del Derecho es imprescindible. Por ello, a ciertas alturas sólo resulta posible remediar en parte estas deficiencias humanísticas utilizando manualitos que, como los de Salomón Reinach, se proponen enseñar "el griego sin lágrimas o el latín sin lloros". Siquiera, valdría la pena, limitando el área del problema, proporcionar a los alumnos, y a los aficionados, los conocimientos gramaticales necesarios para que puedan entender el lenguaje de los juristas, y resultaría empresa meritoria, que yo me atrevo a brindar a los Profesores jóvenes de esta rama del Derecho (que también conocen por experiencia estas dificultades y que en ellas tropezaron) la adaptación española de preciosos trabajos extranjeros de este alcance y finalidad.

Si se suple esta grave deficiencia en la juventud y se logra aquella familiaridad en el manejo frecuente de las fuentes jurídicas, se alcanzará, sin duda, un futuro mejor de pingües rendimientos, por el aguzamiento y depuración de las facultades

dialécticas, por la mayor capacidad de expresión, porque será esta correcta y precisa, "*ab usu dicendi remota*", como decía Quintiliano (⁸) , y que es una de las características más salientes de la literatura jurídica: Visión certera del caso, atinado enfoque de los problemas y posibilidad de aportar soluciones bien construídas y rebosantes de claridad y de lógica.

Tengo por indiscutible que nuestro maestro don Felipe ha conseguido situarse en lugar tan destacado en el ámbito de la jurisprudencia española, aparte sus relevantes dotes personales, merced a su gran preparación romanística y a su indiscutible dominio en el campo de las humanidades.

Para terminar el estudio de esta parte de su obra y personalidad de romanista nos referiremos a su trabajo en materia de fuentes. Tras de consignar una relación amplísima de las jurídicas, estudia las literarias, con singular acierto, ocupándose en primer término de los poetas y entre éstos de Plauto. Valora en su justa importancia como testimonio de aplicación del Derecho romano vivo, y recomienda cautela frente a esta fuente informativa, pues Plauto "es un autor profano al Derecho, aunque manifieste cierta predilección por los términos y asuntos jurídicos" (⁹). Resumiendo en este punto los buenos estudios que maneja (trabajos de Costa, Bekker y Baret), se pone otra vez de manifiesto el fino sentido crítico de nuestro don Felipe. La valoración de las comedias plautinas como fuente informativa de la aplicación viva del Derecho romano en la época del autor, pasó por tres fases: la primera, de adhesión incondicional y sin reservas al contenido de aquellos fragmentos que son alusiones más o menos explícitas a las instituciones jurídicas de Roma. Esta actitud acrítica y fugaz engendró otra llena de cautela, motivada por la consideración de ser el autor profano en materia jurídica. Según esta nueva fase de la crítica, el testimonio jurídico de Plauto había de valorarse con gran mesura, pues su carencia de conocimientos técnico-jurídicos es causa de que se deslicen en sus referencias errores e inexactitudes múltiples y de gran volumen. Más todavía, teniendo en cuenta que este autor utilizaba modelos griegos para la confección de sus comedias, siendo lógico suponer pasaran a éstas elementos jurídicos helénicos casi libres de romanización por falta de correspondencia exacta o de similitud en el campo institucional romano o simplemente por descuido. Por consiguiente, objetivo de la crítica debe ser, sin descuidar la reserva impuesta por aquellas razones, fijar con la máxima precisión posible los elementos propiamente romanos y aquellos otros griegos que escaparon al tamiz de romanización.

⁸ *Instituciones Oratorias*, publicada en castellano por la Editorial Hernando en su colección Biblioteca Clásica.

⁹ *Introducción*, cit., pág. 146.

Esta actitud hipercrítica se inicia con posterioridad a la publicación del libro tantas veces citado del Profesor De Diego, pero contiene éste en síntesis claras y precisas los postulados más nuevos de la crítica y de la investigación romanísticas de su tiempo.

Igualmente acertado se considera su juicio sobre Cicerón, estudiado como fuente jurídica, al estimarle más como abogado que como jurisconsulto. Ciertamente que en sus obras se advierte una aspiración a la construcción sistemática del Derecho civil. Los juristas romanos no son muy inclinados a definiciones; no pretenden, salvo excepciones muy contadas, dar a sus escritos arquitectura metodológica. "*Omnis definitio in iure civili periculosa est*", decía Javoleno. Sin exageración puede decirse que en el primer momento histórico de aquel Derecho rige lo que pudiéramos llamar soberanía del caso. Falta en este pueblo (como antes apuntamos) aptitud abstraccionista y especulativa. Las facultades del griego para la teoría y el sistema son reconocidas, pero estimadas un tanto despectivamente por el romano. Para ellos, el *negotium* es todo, el *otium* es mirado con mal disimulado desprecio. Nada de construcciones levantadas en sólidos andamiajes teóricos. Ciertamente que el último siglo de la República y los períodos post-clásico y bizantino muestran ya más atenuada esta característica del Derecho de Roma, pero la atenuación resulta insignificante si comparamos estas épocas con aquellas otras muy posteriores que señalan el apogeo de la tendencia que perseguía la elaboración de un Derecho de "universal validez y de invariable contenido", un Derecho único que, frente a la contradictoria variedad de ordenamientos jurídicos, viniera a ser como la *veritas una* frente al *error multiplex*.

Paladín esforzado en el afán de dotar al Derecho civil de sistemática es Cicerón, que concibe esta disciplina reducida a *per pauca genera* y a definiciones claras, afirmando que cuando se consiga sistematizarla "*perfectam artes iuris civilis habebitis, magis magnam atque ubereum quam difficilem et obscuram*" (¹⁰).

La aversión de los juristas romanos a las definiciones se patentiza en Gayo. El libro IV de sus *Instituciones* está consagrado a la exposición del Derecho procesal romano; y al tratar de la *actio* no comienza, como fuera lógico, con su definición, sino que enumera los *genera actionum*. En el libro II, al tratar de legados, entra en materia enunciando los *genera legatorum*, sin precisar tampoco previamente cuál sea el concepto del legado. Por lo demás, el acierto no inspira sus escasísimas definiciones, tal como la que formula Celso de la *actio*: "*ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*", pues resulta claro que este concepto no incluye la *reivindicatio*, y mucho menos la acción prejudicial "*qua quaeritur* -como dice Gayo (IV, 44)- *aliquis libertus sit, vel quanta dos sit et alios complures*", con la que se

¹⁰ De oratore, XLII. París, Hachette, pág. 39.

pide que declare si una persona es liberto, o la cuantía de la dote y otras cosas.

No pasa inadvertido a nuestro don Felipe este rasgo tan sobresaliente de la personalidad de Cicerón, y escribe: "Su vasta lectura, su extensa educación filosófica y sus conocimientos jurídicos diéronle ocasión para acometer la empresa de escribir una obra especial, *De jure civile in artem redigendo*, con el intento de enseñar a los jurisconsultos cómo habían de reducir a sistema la exposición del Derecho, obra que pasó desapercibida, siquiera le granjeara el honor de ser citado por los juristas en sus trabajos" (11).

De la importancia que esta fuente literaria tiene para el conocimiento del Derecho romano da idea la copiosa bibliografía ciceroniana, en la que descuella *Cicerone giureconsulto*, del ilustre Profesor italiano Emilio Costa, algunas de cuyas lecciones tuvimos la suerte de escuchar en Bolonia.

Puede en síntesis asegurarse que el estudio de las fuentes literarias en esta *Introducción* del Profesor De Diego es una de las más completas de entre las que figuran en trabajos de esta índole.

* * *

Este signo romanístico influye toda la obra del maestro; tanto en su *Curso de Derecho civil*, como en sus *Instituciones*, como en todos sus trabajos, entre el acierto general y la competencia con que aborda el estudio de todas las instituciones del Derecho privado, descuella de modo singular el rigor y la maestría con que desenvuelve todo lo referente al Derecho obligacional. Y es que no en balde, como escribe Ruggiero, la relación obligatoria acogida por el Derecho moderno difiere poco en sus líneas generales de la tan admirablemente construída por los jurisconsultos romanos. "En ésta, más que en ninguna otra esfera del Derecho privado, las doctrinas romanas han conservado toda su vitalidad, en forma tal que no es posible entender gran parte de las normas actuales sin recurrir a los precedentes romanos" (12).

En la *Transmisión de las obligaciones* aporta el Profesor De Diego elementos y posiciones valiosas al concepto y naturaleza de la obligación y su evolución histórica. Escoge cuidadosamente los textos que evidencian la significación de

¹¹ *Introducción*, cit., pág. 148.

¹² *Instituciones de Derecho civil* (Traducción española de la 4a. ed. italiana, anotada y concordada con la legislación española por Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1944, II, 1, pág. 7.

ligadura moral de la *obligatio*; sobre todo aquel que aparece en el tratado de las leyes de Cicerón para explicar la fuerza espiritualmente vinculativa del voto: promesa por la que nos obligamos a la divinidad (*Sponsio qua obligamur Deo*).

Partiendo de esta idea de sujeción moral, de sometimiento, que constituye la entraña de la relación obligatoria, se propone el autor la indagación racional del concepto de ésta. Circunscribiéndonos a la doctrina romana, es indudable que la obligación es un vínculo entre personas determinadas, excluyendo, como advierte Dernburg, todos aquellos que no son propiamente jurídicos o no ofrecen la figura de esas entidades obligatorias nacidas en el comercio humano para facilitar el cambio de valores y servicios o para dar realidad práctica al gran principio de la solidaridad humana (¹³).

Con esta advertencia fija el Profesor De Diego el concepto de obligación como deber jurídico. Pudiendo éste ofrecer un sentido objetivo como norma, "en cuanto ésta no se concibe sin la obligación de cumplirla", y otro subjetivo, como poder, "en cuanto éste implica un deber correlativo de secundarle o respetarle" (¹⁴).

Alude a la concepción stamleriana que fija como característica de las relaciones obligatorias la de constituir un amplio grupo que el Profesor alemán denomina "derechos de unión", en contraposición a aquellos otros que se distinguen por otorgar a su titular un poder de exclusión. Partiendo de este supuesto, llega el Profesor don Felipe Clemente de Diego a expresar el concepto de obligación como "relación jurídica entre dos o más personas, por la que una (o varias) tienen que realizar en provecho de otra (u otras) una especial prestación". Prestación que en la mayor parte de los casos tiene una valoración patrimonial. Esta definición coincide con el concepto inducido de la fórmula adoptada por el Código civil alemán vigente.

En la fase materialista del Derecho no es concebible una vinculación obligatoria de carácter espiritual. El *nexum* representa la autopignoración del deudor o la pignoración de las personas que se hallaban sujetas a la potestad del deudor, y su función era la de garantía del acreedor. Es la venta suya o de las personas que le están sujetas. El derecho del prestamista se parece aquí al del jefe de familia: es una especie de derecho de propiedad. Así se nos ofrece, como afirma don Felipe, "la obligación como expresión sensible de un estado material de la sumisión del deudor

¹³ *Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, Halle, 1905, II, pág. 3, citado por DE DIEGO en *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1912, pág. 58.

¹⁴ *Transmisión de las obligaciones*, cit., pág. 59.

frente y en casa del acreedor" (¹⁵). Valerio Máximo es quien mejor pone de relieve este carácter material de la obligación primitiva al afirmar que del dinero prestado es garantía el cuerpo del deudor (*Pecuniae creditae corpus debitoris obnoxium*). La falta de precisa delimitación entre el ámbito propio de los derechos reales y el de los personales es la nota más relevante que caracteriza esta fase primitiva, en que aflora tímidamente el concepto propio del derecho obligacional. En esta primera época la obligación o, mejor, el poder que al acreedor confiere la relación obligatoria era de naturaleza real, o, como afirma Kuntze, constituía una dominación semejante a la de la propiedad sobre el deudor.

La espiritualización del vínculo obligatorio se revela poderosamente en la conocida fórmula de Paulo "*non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat ... sed ut aliquis nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel prestandum*". Es decir, que ya no se da un poder sobre el cuerpo del deudor, ni correlativamente una sujeción material de éste, sino una vinculación de la voluntad del deudor para determinar a éste a dar, hacer o prestar algo.

Debe destacarse el gran acierto que preside en la obra del maestro don Felipe la exposición del proceso evolutivo del concepto de la *obligatio*. Las posteriores y recientes investigaciones han confirmado el verismo histórico de las líneas de este estudio que, arrancando de la fase materialista de la obligación, llega al momento avanzado en que el vínculo obligatorio no representa ya una pignoración corporal, sino un *minus* en la libertad del deudor. También fue puesto de manifiesto por don Felipe el importantísimo papel que juega la *fides* en esta transformación.

La *lex Poetelia* prohibiendo el *nexum* de personas libres con fines de seguridad y sentando el principio según el cual el *debitor* podía garantizar sus *debita* solamente con los propios bienes y no con su *corpus*, determinó la posibilidad de recurrir a otras formas de garantía convencional, hasta que últimamente se admitió que en las convenciones reforzadas por *stipulatio* o celebradas *literis, re consensu* fuera posible solicitar del Pretor la *missio in bona debitoris* como medio coercitivo primeramente y satisfactorio luego por el importe del débito, en el caso en que el deudor fuese insolvente.

De lo dicho se deduce que *debitum* y *obligatio* eran considerados como dos relaciones diversas que surgían por efecto de causas distintas y producían efectos diferentes. El *debitum* de restituir cantidades recibidas en préstamo reconocía por causa el mutuo; en cambio, la obligación correspondiente se constituía mediante el *nexum*. Más tarde, cuando se admitió que los contratos consensuales producían a un mismo tiempo *debitum* y *obligatio*, se aproximaron ambos conceptos y se

¹⁵ *Ibidem*, pág. 66.

confundieron en la *obligatio*, cuya entraña venía constituida por *debitum* y *obligatio* fundidos en una unidad conceptual. Sin embargo, aun en este momento avanzado, no pierden absolutamente ambas relaciones su respectiva individualidad; y de las definiciones contenidas en las fuentes justinianeas se desprende claramente que la relación obligatoria se halla integrada por la garantía que asegura al acreedor la satisfacción de cuanto le es independientemente debido. En la conocida fórmula: *obligatio est vinculum iuris* ..., etc. (Instituta III, 13), el *debitum* constituye el supuesto, y la *obligatio* se configura como un medio para forzar al cumplimiento o para asegurar la satisfacción.

En Derecho clásico se podía ser deudor sin estar obligado o hallarse obligado sin ser deudor. La fórmula de Sohm expresa muy concisamente esta posibilidad: "El fiador responde sin propio débito; el deudor debe sin propia responsabilidad". Las palabras alemanas *Schuld* y *Haftung* corresponden con exactitud a los conceptos técnicos de *debitum* y *obligatio*, respectivamente.

Sin embargo, produce alguna perplejidad frente a estas deducciones el conocido texto de Modestino: "*Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest*" (por deudor se entiende aquel de quien puede exigirse coactivamente el dinero); pero una fina exégesis puede descubrir en esta frase una alusión al caso, por demás corriente, en que el *debitum* se halle potenciado por la *obligatio*, sin que, por otra parte, excluya la posibilidad de un *debitum* simple no garantizado por la *obligatio*.

El proceso de espiritualización de la relación obligatoria culmina en aquella fase en que, según don Felipe, se considera la obligación como un vínculo moral y en que el poder del acreedor, de un poder físico sobre el cuerpo del deudor, se convirtió en un imperio sobre la voluntad de éste (¹⁶). Sin embargo, la idea de vinculación material no se pierde completamente, pues aun reconociendo la sujeción moral del deudor, la Glosa la compara al caso del buey atado con una cuerda (*ut enim boves funibus ligantur*).

Lo cierto es que en el momento inicial de la obligación el *debitum* entraña solamente lo que los alemanes llaman *reine Leistungspflicht* (deber de efectuar la prestación), sin que lleve aparejado tal deber responsabilidad por su incumplimiento. Que la responsabilidad no constituye elemento esencial de la relación obligatoria lo prueba el hecho de la existencia de obligaciones inexigibles o naturales. Obligaciones éstas cuyo contenido no es susceptible de realización por medios judiciales y que contradicen la inseparabilidad esencial de la *obligatio* y de la *actio*. Su construcción técnica aparece por vez primera en Juliano (D. 46, 1, 16, 3) y, a decir verdad, con líneas muy poco claras, puesto que admitiendo la posibilidad de

¹⁶ *Ibidem*, págs. 74 y 75.

que la obligación natural conceda una acción (*si actio aliqua earum nomine competit*), lo que pugna con su verdadera esencia, incluye en el concepto de naturales aquellos casos en que el deudor no puede repetir lo pagado (*quum soluta pecunia repeti non potest*). Sólo *per abusionem*, añade Juliano, pueden denominarse deudores los naturales y afirmarse que cuando éstos pagan se recibe lo debido.

El requisito medular de la obligación natural siempre ha sido la falta de protección jurídica a la pretensión del acreedor, pero quizás más certeramente pueda decirse hoy que en buena doctrina clásica romana lo que fundamentalmente caracteriza lo obligación natural es la ausencia de responsabilidad, la falta de *Haftung*. Tan cierto es ello que Siber, el genial romanista de estos tiempos, considera la denominación *obligatio naturalis* con el significado de obligación desprovista de *actio*, como no clásica, y parece confirmar esta posición el transcrito texto de Juliano. Piensa, en cambio, que la ausencia de responsabilidad es la nota característica de las obligaciones naturales. Le sigue Pacchioni al considerar la obligación natural "*constituiteda da uno solo dei due elementi che combinati, costituiscono la piena obbligazione civile*" (17).

Resulta de lo dicho que estos dos elementos, *Schuld* y *Haftung*, consustancializados con la obligación e inseparables, pueden en realidad ofrecerse escindidos, originando, cuando es la *Haftung* lo que falta, el tipo de obligación natural que pasa al Derecho común y subsiste en los Códigos modernos. La verdadera esencia de la obligación natural la ha expreado con toda precisión Rabel al decir que lo que fundamentalmente la caracteriza es ser un *debitum* sin responsabilidad normal y completa.

La posibilidad de esta escisión de los elementos integrantes de la relación obligatoria fue señalada por el Profesor Clemente de Diego al afirmar que la *Haftung* "es sólo un medio de sanción o de satisfacción para el acreedor" (18), contrastando ello con el criterio de Brinz, para quien la esencia de la obligación está en la *Haftung*.

En resumen: en toda la labor de aportación de don Felipe a los estudios del Derecho privado se advierte la vena romanística del maestro. La sobriedad y pureza de su construcción, la perspicuidad y la elegancia de su dicción recuerdan aquellos juristas romanos del período clásico que vestían sus geniales intuiciones con aquella forma que nuestro Quintiliano no titubea en ofrecer como una de sus características, "muy distinta de las formas usuales del decir".

¹⁷ *Manuale di Diritto romano*, Turín, 1935, pág. 439.

¹⁸ *Transmisión de las obligaciones*, cit., pág. 91.

Pero importa mucho notar que si en don Felipe Clemente de Diego nada hay de desaliño en la forma, tampoco hay nada de ese estudiado y rebuscado conceptismo, que es un expediente al que muchos recurren para dar apariencias de profundidad a las ideas más vulgares. Los conceptos más abstrusos o sutiles se convierten en la obra del maestro en llanos y accesibles a todos.

Estas son la línea y la tónica de la obra de este gran don Felipe, maestro nuestro de por vida. Nada importa, frente a la realidad permanente de su magisterio, que el automatismo oficial, frío y seco, lo aparte mañana de su cátedra con menoscabo, eso sí, de la Universidad y daño cierto para la formación de futuras generaciones de juristas, porque siempre, mientras la vida sea, perdurará entre nosotros guardado con nuestros recuerdos mejores y nuestros afectos más caros.

