

## CAPÍTULO TERCERO

# MERCANTES EN UNA SOCIEDAD MERCANTIL

### I. UNA "SOCIEDAD MERCANTIL"

Aquel mercante, de quien tratamos de esbozar un perfil esencial, en el capítulo precedente, participó de protagonista en la constitución —en las ciudades bajo medievales— de una sociedad "*mercantil*". No fueron los mercantes individuales, evidentemente, quienes cumplieron esta obra, sino el mercante como sujeto colectivo, la *clase mercantil*: porque los mercantes fueron —y tuvieron clara conciencia de serlo— una clase, y una clase *protagonista*<sup>1</sup>.

Cuando se habla de "*sociedad mercantil*", está bien concordar respecto del significado a dar a este término: por "*sociedad mercantil*" no se entiende simplemente la referencia a una sociedad en la cual hubo muchos mercaderes laboriosos y emprendedores. Si bien es cierto que —en comparación con aquella urbana

---

<sup>1</sup> Cassandro, *La società mercantile italiana nel Medioevo*.

bajo medieval— la sociedad feudal y agrícola del Alto Medioevo nos aparece casi desprovista de una clase mercantil, pero también es cierto que otras sociedades —aquella romana, por ejemplo— tuvieron una conspicua y muy vivaz clase de mercantes.

Si a estas sociedades no se piensa, con razón, en calificarlas de “mercantiles”, como en cambio se reconoce a la sociedad comunal por consenso unánime, esto depende de consideraciones que tienen que ver no con la “cantidad” del “hecho” mercantil sino con su “cualidad”, con la función que este “hecho” ejercitó en la dinámica de la sociedad comunal.

Ésta fue “mercantil”, y hoy en día nosotros correctamente la consideramos como tal, porque la clase de los mercantes fue protagonista, porque ejercitó en ella una *hegemonía* social, cultural y política muy evidente, plasmando en aquella sociedad —sus “valores”, su “cultura”, su mismo *ordenamiento*— en medida y en conformidad con *sus* valores y con *sus* mismos intereses.

Cuando, en muchos Comunes, constatamos que el último tramo de su historia está marcado por la asunción por parte de las Corporaciones, de una función primaria y dominante en los contextos políticos y constitucionales<sup>2</sup>, este hecho no nos debe parecer ciertamente casual, es más bien la traducción puntual, en términos de instrumentos jurídicos públicos, de una realidad que había permeado todas las vicisitudes de la civilización comunal.

<sup>2</sup> De Vergottini, *Arti e Popolo nella prima metà del sec. XIII*; Leicht, *Storia del diritto italiano. Il diritto pubblico*, 240 ss.

## II. DEL CABALLERO (*EQUES*) ROMANO AL MERCANTE MEDIEVAL

La comparación entre sociedad romana, sociedad comunal y postcomunal (sociedad europea preindustrial podríamos decir, extendiendo al máximo el ámbito cronológico de nuestro discurso) amerita ser profundizada.

En Roma, como es de por sí evidente, si se piensa en las medidas extracontinentales asumidas con el tiempo por la estructura política de la antigua *civitas* romana, la actividad comercial tuvo ciertamente proporciones imponentes y un relieve análogo tuvieron aquellos que la ejercitaron.

En este sentido podemos decir que todo el largo itinerario histórico de la sociedad romana muestra algunos caracteres constantes que merecen ser destacados.

Los descubrimientos arqueológicos más recientes parecen confirmar un intenso desarrollo comercial en la Roma de los siglos VI y V a.C., y una sucesiva decadencia vinculada con el fin del predominio etrusco en Italia tratándose, en el plano político, de aquella recuperación de hegemonía de los antiguos grupos gentilicios que caracterizó la instauración de la república.

Al mismo tiempo parece seguro el hecho que sobre todo los intereses comerciales influenciaron la política exterior de Roma hacia fines del siglo III a.C. orientándola, no sin resistencia por parte de los grupos senatoriales más ligados a una concepción estática y “continental” de la comunidad romano-italica, hacia la Primera Guerra Púnica y hacia una expansión transmarina acompañada de la progresiva destrucción de

los centros comerciales capaces de operar una activa competencia. La contemporánea destrucción de Cartago y de Corinto, en 146 a.C., y la institución en Delos, ya en 168, de un puerto libre, que en el curso de un año redujo en un 85% las entradas aduaneras de Rodas, constituyen claras manifestaciones de esta política que marca la primera fase de la expansión extratálica.

Hubo así una larga difusión en el Mediterráneo de *negotiatores* (empresarios) romano-italicos, los cuales dirigían mercaderías y esclavos en Italia, donde el comercio, sobre todo de importación, se alimentaba de las sumas enormes de los impuestos provinciales licitados por los *publicanos*, que era la parte más conspicua y representativa de los caballeros (*equites*).

Estos últimos, que ya en 218 a.C. (y es sintomática la coincidencia cronológica con el inicio de la Segunda Guerra Púnica) había obtenido Claudio con el plebiscito, la exclusión de los senadores de la actividad comercial y financiera, acrecentaron con el tiempo el propio peso también en la dirección de la vida política interna.

Constituidos además en orden (*ordo*) sobre la base censitaria, los caballeros (*equites*) consiguieron desde el primer tribunado de Cayo Graco (en 123 a.C.) el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo menos en el proceso por abuso de poder (*quaestio de repetundis*) e inspiraron en seguida ya sea la guerra Numídica, que tuvo como causa desencadenante la muerte de algunos empresarios (*negotiatores*) itálicos en Cirte, así como las tentativas de reforma de Livio Druso en 90 a.C., para encontrar después decisivos portavoces en Craso y

Pompeyo y cooperar activamente en la parcial destrucción del orden silano. Con iniciativas maduras en ambientes ecuestres, de hecho, están unidos el proceso de Verres y los comandos extraordinarios de Pompeyo en las guerras contra la piratería y mitridática<sup>3</sup>.

En la edad augusta, en fin, vino reservada al orden ecuestre una estable carrera pública (*cursus*) paralela a aquella senatorial y, a partir de Vespasiano, las más importantes procuradurías (*procuraciones*) del aparato administrativo progresivamente incrementado, mientras que, sólo en la edad de los Severos, tenemos noticias de carreras públicas (*cursus*) mixtas senatoriales-ecuestres.

En época sucesiva la decadencia económica y la crisis monetaria determinaron una progresiva reducción de las actividades comerciales, que se manifestó indetenible, no obstante los muchos y diferentes intentos individuales de los emperadores para promover tales actividades<sup>4</sup>.

Las actividades económicas recibieron muy tarde una adecuada evaluación por parte de la cultura y de la reflexión política romanas, dominadas por una inspiración "griega" y aristocrática, reflejada ya sea en algunos párrafos del *De republica* ciceroniano así como en la constante, si bien confusa, presencia de la polémica contra el lujo (*luxus*) y la avaricia (*avaritia*), que se pue-

<sup>3</sup> Gabba, *Riflessione antiche e moderne sulle attività commerciali a Roma nei secoli II e I a.C.*

<sup>4</sup> Salvioli, *Il capitalismo antico*; Rostovzev, *Storia economica e sociale dell'Impero Romano*; De Martino, *Storia economica de Roma antica*, I, 125 ss, II, 217 ss., 323 ss.

den encontrar en la historia antioligárquica, retomada en particular por Salustio.

En cambio, sobre todo en las oraciones ciceronianas (y, en particular, en las Verrinas y en la *Pro Lege Manilia*), es resaltada la función de los empresarios (*negotiatores*). Además en el *De officiis* tiene lugar la teorización de una *mercatura* (actividad comercial) que, sólo si se practica en medida elevada, puede ser fuente de prestigio social, en cuanto pueda ser aprobada por el derecho (*videtur posse iure laudari*) (1.151)<sup>5</sup>.

Es, esta última, una observación en algunos aspectos ambigua, que puede parecer opuesta a la sincera valorización de los *mercatores* que se lee en las oraciones: eso demuestra por sí solo cuan difícil fue contrastar la preexistente tradición cultural romana.

No obstante sus límites, este tentativo ciceroniano, de abierta defensa de los intereses y de las posiciones del mundo ecuestre, merece ser destacado como señal del contraste existente en la profundidad de la cultura romana, entre el apego a los antiguos cánones agro-militares y oligárquicos de los ciudadanos-senadores-romanos (*cives-patres-quirites*) y la apertura a una más franca valorización de la actividad empresarial (*negotiatio*) y de la clase de aquellos que habían hecho de ésta su elección de vida.

No cabe duda, sin embargo, que el contraste se resolvió a favor de los antiguos cánones romanos: es decir, la sociedad romana, su cultura, su cuadro valórico

<sup>5</sup> Nicolet, *L'ordre équestre à l'époque républicaine*, Gabba, *Per un'interpretazione politica del De officiis di Cicerone*.

y, en consecuencia, su ordenamiento, se mantuvieron por siempre marcados por esos cánones. Esto no quiere decir que los negociantes-caballeros (*negotiatores-equites*) no fueran una clase de la antigua Roma, ni que no tuvieran gran espacio o éxitos conspicuos en la sociedad romana. Significa, más bien, que a pesar de que fueron ricos y potentes, su poder se mantuvo siempre en un segundo orden respecto a aquel *hegemónico* de los ciudadanos-senadores (*quirites-patres*), titulares de la propiedad *inmobiliaria*<sup>6</sup>.

Sobre la propiedad inmobiliaria la experiencia jurídica romana se construyó con rigurosa coherencia: la propiedad con base en el derecho de los *Quirites* (*dominium ex iure Quiritium*) como poder absoluto y exclusivo sobre la cosa (*res*) ejercido por un sujeto titular de los tres estatus –(*status*) libertad, ciudadanía, familia (*libertatis, civitatis, familiae*)– inherentes a un ciudadano padre de familia libre (*liber civis pater*), que representó la viga maestra de todo el edificio del ordenamiento jurídico privado romano<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Salvioli, *Il capitalismo antico*, 11 ss. Para entender correctamente los juicios de este autor, que a nuestros ojos frecuentemente pueden aparecer muy simplificados, necesita tener en cuenta su pertenencia a esta corriente de pensamiento que suele definirse como "Socialismo jurídico": para profundizaciones útiles, *cfr.* Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli y Giardina, Analogía, continuità e l'economia dell'Italia antica*. Una revisión de estos problemas –muy bien documentada aunque usando lentes diferentes a aquellos de los juristas– fue propuesta por la estudiosa De salvo, *Il giudizio sulla "mercatura"*.

<sup>7</sup> Basta dirigirse a Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, 17 ss.; para ulteriores, y en parte diferentes profundizacio-

Las consecuencias de este modo de ser del ordenamiento romano se advierten claramente en el sistema de las obligaciones, precisamente en lo que concierne a ciertas situaciones contractuales, de por sí típicas de las actividades de los empresarios (*negotiatores*), que habrían podido tener una disciplina autónoma, si los intereses de la clase de los negociantes-caballeros (*negotiatores-equites*) hubieran parecido meritorios a una primera tutela por parte del ordenamiento.

Esto no ocurrió; y no fue una casualidad, ciertamente. Basta pensar en el contrato de arriendo (*locatio conductio*). Fue enseñado con autoridad que "los juristas romanos, a diferencia de los modernos, configuraron el arriendo en un modo unitario, constantemente bajo el aspecto de la entrega de una cosa durante un cierto tiempo a una persona determinada"<sup>8</sup>; y que en la unidad conceptual del arriendo (*locatio conductio*) vino a reunirse una vasta pluralidad de figuras bajo una sola reglamentación<sup>9</sup>.

Así contratos y relaciones obligatorias, en las cuales una de las partes era (no podía no serlo), como nosotros decimos hoy, un "empresario" (si se piensa en las licitaciones, en el contrato de obra, en el transporte) no encontraron una colocación autónoma como contratos y relaciones específicamente "comerciales", sino

nes, ver Capogrossi-Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, vol. I.

<sup>8</sup> Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, 511 ss. (el párrafo citado se lee en la p. 515).

<sup>9</sup> Amirante, *Ricerche in tema di locazione*, 47-102; Id., voz *Locazione-Diritto romano*, parte n. 2.

que confluyeron en aquel único e indiferenciado género (*genus*) del arriendo (*locatio*), cuya especificidad remitía a la subjetividad típica del dueño con base en el derecho de los *Quirites* (*dominus ex iure Quiritum*), que concede la simple detención de la cosa (*res*), sobre la cual tiene dominio y posesión (*dominium* y *possessio*) en cuanto dueño (*dominus*).

Esta amplitud del espectro de eficacia del arriendo romano, a la que corresponde la irrelevancia de la posición (y de los intereses *típicos*) del *comerciante* y del artesano (digamos también, comprensivamente: del *empresario*) se debe entender no como una confusión indebida entre situaciones diferentes entre sí, ni como signo de una más alta capacidad de la jurisprudencia romana de percibir homologías objetivas más profundas y más amplias, sobre las cuales construir un sistema más límpido y coherente<sup>10</sup>; sino, simple y realmente, como una *homologación* conciente de una vasta serie de situaciones a una —aquella, justamente, del arriendo de la cosa (*locatio rei*)— considerada *típica* más que las otras, es decir meritable de una más intensa *tutela* y capaz de representar el punto de referencia para un vasto género de obligaciones contraídas por consentimiento (*obligaciones consensu contractae*), solamente en virtud de su referencia al padre de familia dueño (*pater-dominus*).

Esta elección de política del derecho, que la experiencia jurídica romana hizo sin dudas ni acomodos,

<sup>10</sup> Betti, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, 219 ss.; Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 345 ss.

no fue dictada por motivos técnicos ni por razones de pura precisión del derecho (*elegantia iuris*): ésta representó la traducción, al interior del sistema romano de los contratos, de aquella hegemonía de la clase senatoria que dejó a los empresarios (*negotiatores*) una función y una importancia social ciertamente secundarias<sup>11</sup>.

Por esto no tiene sentido hablar de un "derecho comercial romano"<sup>12</sup>, no porque no hubiera en Roma relaciones comerciales que regular, sino porque estas reglas fueron elaboradas al interior de un unitario sistema de derecho civil (*ius civile*) construido a medida de una ciudad (*civitas*) cuyos "valores" no correspondían a aquellos de la clase mercantil. Ocurrió precisamente lo contrario a lo que caracterizó la esencia de aquella sociedad urbana de las ciudades comunales del Bajo Medioevo, que suele definirse por antonomasia, *mercantil*, y en la cual surgió y se desarrolló, de modo totalmente *natural*, un derecho de los mercantes (*ius mercatorum*)<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Es ahora el caso de recordar que cuando se dice *secundario* no se quiere decir también *pequeño*: aquella de "secundario" es calidad que deriva de una comparación con otro que desea calificar "primario"; *menor*, si se quiere, respecto a otro *mayor*: éste más "grande" que aquél, pero aquél no necesariamente "pequeño".

<sup>12</sup> Ya lo reconocía Golschmidt, *Storia universale del diritto commerciale*, 60 ss.; además se dio una explicación no muy satisfactoria, cuando enseñó que "a su (de los romanos) enérgica tendencia a la abstracción y a la concentración (...) repugnaba absolutamente el pensamiento de una rama especial del derecho regulador del comercio" (60): la cursiva última es del mismo Golschmidt.

<sup>13</sup> Cassandro, *La società mercantile italiana nel Medioevo*; Galgano, *Storia del diritto commerciale*, 29 ss.

### III. LAS RAZONES DE LA ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS MERCANTES (*IUS MERCATORUM*)

Las premisas que vimos hasta aquí nos permiten entender, en modo adecuado, cuál era, a partir de la experiencia jurídica bajo-medieval, el fundamento que justificaba la existencia de un sistema normativo destinado a regular las relaciones comerciales; es decir, cuál era la *diferencia específica* que individuaba, en el conjunto del ordenamiento jurídico, un derecho especial (*ius speciale*) reservado a los mercantes y a su actividad típica: un "derecho comercial", en suma, adaptado a las exigencias específicas de la *mercatura*.

Cierto, un primer fundamento de este *ius speciale* era de naturaleza *institucional*: la *Corporación*<sup>14</sup> no fue sólo un hecho asociativo relacionado con un objetivo genérico de socorro mutuo o con un objetivo, del mismo modo genérico, de "representación de los intereses" de sus asociados: la Corporación fue *también* esto; pero en primer lugar no solamente esto. La corporación fue, ante todo, una institución provista de un originario poder de deliberación (*potestas statuendi*) no diferente —en el fondo— de aquel del cual fue desde siempre provista la Comuna (municipio) y que había encontrado su Carta Magna (*magna charta*) en el reconocimiento imperial de la Paz de Costanza en 1183.

<sup>14</sup> De Vergottini, *Arti e popolo*, cit.; Leicht, *Storia del diritto italiano. Il diritto pubblico*, 240 ss.; Thrupp, *Le corporazioni*.

Un poder de deliberación (*potestas statuendi*) de la Corporación, que no se mantuvo estéril ciertamente: los estatutos mercantiles constituyeron un complejo normativo imponente<sup>15</sup>, cuya aplicación fue tarea de los propios jueces de las mismas Corporaciones. Al interior de este sistema cerrado en sí mismo –determinado por: la institución corporativa, la potestad normativa, los estatutos que gracias a esta potestad fueron promulgados y la aplicación de estos mismos por parte de los jueces corporativos– se formó paulatinamente un derecho especial (*ius speciale*) propio de los *mercatores*.

Pero esta estructura institucional, la cual también se debe tener muy presente, no tendría ciertamente algún significado, ni habría podido por sí sola determinar el surgimiento del derecho de los mercantes (*ius mercatorum*) en las ciudades bajo medievales, si este *ius* no hubiese representado la respuesta puntual, orgánica y coherente a un conjunto de instancias que la sociedad advertía en modo igualmente puntual, orgánico y coherente, y del cual era portadora una clase que por su cuenta tenía la autoridad y la fuerza necesarias para imponer soluciones conforme a sus intereses<sup>16</sup>.

Por estas razones, ciertamente complejas, pero no contrastantes entre ellas, un “derecho comercial” –como estructura normativa “especial”, destinada a tener vigor gracias a una mayor adecuación a los in-

<sup>15</sup> Calasso, *Medio Evo del diritto*, 431 ss. Ver también Padoa Schiopa, *Giurisdizione e statuti delle Arti*.

<sup>16</sup> Algunas consideraciones “generales” ulteriormente en Santarelli, *L'esperienza giuridica basso - medievale* 31 ss., 89 ss.

tereses de la clase de los mercantes elevados al canon más general de “bien común” – pudo tomar forma y desarrollarse en un sistema. Por supuesto, este desarrollo no hace sucumbir el otro complejo normativo más general, válido para todos los sujetos, mercantes y no mercantes, y para las materias que no tuvieran que ver con la *mercatura*.

También este sistema más amplio estaba en una evolución radical. Una sociedad que transformaba rápidamente sus cánones de convivencia y sus valores fundantes y estaba continuamente adecuando y renovando el propio patrimonio normativo: concurrían al cumplimiento de esta obra: la legislación estatutaria; el esfuerzo gigantesco de la Iglesia de darse un nuevo Cuerpo Jurídico (*Corpus Juris*) para responder a sus exigencias internas como institución tan singular, siempre reformada y siempre en curso de reforma (*semper reformata semper reformanda*), y a aquellas que en el mismo tiempo emergían en el más largo contexto de la sociedad de los hombres; la desenvuelta, desprejuiciada y creativa interpretación (*interpretatio*) que una joven y ya vigorosa ciencia jurídica (*scientia juris*) hacía sobre la “redescubierta” *Compilación Justiniana* y sobre los demás textos normativos (canónicos y estatutarios) para construir un sistema que respondiese, en modo adecuado y coherente, a los problemas siempre nuevos de la sociedad contemporánea<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Indicamos aquí, en modo sintético y casi solamente alusivo a los problemas que bien exigirían otra tratación más amplia. La parte “general” de un curso de historia del derecho sirve para dar las nociones preliminares indispensables de esta profundización.

Tal vez podríamos hablar, sirviéndonos del vocabulario jurídico moderno, de “derecho civil”<sup>18</sup> y de “derecho comercial” como dos sistemas diversos aunque conectados entre sí, llamados a formar el conjunto del ordenamiento jurídico privado; diferencia y conexión que encontraban su fundamento en aquellos que fueron los valores fundantes de la sociedad occidental a partir de la Edad de las comunas, primero entre todos el rol protagonista (y a veces también hegemónico) de la clase mercantil sobre la cual pudo poner las propias bases sólidas la autonomía y la “especialidad” del derecho de los mercantes (*ius mercatorum*).

De todo esto –del hecho que en el ordenamiento debiese haber una *isla autónoma* constituida por el complejo de normas que regulaban la actividad de los mercantes, según *principios* que fueran coherentes con los *intereses* de categoría de los mismos mercantes– también la ciencia jurídica tuvo conocimiento muy lúcido.

No sería difícil reconstruir, paso a paso, la historia de esta reflexión. Pero nuestro discurso resultaría, tal vez inútilmente abrumador.

Nos limitaremos, por lo tanto, a un solo testimonio autorizado –eso sí– no únicamente por su peso, sino por el hecho de que éste puede llegar a representar a

<sup>18</sup> Cuando aquí se habla de “derecho civil”, se hace sirviéndonos, como hemos dicho, del vocabulario jurídico moderno; no traduciendo al italiano el término medieval *ius civile* (derecho civil), con el cual se aludía más bien a la *lectura* a la cual los *doctores* de la *scientia juris* supeditaban el *Corpus* Justiniano. Algunas reflexiones adicionales en Santarelli, voz *Recezione*.

nuestros ojos el resultado significativo de una larga tradición de pensamiento.

Es la voz de Benvenuto Stracca, jurista (oriundo de Ancona) del siglo XVI<sup>19</sup>, uno de los primeros que vio el derecho comercial con los ojos de un especialista<sup>20</sup>, cuando ya este sistema (normativo y no sólo normativo) se había consolidado largamente.

Entre tanto habían cesado –dentro de las estructuras reunidas y autocráticas de los Estados señoriales y principados– aquellas realidades políticas e institucionales (la hegemonía de la clase mercantil y la autonomía de las corporaciones) que habían puesto los fundamentos y las condiciones para la formación del derecho de los mercantes (*ius mercatorum*).

El discurso de Stracca es iluminador para nosotros por dos motivos puntuales. El primero es que la discusión sobre la especificidad del derecho comercial es desarrollada por Stracca, manteniendo inalterable, como punto de referencia, la alternativa entre equidad (*aequitas*), como criterio típico en el ejercicio de la jurisdicción mercantil especial<sup>21</sup> y la sutileza del derecho (*apices iuris*), como signos de una jurisdicción ordinaria

<sup>19</sup> Chiudano, voz Stracca Benvenuto; Lattes, *Stacca* giureconsulto.

<sup>20</sup> Calasso, *Negozio giuridico*, 314 ss.

<sup>21</sup> Sobre la *aequitas*, en general, en la experiencia jurídica medieval, nos basta remitir a Calasso, que retomó el tema más veces: *Medio Evo del Diritto*, 476 ss.; voz *Equità-premessa storica*; y –en el sentido especial, del cual se razona aquí, de *aequitas mercatorum*– *Negozio giuridico*, 313 ss. Sobre la relación entre *aequitas* y *rigor*, Cortese, *La norma giuridica*, I, 51 ss., 202 ss.; II, 339 ss., 347 ss.

más vinculada a la observancia rigurosa y lógicamente motivada del derecho estricto (*strictum ius*<sup>22</sup>).

Era una alternativa que Stracca compartía autorizadamente, pero que ciertamente él no había creado: él la recogía de una larga y ya reconocida tradición de pensamiento. En la cima de la Escuela de los Comendadores<sup>23</sup>, en la segunda mitad del siglo catorce, Baldo degli Ubaldi —como abogado y no como teórico del derecho— había advertido que “entre mercantes no es el caso ponerse a discutir sutilezas jurídicas, sino más bien conviene atenerse a la simple verdad de los hechos y a las costumbres mercantiles”<sup>24</sup>. La especialidad, por lo tanto, no era el

<sup>22</sup> Stacchia, *Tractatus de mercatura seu mercatore*, VIII: En qué modo tenemos que proceder en las causas de los mercantes, 1, Se debe observar en sumo grado la equidad en el fuero de los mercantes, y en las causas de ello se debe proceder conforme al bueno y al equitativo rechazando las sutilezas del derecho (*Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*, 1, *Aequitas in curia mercatorum praecipue spectanda est, et ex bono et aequo in causis eorum procedendum reiectis iuris apicibus*).

<sup>23</sup> Calasso, *Medio Evo*, 563 ss.; Bellomo, *Società e istituzioni*, 484 ss.

<sup>24</sup> Baldus de Ubaldi, *Concilia*, vol. V, cons. 400, n. 10: entre mercantes no conviene discutir sobre las sutilezas del derecho, sobre la mera verdad y la costumbre mercantil (*inter mercatores non convenit de iuris apicibus disputare, sed de mera veritate et consuetudine mercantie*). Cfr. también Id., *Consilia*, vol. V, cons. 466, n. 4: de la misma manera en las causas de los mercantes, en donde se trata de la buena fe, no conviene discutir sobre las sutilezas del derecho (*item in causis mercatorum, ubi de bona fide agitur, non congruit de iuris apicibus disputare*). Las sutilezas del derecho no eran constituidas necesariamente por el *ius commune*; también con referencia a los estatutos comunales y a la pretendida solemnidad de sus normas sustanciales y procesales el derecho del foro y del mercado (*ius fori et mercati*) podía reivindicar, y de hecho a veces reivindicó, su propia especialidad porque estaba fundado en la costumbre del foro y del mercado (*consuetudo fori et mercati*). Para el Esta-

verdadero e *incalificable* aislamiento de una especie de “subconjunto” normativo convencionalmente referido a una materia específica: era, más bien, una *especialidad* que se fundaba *realmente* en un complejo de exigencias, las cuales de hecho postulaban la formulación de un sistema *autónomo* de principios: lo que Baldo había, casi simbólicamente, recogido en aquella fórmula que contraponía las “sutilezas” teóricas utilizadas por los civilistas, por un lado, y por otro la “simple verdad” y la inmediatez concreta de la “costumbre mercantil”.

Un “contra punto”, éste, que se había consolidado después sin fatigas ni replanteamientos; si pocos decenios después, en el Consejo (*Consilium*) de un canónigo culto y agudo como Andrea Barbazza<sup>25</sup>, se podía leer que los estatutos mercantiles se fundaban sobre la equidad (*aequitas*)<sup>26</sup> y no —se podría agregar— sobre “sutilezas” de los doctores.

El segundo motivo de interés del discurso de Stracca —y no sólo de Stracca, sino de toda la tradición de pensamiento en la que se debe leer y entender aquel discurso —es ofrecido por la relación entre autonomía normativa mercantil y sistema de los intereses merito-

tuto de Bolonia de 1250 ver las observaciones puntuales de Garancini, *Statutum et consuetudo*, 37.

<sup>25</sup> Liotta, voz *Barbazza Andrea*.

<sup>26</sup> Barbatia, *Consilia*, vol. II cons. XXIX, 5: ...los estatutos de estos mercantes están caracterizados por la equidad... (...*statuta istorum mercatorum innituntur aequitari*...). El discurso sobre la relación *aequitas-lex* en la experiencia jurídica medieval, a desear hacerlo hasta el final, sería en verdad interminable: cotejos mínimos en Calasso, *Equità-premessa storica*; y más difundidos en Cortese, *La norma giuridica*, I, 22, 51 ss., 202 ss., 308.

rios de tutela. La especialidad "objetiva" del *ius mercatorum* se fundaba, por supuesto, sobre la autonomía normativa de las Corporaciones mercantiles: un problema que estuvo vivo en la sociedad comunal, pero que ya se había atenuado en gran parte (si no ya apagado completamente) cuando Stracca componía sus Tratados varios (*Tractatus varii*).

La ciencia jurídica medieval había discutido de eso cuando, interpretando el muy célebre exordio de las *Institutiones* de Gaio –conservado también en D. 1. 1. 9. y leído aquí por los *doctores* del Medioevo<sup>27</sup>– y construyendo, a partir de este texto, el sistema –complejo y muy articulado– de las *libertates* y de las *iurisdictiones*<sup>28</sup>, había abordado también el problema de la autonomía normativa de las Corporaciones de los *mercatores* y de los artesanos (*artifices*). Y lo había resuelto con dos sucesivas aproximaciones: la primera, genérica y directamente derivada de la idea misma de autonomía propia de la experiencia jurídica bajo-medieval, se limitaba a constatar que la Corporación mercantil, así como cada colegio lícito y aprobado (*collegium licitum*

<sup>27</sup> Gai, *Institutiones*, I, 1, 1 (= D. 1. 1. 9). El fragmento del Digesto era conocido en el Medioevo, según el modo de citación entonces en uso, como 1. *Omnes populi*, ff. *De iustitia et iure*. El texto de las *Institutiones* galianas en su complejo, como todos saben (Arangio Ruiz-Guarino, *Introduzione alle Institutiones*, en *Breviarium Iuris Romani*, 7), fue encontrado por Niebuhr, en un palimpsesto de la Biblioteca capitular de Verona, en 1816 y sólo desde entonces nos es conocido.

<sup>28</sup> Un cuadro general de estos problemas es trazado por Calasso, *Ordinamenti giuridici*, 93 ss. Una síntesis más concisa en el mismo Calasso, voz *Autonomia-premessa storica*, en *Enc. dir.*, N. 6. Sobre el problema específico de las *iurisdictiones* se debe ver Costa, *Iurisdictionis*, 138 ss.

*et approbatum*), podía darse un estatuto en las materias concernientes a sus poderes y que tenían relación con las personas pertenecientes al *collegium* mismo<sup>29</sup>: era un poco más que una tautología, de cuya pacífica adquisición a la *opinión común* (*opinio communis*) el mismo Stracca nos atestigua bien<sup>30</sup>.

La segunda aproximación, calificada y motivada de manera diferente, fundaba la potestad normativa mercantil (y, por esto mismo, también la autonomía de un derecho especial de los mercaderes (*ius speciale mercatorum*) sobre el interés que aquella normativa especial buscaba tutelar: un interés, que ciertamente podía ser un genérico y general "interés público"<sup>31</sup>, pero podía también identificar el interés de la clase –"proveer a los mercantes y a las Artes y hacer en modo que el comercio sea

<sup>29</sup> Lo afirmó, entre otros, Bartolo da Sassoferrato (Bartolus a Saxoferrato, ad 1. *Omnes populi*, ff., *De iustitia et iure*, D.1.1.9), n. 6: Los Colegios lícitos y aprobados pueden crear estatutos para aquellos asuntos para los que tienen jurisdicción y en la medida en que concierne a los mismos colegiados. (*Collegia licita et approbata in his in quibus habent iurisdictionem et quoad ea quae ad ipsos collegiatos pertinent possunt facere statuta*). Sobre este tema específico se debe ver Padoa Schioppa, *Giurisdizione*, 15 ss.

<sup>30</sup> Stracchia, "En qué modo se debe proceder en las causas de los mercantes" (*Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*), cit., n. 8: ¿Cuál derecho propio podrían constituir para sí mismos los Colegios de los mercantes? (*Collegia mercatorum quod possint sibi ius proprium constituire*), donde se cita la *lectura* de Bartolo a la 1. *Omnes populi* o ahora citada y muchas otras *autoritates*: de Baldo y Angelo de los Ubaldos, de Jasón del Maino, de Bartolomé de Saliceto y así respectivamente y nn. 15 ss.

<sup>31</sup> Bartola enseñó así, comentando el fragmento de Ulpiano conservado en D. 50.9.4: Bartolus a Saxoferrato, ad 1. *Ambitiosa*, ff. *De decretis ab ordine faciendis*, nn. 21 y 22.

*ejercitado mejor*— con el *status* de la Ciudad y el “bien público” y hacer de este interés así calificado y “sublimado” el título justificativo de aquel derecho especial (*ius speciale*<sup>32</sup>) y —finalmente— llevar a común opinión (*communis opinio*) esta identificación de los intereses de los mercantes con el interés público<sup>33</sup>.

La reflexión de la ciencia jurídica cierra el cerco de una experiencia en sí concluida y muy coherente y nos muestra cómo el proceso de formación de un derecho de los mercantes (*ius mercatorum*), autónomo y auto-fundado, no haya sido un hecho accidental, sino haya representado el trámite que el ordenamiento predispuso para tutelar adecuadamente los intereses propios de la clase (mercantil) que tenía fuerza y prestigio suficientes para pretender una tutela tan calificada. Sobre todo los *doctores* pusieron el sello prestigioso de sus lúcidas argumentaciones.

#### BIBLIOGRAFÍA

AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, LXII (1959), 9-119.

<sup>32</sup> Esta fue la intuición lúcida de Francesco Accolti (1416 o 17-1488) llamado el aretino (originario de la ciudad de Arezzo): Franciscus de Aretio, *Concilia*, cons. XXIX, n. 19: Los Estatutos, mediante los cuales se provee a los mismos mercantes y a las artes para que la *mercatura* y las artes sean ejercitadas mejor, concierne la situación general de la ciudad y el bien público (*Statuta per que providetur ipsis mercatoribus et artibus ut melius mercatura et artes exerceanur pertinent ad statum civitatis et bonum publicum*).

<sup>33</sup> Stracchia, “*En qué modo se debe proceder en las causas de los mercantes*” (*Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*), cit., n. 49.

- AMIRANTE, voz *Locazione* (en general) — *Diritto romano*, en *Noviss. Dig. It.*, vol. IX, 991 ss.
- ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Napoli, 1966.
- BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'Età moderna*, 5a. ed., Catania-Roma, 1991.
- BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, parte I, Padova, 1962.
- CALASSO, *Medio Evo del diritto*, cit.
- \_\_\_\_\_, *Negoziio giuridico — Lezioni di storia del diritto italiano*, 2a. ed., Milano, 1959.
- \_\_\_\_\_, voz *Autonomia — premessa storica*, en *Enc. dir.*, vol. IV, 349 ss., republicado en CALASSO, *Storicità dil diritto*, Milano, 1966, 351 ss.
- \_\_\_\_\_, voz *Equità-premessa storica*, en *Enc. dir.*, vol. XV, 65 ss., reeditado en CALASSO, *Storicità dil diritto*, Milano, 1966, 365 ss.
- \_\_\_\_\_, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2a. ed., reeditado, Milano, 1965.
- CAPOGROSSI-COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell'età repubblicana*, vol. I, Milano, 1969.
- CASSANDRO, *La società mercantile italiana nel Medioevo*, en CASSANDRO, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, 1974.
- CHIUDANO, voz *Stracca Benvenuto*, en *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, 468 ss.
- CORTESE, *La norma giuridica — Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano, 1964; reeditada, Milano, 1995.

- COSTA, *Iurisdictio – Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1110-1433)*, Milano, 1969.
- \_\_\_\_\_, *Il "solidarismo giuridico" di Giuseppe Salvioli*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-1975), 457 ss.
- DE MARTINO, *Storia economica de Roma antica*, I, 125 ss., II, 217 ss., 323 ss.
- DE SALVO, *Il giudizio sulla mercatura nel mondo romano*, en *Università di Macerata – Annali della facoltà di Lettere e Filosofia*, XX (1987), 9-32.
- DE VERGOTTINI, *Arti e Popolo nella prima metà del sec. XIII*, Milano, 1943, reeditado en DE VERGOTTINI, *Scritti di Storia del diritto italiano*, Milano, 1977, vol. I, 387 ss.
- GABBA, *Per un'interpretazione politica del De officiis di Cicerone*, *Atti Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, XXXIV (1979), 117 ss.
- \_\_\_\_\_, *Riflessione antiche e moderne sulle attività commerciali a Roma nei secoli II e I a.C.*, en *memorie Accademia Americana di Roma*, XXXIV (1980), 95 ss.
- GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit.
- GARANCINI, *Consuetudo et statutum ambulat pari passu*, en *Rivista di Storia del Diritto italiano*, LVII (1985), 19-55.
- GIARDINA, *Analogia, continuità e l'economia dell'Italia antica*, en SALVIOLI, *Il capitalismo antico*, cit.
- GOLSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. It., Torino, 1913.
- GROSSI, *Le situazioni reali*, cit.
- LATTES, *Stacca giureconsulto*, en *Riv. Dir. Comm.*, VII (1909), 624 ss.
- LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto pubblico*, 3a ed., Milano, 1950.

- LIOTTA, voz *Barbazza Andrea*, en *Dizion. Biografico degli Italiani*, vol. 6, 146 ss.
- NICOLET, *L'ordo équestre à l'époque républicaine*, I, Paris, 1966, 163 ss.
- PADOA SCHIOPA, *Giurisdizione e statuti delle Arti nella dottrina del diritto comune*, en *"Studia et Documenta Historiae et Iuris"*, 30 (1964), 170-234; reeditada en Id., *Saggi*, cit., 11-62.
- ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'Impero Romano*, trad. It., Firenze, 1953.
- SALVIOLI, *Il capitalismo antico*, reeditada, Bari, 1985.
- SANTARELLI, *La experiencia jurídica bajo-medieval*, cit.
- \_\_\_\_\_, voz *Recezione*, en *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 58 ss.
- THRUPP, *Le corporazioni*, en *Storia economica Cambridge*, vol. III, *Le città e la politica economica nel Medioevo*, trad. It., Torino, 1977, cap. V, 265 ss.
- VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, reeditada, Roma, 1977.