

les y ya distante la oposición entre estos dos eminentes escritores, hemos de confesar que el más anciano, Thol, es verdaderamente quien tenía un concepto más moderno y preciso de la naturaleza del Derecho y de la misión de la ciencia jurídica. Thöl repitió insistentemente el concepto de que lo que él se proponía estudiar y exponer era el Derecho positivo, y nada más que el Derecho positivo, y que ninguna eficacia reconocía a cualquier otra clase de Derecho fuera de él; Goldschmidt, por el contrario, creía en un Derecho derivado de la íntima naturaleza de las cosas y de las relaciones, igual en todos los tiempos y para todos los lugares, y, por consiguiente, de ahí la necesidad para él, de atender continuamente a la naturaleza de las cosas, que, como todo partidario de la escuela histórica, considera que es la principal fuente de Derecho; decía que todo Derecho positivo es la manifestación externa y el reconocimiento de las normas jurídicas naturales immanentes y propias de las relaciones de la vida en cada tiempo; y por ello, así como a Thöl se le puede colocar entre los precursores del positivismo jurídico, a Goldschmidt, como a otros partidarios de la escuela histórica, debe reputárseles en sustancia como un fruto tardío de la escuela de Derecho natural.

Pero por discutibles que sean las premisas filosóficas de la doctrina de Goldschmidt, hay que reverenciar y reconocer los altos merecimientos de este mercantilista para la ciencia del Derecho comercial; su mérito principal fué encaminarse hacia la investigación histórica, y por ello puede decirse que sus mejores esfuerzos se dirigieron a la reconstrucción histórica del Derecho mercantil; ahora bien, puede afirmarse que los resultados no guardan relación con el enorme esfuerzo hecho, sobre todo, en materia de interpretación y aplicación práctica del Derecho. Claro está que no se puede negar que en orden a la aplicación y la interpretación, la investigación histórica es menos fructífera en la rama mercantil que en otros campos del Derecho. En una materia como la que regula el Derecho comercial, en perpetua transformación y evolución, es relativamente escaso el número de preceptos y de instituciones antiquísimas, y su valor no podría precisarse sino mediante una larga investigación histórica; y es muy natural que los preceptos recientes, surgidos bajo el apremio de necesidades que acaban de nacer, tengan menor necesidad de investigación histórica para comprenderlos y aplicarlos rectamente: en el campo del Derecho mercantil ocurre un fenómeno inverso a lo que en otros, como, por ejemplo, el Derecho procesal, en el que se dan intensamente, y en número crecidísimo, la supervivencia de formas y reglas surgidas en otras épocas y para otras necesidades; esto es muy raro en el

ámbito del Derecho mercantil, en el que las normas que ya no responden a las exigencias de la vida comercial se eliminan rápidamente, y si subsiste alguna nominalmente en vigor, no hay dificultad ni interés en interpretar normas que ya no se aplican. Claro está que todo esto no priva del valor ideal y científico inherente a toda indagación histórica, aun cuando se encamine al campo del Derecho mercantil; y desde este punto de vista, Goldschmidt queda siempre como el maestro insuperable y benemérito. A más del campo histórico, Goldschmidt trabajó tanto y con tal profundidad, que es uno de los patriarcas de la ciencia alemana del Derecho mercantil.

Con la ley de cambios de diciembre de 1847, el Código de comercio del 61 y la ley sobre quiebras del 77, que tuvo el mérito de organizar un rápido y eficaz procedimiento de quiebra, común a comerciantes y no comerciantes, Alemania posee hoy una legislación mercantil elaborada esmeradamente, y a este sólido elemento de progreso jurídico hay que agregar una bibliografía riquísima, una jurisprudencia docta y sagaz, y por eso se explica ese predominio alemán en el campo del Derecho mercantil en la segunda mitad del siglo XIX.

No es posible olvidar la numerosísima fila de mercantilistas alemanes, a alguno de los cuales debe nuestra ciencia vivísimo reconocimiento: Kuntze, Endemann, Kohler, Riesser, Pappenheim, Gierke, Behrend, Lehmann, Grünhut. A virtud de esta literatura, zonas enteras del Derecho mercantil, que estaban olvidadas en la legislación y la doctrina francesa, ocuparon su debido lugar jurídico. Se elaboró la teoría de las fuentes, se revisó y sistematizó la de los actos de comercio, se fundamentó sólidamente la doctrina de los títulos al portador, se renovó la de la letra de cambio, se estudió el contrato de transportes, el seguro, la cuenta corriente, se fijó el concepto y esclareció la teoría de la representación, quedó definido debidamente el momento de la perfección del contrato y se estudió la doctrina de los contratos entre ausentes.

Este fervor de investigación disminuyó notablemente al promulgarse en 1896 el Código civil alemán; la codificación civil marca en este país el comienzo de la decadencia de los estudios mercantilistas, circunstancia que no es meramente fortuita, sino producida por causas de fácil averiguación. Hasta que se publicó el Código civil, favoreció el desarrollo del Derecho mercantil el que el Código de comercio era el único Código de Derecho privado vigente en Alemania; había precedido al civil y se utilizaba para regular algunas materias no comerciales estrictamente, y la doctrina de los civilistas se utilizaba continuamente para disciplinar aquellas nuevas relaciones civiles en

que el Derecho romano era insuficiente; publicado el Código civil, se creyó necesario despojar al de comercio de cuanto no fuese estrictamente mercantil, y en la reforma del Código de comercio de 1897, readquiere la consideración de ser un derecho del comerciante, y la disciplina jurídica entera de las relaciones comerciales queda reducida a un corto número de normas de carácter profesional. Disminuida de esta suerte la importancia práctica del Derecho comercial, van olvidándose los estudios mercantiles y la atención entera de los juristas alemanes recae y continúa concentrada exclusivamente en la codificación civil. Unase a esto que aun en el campo mismo del Derecho civil, con la codificación ha descendido el nivel de los estudios jurídicos, porque desaparecida la libertad de movimientos y de la indagación que exigía un derecho no codificado y entregado hacia siglos a la elaboración de los juristas, como el Derecho romano, la ciencia civilista alemana parece haber desaparecido, y descender, de la atrevida y laboriosa construcción dogmática, al trabajo pedestre de rumiarse la exégesis de aquellos preceptos; crisis del Derecho civil que ha repercutido, naturalmente, en el Derecho mercantil, y agravado las causas de la decadencia de los estudios mercantiles desde hace más de veinte años.

Mucho menos compleja e importante es la evolución del Derecho mercantil en Francia en esta última época: la espléndida floración de la primera mitad del siglo sufre un colapso en el decenio siguiente a 1850, en que comenzó la decadencia; la actividad legislativa de este periodo no tiene nada de particular; ni las leyes de 1867 y 1893 sobre sociedades, ni la ley de 1887 sobre liquidación judicial, son índice de actividad legislativa original y fecunda; la doctrina, después de producir algunos comentarios y tratados de poco valor, como los de Alauzet, Delamarre y Poitvin, ha seguido y sigue reproduciendo únicamente la literatura más antigua, sin cuidarse de mejorarla, y la ciencia francesa vive hoy del patrimonio acumulado en la primera mitad del siglo último; cierto que el patrimonio era rico, pero no hay riqueza que resista si se gasta y no se produce otra nueva, y en realidad, Francia ha producido harto poco en los últimos decenios en el campo del Derecho mercantil, porque el tratado mismo moderno más completo y acreditado, de Lyon-Caen y Renault, no es sino una compilación enciclopédica muy diligente y exacta, sí, de cuanto se ha escrito y fallado en Francia en materia mercantil, pero que carece de originalidad. Se han hecho tentativas para buscar nuevos caminos, y merecen recordarse los nombres de Wahl, Saleilles, Pic, Levy-Ullmann y, sobre todo, Thaller, a quien la ciencia francesa del Derecho mercantil debe especial reconocimiento; pero son

tentativas aisladas nada más ante la gran masa de colecciones que se limitan a repetir hasta la saciedad lo ya escrito por Pardessus, Vincens, Bravard-Veyrières, Beslay, Massé y Alauzet.

22. En cuanto a Italia, las condiciones tristes en que se hallaban todavía los estudios jurídico-mercantiles hacia la mitad del siglo XIX y hasta que se consiguió la unidad política, hubieron de producir en el campo legislativo efectos imposibles de evitar. El primer Código de comercio del Reino de Italia, publicado en 1865, nació sin el apoyo de una sólida preparación doctrinal y jurisprudencial, y, en realidad, no fué más que una mediana revisión del Código albertino de 1842 que, a su vez, reprodujo integralmente el Código de Napoleón, modificado por la ley de quiebras de 1838; y acerca de este mediocre Código nació una literatura también mediocre, pero algo superior a la muy mezquina de la época anterior; todavía dominaba la imitación de los comentaristas franceses, pero iba surgiendo ya el estudio sistemático del Derecho mercantil, merced a los trabajos especialmente de Ercole Vidari, que fué el iniciador del renacimiento de los estudios de Derecho mercantil.

En este ambiente se redactó y discutió el nuevo Código de comercio de que ya hemos hablado (97); y hasta después que aparece éste no comienza la época verdaderamente renovadora de los estudios mercantilistas en Italia, merced a dos clases de hechos que influyeron en ello; por una parte, la mejora de las condiciones económicas del país y el resurgimiento consiguiente del tráfico, que comienza con lentitud, y después de 1870 continúa con un ritmo más acelerado al comenzar el siglo; de otra, el resurgimiento de los estudios jurídicos, que también comienza, a contar de 1870, y especialmente del Derecho romano; de éste, como siempre, procede la luz, y cuando los estudios del Derecho romano, merced singularmente a Filippo Serafini, Vittorio Scialoja y Carlo Fadda, adquirieron cierto grado de desenvolvimiento y difusión, el conocimiento del método riguroso de estudio e investigación hubo de propagarse y producir un vasto movimiento de renovación en los estudios de Derecho privado (98).

También adquiere un impulso vigoroso y orgánico la ciencia del Derecho en el campo del mercantil. Vidari realizaba la publicación de sus cursos de Derecho mercantil en múltiples ediciones; Supino atendía asiduamente el trabajo preparatorio del nuevo Código de comercio; Marghieri exponía con sencillez y claridad el organismo del nue-

(97) Véase pág. 26 y sigs.

(98) Véase mi artículo *Gli studi di Diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, en la *Riv. di Dir. comm.*, 1911, I, pág. 300.

vo Derecho de cambio e iniciaba la exposición sistemática del Derecho mercantil italiano; Sacerdoti, con artículos y pequeñas monografías, ejercitaba en varios temas su poderoso ingenio de jurista; y nuevas y prometedoras energías surgían en el campo del Derecho mercantil para contribuir gallardamente a la formación de la escuela italiana; Lucio Papa D'Amico indaga en la historia del Derecho mercantil; Bolaffio, poderoso talento, comenta sagazmente algunos títulos del Código de comercio, y publica multitud de monografías y notas a la jurisprudencia que interpretan, con fortuna las más veces, los extremos más discutidos de la nueva legislación mercantil; Manara trabaja los conceptos jurídicos en el campo casi inexplorado del Derecho ferroviario; Franchi se dedica al desenvolvimiento del Derecho mercantil y trata agudamente problemas importantes del Derecho de seguros y del Derecho industrial.

Pero el escritor de la nueva escuela italiana que encierra las características más eminentes, quien desde el comienzo tiene más seguridad y plena conciencia del método, y a quien la ciencia italiana del Derecho mercantil debe, principalmente, la afirmación de su carácter propio y autónomo, es César Vivante; su personalidad científica queda afirmada desde sus primeros escritos sobre Derecho marítimo, pero fortifica y madura su opinión de jurista organizador en la monografía, compuesta de tres volúmenes, sobre contratos de seguros, y en el tratado de Derecho mercantil, obra grande y original de reconstrucción sistemática del Derecho comercial vigente; y si carece de la inflexible lógica jurídica de Thöl, así como de la amplitud y profundidad de cultura histórica y romanista de Goldschmidt, les es superior en conocimiento de la estructura técnica y de la función económica de las instituciones de Derecho mercantil y en el sentido fino de las exigencias prácticas del Derecho; su influjo fué grande en el desenvolvimiento de la ciencia italiana de nuestro Derecho, y los que lo experimentaron más directamente fueron sus discípulos, esto es, cuantos aprendieron en sus libros y en su enseñanza el Derecho mercantil. En este caso hay que colocar a Sraffa, que recibió de él el senimiento vivo de la vida comercial, el conocimiento de la técnica de los negocios, que ha utilizado sagazmente para la reconstrucción jurídica de las instituciones guiadas por un criterio seguro que no le abandona nunca, y una cultura tomada en las fuentes más modernas.

Imposible acabar esta rápida ojeada sin que recordemos las demás personas ilustres que contribuyeron y contribuyen a mantener viva y floreciente la escuela italiana de mercantilistas: Arnaldo Bruschetti, Umberto Navarrini, Alberto Vighi, poderoso talento, arrebatado harto

prematuramente a la ciencia; Ageo Arcangeli, Antonio Scialoja, Alfredo de Gregorio, y, entre los más jóvenes, Giuseppe Valeri, Alberto Asquini, Isidoro La Lumia.

Callo sobre otros muchos importantes romanistas, civilistas e historiadores: Pietro Bonfante, Gino Segré, Luigi Tartufari, Leonardo Coviello, Giovanni Pacchioni, Silvio Perozzi, Francesco Schupfer, Arrigo Solmi, Francesco Brandileone, Ludovico Zdekauer, Alessandro Lattes, que han contribuido con su enorme y valiente esfuerzo a los estudios de Derecho mercantil, ampliando el campo de investigación y enriqueciéndole con nuevas materias doctrinales e históricas. Sin exagerar puede decirse hoy que la escuela italiana de Derecho mercantil tiene una personalidad relevante y propia frente a las escuelas extranjeras; de la francesa la distingue una mayor atención al sistema, más profundo análisis de los conceptos jurídicos, la tendencia más exacta de la construcción orgánica de las instituciones; y respecto a la ciencia alemana, posee el mérito de un estudio más diligente de los hechos, un más vivo sentimiento de la realidad de las relaciones sociales y mayor lucidez de concepción y exposición.

Y en este campo la ciencia no oficial ha producido una de las figuras de jurista más completa de la Italia contemporánea, que ha dejado una huella impercedera en esta clase de estudios. Me refiero a Gustavo Bonelli, desaparecido poco ha, a quien corresponde el mérito de haber expuesto y defendido con excelentes resultados, bajo todos los aspectos, la necesidad de una dirección más rigurosamente sistemática en el estudio del Derecho mercantil.

23. II) Aparte de los dos comentaristas Bartolo de *Sassoferrato* (1357) y Baldo degli Ubalde, de *Perugia* (1400), que nos legaron numerosas *respuestas* u opiniones (*consilia*) en materia comercial, deben señalarse como autores de obras de Derecho mercantil, que en todo o en gran parte tratan de la materia:

Benvenuto Stracca, natural de Ancona: *Tractatus de mercatura seu mercatore*, Venecia, 1553. Primer tratado sistemático de Derecho mercantil, obra notable en que por primera vez se elabora el ingente material que el Derecho romano, los estatutos municipales, la jurisprudencia y la costumbre acumularon para la formación de las instituciones comerciales (99).

(99) Acerca de la obra de Stracca, v. Franchi: *Benvenuto Stracca*, Roma, 1888, y Goldschmidt: *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXVIII (1890), pág. 1.^a y sigs.