

## B. EXTRANJERAS

### In memoriam

#### Tullio Ascarelli

Tullio Ascarelli, maestro y amigo, ha dejado de existir, arrancado a la escuela por un mal incurable, prematuramente, casi fulminantemente, como habían transcurrido sus días de vida terrena, provechosos e intensos, compaginando sabiamente los principios con la acción; la vida con el Derecho.

En plena madurez intelectual, la muerte ha querido privarnos de su genialidad creadora, cuando habíamos empezado a recoger, como fruta madura, sus obras de conjunto, culminación de su carrera científica, una de las más fecundas entre todos los juristas contemporáneos.

El increíble número de sus publicaciones, monografías, artículos de revistas, escritos polémicos, comentarios jurisprudenciales, notas, reseñas, conferencias, intervenciones en congresos, asambleas, comisiones legislativas, etc., sólo parecen posibles a quienes conocieran sus dotes intelectuales excepcionales, su memoria prodigiosa, su capacidad de trabajo y sus formidables dotes organizadoras.

El nombre de Ascarelli está omnipresente en más de treinta años de vida jurídica contemporánea, en los que apenas hay materia que no se haya beneficiado de su ingenio y de su capacidad de penetración, ocupando por méritos propios un puesto destacadísimo en el espléndido movimiento de renovación de la ciencia jurídica italiana. Su figura sobresale por la brillantez de sus puntos de vista, por la originalidad de sus planteamientos, por la riqueza de sus fuentes y por lo insospechado de sus conexiones, con las que a menudo nos asombra, sólo posibles por la solidez de su formación cultural, que desconoce barreras y a la que pocos sectores son ajenos.

La vida de Tullio Ascarelli es un ejemplo de entrega total, apasionada, sin tregua y sin descanso. Su obra es la de quien hubiera presumido la brevedad del tiempo que el destino le tenía reservado. Allora en ella un deseo incontentido de ofrecer el máximo, de transmitirlo todo lo posible y cuanto antes. Es, como era el hombre, pródigo de ideas, de sugerencias, que rezuman en cada párrafo, en notas aparentemente secundarias a pie de página, ofrecidas con la prodigalidad de quien no ha conocido el estrechez ni la teme para el futuro. Su impaciencia por transmitirnos todo lo que tenía dentro muchas veces no le ha permitido esperar el momento justo y el lugar adecuado, volviendo sobre sus temas predilectos, asistemáticamente a veces, aprovechando un pretexto o una conexión tangencial. Consciente de ello, quizá por eso ha querido que sus últimos volúmenes vayan acompañados de preciosos índices analíticos que salvan el peligro de que muchas de sus ideas queden ignoradas, escondidas, como tesoros que se resisten al lector apresurado, que exigen devoción de lecturas, confrontación de textos, esfuerzos en la búsqueda. No pocas veces una rica nota a pie de página en un artículo cuyo título quizá no revela todo su contenido,

nos muestra una visión nueva o simplemente revisada, pero siempre sugestiva del maestro, del que ha sido siempre difícil fijar su última tesis, su última palabra sobre un punto concreto. Y es que la obra de Ascarelli, transida en historicismo, en íntimo contacto con la cambiante realidad, no ha querido ser una obra de últimas y decisivas palabras, de soluciones permanentes e inmutables, porque precisamente ha partido de la premisa de que una solución que hoy parece adecuada, un cambio de valoración del interés, puede hacer que deje de serlo. Ha preferido, por ello, tener conciencia de que sólo decía la penúltima palabra de cada problema. Y por ello ha sido más ensayista que tratadista, ha preferido insertar su obra dentro de las grandes corrientes del pensamiento que anclarla en un sistema de derecho positivo de un determinado momento. Por esto se ha visto en él más al sociólogo, al historiador o al filósofo que al exégeta, aunque no por ello pueda afirmarse que descuidara el examen del derecho positivo. El mismo nos había advertido que el estudio de la realidad jurídica no es, evidentemente, un estudio jurídico, aunque su estudio sea indispensable para los juristas y no pueda ser realizado más que con la colaboración de los juristas. Y de ahí también su amplia utilización del método comparativo, favorecido por su amplio y profundo conocimiento de la realidad vivida en otros ordenamientos durante sus largos años de exilio fuera del ambiente jurídico europeo y que tenía que incidir también notablemente en su orientación antiformalista e historicista. Si el derecho comparado debe concebirse como «experiencia» jurídica en un ambiente más vasto que el señalado por la soberanía de los varios Estados, parecía inevitable que la utilidad del derecho comparado para la formación mental de los juristas fuera proclamada por quien partiera de las premisas metodológicas de Ascarelli.

Sus últimas páginas están fechadas el 14 de noviembre, exactamente seis días antes de morir, cuando sabía de su mal incurable, para la introducción a sus dos volúmenes de «Problemi giuridici», recopilación de estudios jurídicos estudiada personalmente por él, aparecidos ahora entre las publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma, precedidos de unas palabras de conocida tristeza del decano Calasso. En estas breves páginas, típicas del maestro desaparecido, encontramos su última palabra sobre muchos de los temas que le fueron particularmente queridos. En los mismos días había concluido su trabajo sobre Leibniz y Hobbes y la revisión de la que será tercera edición, desgraciadamente la última, de la «Teoria della concorrenza e dei beni immateriali», muy ampliada, especialmente con abundantísima jurisprudencia, y de las «Lezioni di diritto commerciale», que publicará en breve su editor, Giuffrè, y de las que tenemos en preparación la traducción española para los «Studia Albornotiana». Desafortunadamente habrá quedado como mero proyecto un volumen de conjunto sobre el derecho de sociedades, una de las materias sobre las que había mostrado bien pronto su predilección y que estaba llamado a ser una aportación fundamental sobre la materia. A él debía seguir otro volumen de su fraternal amigo y colaborador G. Auletta, en materia de quiebra.

Lleno de propósitos y proyectos para el porvenir, rodeado de muchos

de sus discípulos y colaboradores, desde su lecho de muerte había trazado un amplio plan de trabajo que venía acariciando desde hacía mucho tiempo, y sus últimas cuartillas, trazadas bajo la cámara de oxígeno, apenas inteligibles, dictadas por una cabeza que se resistía al descanso, recogieron sus últimas palabras lúcidas sobre el problema de la personalidad de las sociedades mercantiles que tanto le había preocupado. Muchas de sus intuiciones están llamadas a ser desarrolladas por sus numerosos discípulos y colaboradores, otras mil quedarán irremediablemente inertes en su espléndido estudio de vía Lima en que tantas veces le habíamos visto, pleno de vida, rodeado de su magnífica biblioteca, de la que tan orgulloso se mostraba, y ante un desordenado montón de notas que solía trazar con una rapidez vertiginosa.

A los veinte años, acabado de doctorar, publica el *debiti di moneta estera e l'art. 39 Cod. Comm.* al que sigue *«La società a responsabilità limitata»*, ambos aparecidos en la *«Rivista di diritto commerciale»*, 1923 y 1924, que había de acoger tantos de sus trabajos. *«Il problema delle lacune»* se publica en 1925 en *«Archivio giuridico»*. *«La moneta»*, publicado en 1928, es una monografía llamada a tener amplia resonancia y lo sitúa de golpe entre los primeros especialistas de derecho monetario. Sobre la misma materia volvió en su poderoso volumen *«Le obbligazioni pecuniarie»*, 1959, en el *«Comentarii de Scialoja-Branca. «Arbitri ed arbitrator»* aparece en la *«Riv. dir. proc. civ.»*, 1929. El importante estudio sobre *«Il negozio indiretto»*, de amplísima repercusión, incluso en la jurisprudencia, fué primeramente leído con proluación en la Universidad de Catania y después incluido en los *«Studi in onore di Cesare Vivante»*. Sus famosos *«Appunti di diritto commerciale»* aparecieron primeramente en tres volúmenes, siendo refundidos después en sus *«Istituzioni di diritto commerciale»* (1930). *«Il concetto di titolo di credito»* apareció en varios fascículos de la *«Riv. dir. comm.»* durante el año 1932, y al año siguiente se publican las *«Note preliminari sulle intese industriali, cartelli e consorzi»*, ampliadas y refundidas después, en 1936, en los *«Consorzi volontari fra imprenditori»*. En el *«Nuovo Digesto italiano»* firma las veces *«Assegno»*, *«Cambiale»*, *«Titolo di credito»*.

En Brasil aparecieron *«Lucros extraordinarios e imposto de renda»*, Sao Paulo, 1944; *«Problemas das sociedades anonimas e direito comparado»*, Sao Paulo, 1945; *«Panorama do direito commercial»*, Sao Paulo, 1947. La *«Teoria general dos titulos de credito»*, Sao Paulo, 1943, es una traducción de sus artículos sobre el concepto de crédito, y hay también traducción portuguesa, Sao Paulo, 1952, de su penetrante *«Sguardo sul Brasile»*. Es casi imposible, y aquí sería además inoportuno, intentar una relación completa de sus numerosísimos trabajos aparecidos en muy diversas publicaciones, gran parte de los cuales fueron recopilados en *«Saggi giuridici»*, 1949; *«Studi in tema di contratti»*, *«Studi giuridici in tema di moneta»*, *«Studi in tema di società»*, *«Studi in tema di interpretazione e di diritto comparato»*, todos ellos publicados en 1952 por Giuffrè, editor también a fines de 1953, de los dos volúmenes de *«Problemi giuridici»*, distribuídos después de la muerte de su autor.

Paralelamente, su carrera universitaria, iniciada jovencísimo, a los veintidós años, en que obtuvo por encargo la Cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de Ferrara, que ocupó en propiedad sólo dos años más tarde, en 1926, y después las de Cagliari, Catania, Padova, Bologna en 1935, año en que tuvo que expatriarse a causa de la campaña racial, que le llevó algún tiempo a Londres, después a París, hasta 1940, pasando después, no sin privaciones, a Brasil, en donde la Universidad de San Pablo le ofreció una cátedra y tuvo ocasión de ejercer provechosamente la profesión. Terminada la guerra no dudó en abandonar su importante despacho profesional para reintegrarse a su cátedra boloñesa, en donde tuvo el privilegio de contarle entre mis maestros. En 1953 pasó a ocupar la Cátedra de Derecho industrial de la Universidad de Roma, en donde este mismo año había tenido la satisfacción de verse asignada la Cátedra de Derecho mercantil que había sido de su maestro Cesare Vivante y que Asquini había dejado libre por jubilación. El propio Asquini nos ha referido los propósitos que le animaban, todavía ignorante del mal inexorable que lo minaba, para los veinte años de actividad universitaria que presumía tener todavía ante sí.

Conoció también la atracción de la política activa; formó parte de los «Amici de il Mondo», tomando parte en los diversos importantes congresos promovidos por este grupo y por el de «Il Diritto dell'economia»; socio correspondiente de la Accademia dei Lincei, formaba parte estos últimos años de la Comisión de recursos en materia de patentes, dedicando gran parte de actividad a la redacción de sentencias, y de diversas comisiones, mostrándose especialmente interesado en la problemática de los monopolios, de las sociedades anónimas y de la energía nuclear, participando, además, entre otras muchas, en las tareas del Instituto para la unificación del Derecho privado, en Roma, y del Comité monetario europeo.

Doctor *honoris causa* por las Universidades de San Pablo, Porto Alegre, Río y de Santiago de Chile, debíasele conferir este año también la de la Universidad Libre de Bruselas. Conferenciante en México (1946), en Santiago de Chile (1954), en Luxemburgo (1958) y en Lisboa (1959); en 1960 debía volver a México y visitar Madrid.

Su nombre aparece unido al de las más prestigiosas revistas jurídicas italianas y, sobre todo, al «Foro Italiano», al que le llevó jovencísimo V. Scialoja; a la «Rivista di Diritto commerciale», en que encontramos su nombre casi ininterrumpidamente por espacio de treinta y cinco años; a «Banca, Borsa e Titoli di Credito»; a la «Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura civile», de la que fué uno de sus primeros directores; más recientemente en «Il Diritto dell'economia», y sobre todo, a partir de 1956, a la magnífica «Rivista delle società», creatura suya y que lleva en todos los fascículos la impronta inconfundible de la personalidad de su fundador y director, precioso instrumento de estudio y de difusión de sus sugestivos puntos de vista en este fundamental sector del Derecho de la economía de nuestros tiempos.

Era también uno de los directores científicos de la cuidada «Enciclopedia del Diritto», de la que ya van publicados cuatro volúmenes por la

Importante casa Editorial Giuffrè, de Milán, con la que mantuvo estrechos vínculos de colaboración científica y que publicó la casi totalidad de sus obras.

Entre los proyectos que no ha podido ver realizados figura el de una revista periódica con el título de «Problemi di Diritto comparato», cuyas líneas fundamentales habíamos trazado, juntamente con los colegas Gorla y Sereni, y la puesta en marcha del «Istituto de Derecho privado comparato», en Roma, para el que estaba formando una riquísima y selecta biblioteca.

Discípulo de V. Scialoja, C. Vivante y P. Bonfante en la Facultad de Derecho de su Roma natal, adquirió de sus maestros, que lo tuvieron como discípulo predilecto, su interés por los problemas filosóficos, históricos y económicos, además de puramente jurídicos, que no había de abandonar hasta su muerte, completados con un profundo conocimiento de ambientes muy diversos y que había de facilitarle una amplia utilización del método comparativo.

El clima en que se desarrollaba la ciencia jurídica italiana, especialmente a partir de la decisiva contribución de Vivante, en el que se insertó su juvenil afán renovador nos ha sido referido por el propio Ascarelli en un estudio póstumo, en el que quiso rendir homenaje al pensamiento y a la obra de F. Carnelutti.

El derecho, producto de una elaboración espontánea y colectiva, fruto de la práctica de los negocios, es considerado como sistematización de las reglas de juego, orientándose la obra del jurista en el sentido de organización y sistematización de normas y enunciación de principios generales en función de la exigencias del desarrollo económico del país en un clima de liberalismo.

En el campo metodológico ello debía traducirse necesariamente en una vuelta a los hechos, expresada en la convicción de que el derecho debería ser el querido por la colectividad y el exigido por el desarrollo del país.

Es el criterio traducido en programa de la importante «Rivista di Diritto commerciale», nacida con el afán de contribuir a la elaboración de un Derecho mercantil nacional, en el cuadro de una colaboración internacional, utilizando las experiencias extranjeras y teniendo en cuenta las «frescas corrientes de la vida», todo ello con el propósito de conquistar principios generales con un «esfuerzo de construcción sistemática fundada sobre la experiencia».

Esta orientación había de llevar necesariamente por un lado al análisis de instituciones y de prácticas ignoradas por el legislador, por otra a una nueva lectura de los textos legislativos, a la vez que la aspiración a la unificación del Derecho privado se traducía constructivamente en la tendencia a una consideración unitaria de los problemas del derecho de las obligaciones.

Y mientras el deseo de adquirir una mayor consciencia del desarrollo del Derecho mercantil, buscando «en la intimidad de la historia, el sistema del derecho vigente», llevaba a los «estudios de Historia del Derecho mercantil el ansia de seguir el desarrollo de la economía y de elaborar un derecho que fuese su instrumento, multiplicaba los estudios sobre los

nuevos fenómenos que la práctica iba poniendo al descubierto. Estamos, inútil es recordarlo, en una atmósfera típicamente «vivantiana», lejana a la postura tradicional exegética de un Supino o un Manara, puesta al servicio de la construcción del derecho más consciente a las necesidades de la nueva economía y de la nueva sociedad, y que debe a sus contactos con la jurisprudencia conceptual alemana, sobre todo en la generación sucesiva, por influjo de Rocco, una mayor riqueza y precisión en el instrumental técnico utilizado.

Es el clima propicio para que empresas de media magnitud vivan y prosperen bajo el imperio de la ley de la oferta y la demanda, que una difusa confianza en la iniciativa privada, considera como la más adecuada para el progreso económico.

La obra de Ascarelli parte de estas premisas vivantianas, pero representa sobre todo un ejemplar esfuerzo de adecuación a una realidad sustancialmente diversa que está conociendo las profundas transformaciones económicas y sociales propias de la transición hacia las formaciones mono, polísticas y oligopolísticas, de las potentes concentraciones de poder económico, propias de un capitalismo avanzado, de la creciente utilización de las nuevas y poderosas fuentes de energía, de la más exacta conciencia del alcance político de las soluciones jurídicas. En este sentido, la obra de Ascarelli puede afirmarse es una continuación, a la vez que una superación dentro de la trayectoria vivantiana. O, si se prefiere, la metodología vivantiana sometida al duro banco de prueba de un substrato económico esencialmente evolucionado, casi imprevisiblemente.

Toda la obra de Ascarelli está transida de preocupaciones metodológicas; el rasgo más saliente de su vasta producción, presente hasta en sus últimas páginas, en las que se reafirma su carácter instrumental, rechazando su directa adhesión a la jurisprudencia conceptual o a la de los intereses, y apuntando la necesidad de adquirir conciencia en la solución de los problemas de las valoraciones en que el intérprete se apoya.

Frente al marcado agnosticismo del mundo jurídico de su época, Ascarelli subraya constantemente los presupuestos ideológico-valorativos que condicionan la obra del jurista. Las diversas corrientes metodológicas—jurisprudencia conceptual o jurisprudencia de intereses, para citar las más conocidas—no son contrapuestas con métodos buenos o malos y tanto menos como genéricamente lógicos o equitativos, presentándose como el reflejo natural de diversas orientaciones o de diversas concepciones del Estado y de la sociedad, traducidas en técnicas interpretativas diversas y no en una diversa naturaleza de la interpretación, en cuanto en todas encontramos tanto la aplicación de la lógica como el peso de las valoraciones del intérprete y cuya diversidad está en la diferencia de las valoraciones generales de que derivan.

La postura metodológica de Ascarelli podría calificarse de anticonceptualista y antiformalista, postura que hay que valorar teniendo en cuenta el ambiente muy poco propenso a las innovaciones—con una cierta propensión hacia el método causal y teleológico—. Ascarelli, ya en uno de sus

viejos ensayos, al poner de relieve el contraste entre las tendencias exegéticas o lógico-dogmáticas y las tendencias sociológicas, apuntaba que las construcciones lógico-jurídicas son necesarias e instrumentales, un instrumento curístico insustituible, al servicio de la continuidad del derecho, de la certeza y de la uniformidad de su aplicación; pero consideraba un error del jurista la identificación de su tarea con la «teoría pura del derecho», poniendo, en cambio, el acento sobre el aspecto funcional de la norma con evidente matiz historicista. Quiere encontrar un criterio válido para los juristas y otro para los filósofos del derecho, pero los puntos de vista exegético-dogmático e histórico-filosófico, aunque no son incompatibles, suponen necesariamente una doble valoración y una doble solución de algunos problemas. Por ello, nos ha hablado del sistema de la «doble verdad», en un ensayo publicado en 1925 y mucho más recientemente recordaba que «non dovremo stare incondizionatamente da nessuna parte, nemmeno da quella che ci illudiano sia la nostra».

La preocupación metodológica está presente, aflora constantemente en su extensa problemática hasta el punto de que en muchísimos casos sus trabajos se nos aparecen más bien como ejemplificaciones con casos vivos de la práctica, de su personal postura metodológica: la suya es la experiencia de un jurista que siente la necesidad de superar los estrechos límites dentro de los que tradicionalmente ventan moviéndose la doctrina jurídico positiva, agnóstica, lejana de la práctica, como temiendo ver contaminada la pureza de sus construcciones de laboratorio jurídico. Ascarelli prefiere hablarnos de la tensión que siempre se tiende a componer entre la regla observada y la norma dictada, entre ésta y las convicciones del intérprete, que él ha reevocado poéticamente en el eterno diálogo de Antígona y Creonte de la tragedia de Sófocles. En el diálogo de la misma evolución del derecho, conflicto que permanentemente se plantea y análogamente se resuelve en el triunfante sacrificio de Antígona—que representa el triunfo revolucionario de una nueva valoración—y con la sutileza interpretativa de Porcia.

El fácil seguir la evolución de esta fundamental preocupación metodológica, evidente a los largo y a lo ancho de su obra, en la que se vuelve como un ritornello sobre los grandes y más vivos problemas de la ciencia jurídica contemporánea, siempre en una posición de vanguardia, de pionero, en recorrido de descubierta de campos ignorados todavía por el legislador; de captador de nuevas problemáticas que su fino instinto le señalaban como destinadas en el futuro a tener consecuencias y desarrollos todavía insospechados para la mayoría. Y de ahí sus esfuerzos para elaborar los instrumentos más aptos para las nuevas realidades, para tratar y explicar científicamente los nuevos fenómenos. Su construcción del negocio indirecto, aplicado sobre todo en el campo de las sociedades, después en otros sectores y sancionado ampliamente por la casación, puede ser un ejemplo del éxito de muchas de sus intuiciones.

Podría hablarse, en suma, de Ascarelli o la preocupación metodológica. Muy recientemente proponía, incluso polémicamente, la utilización de me-

todología y fuentes como elementos básicos para una clasificación de los sistemas jurídicos.

En el campo de la aplicación del derecho, uno de los aspectos más interesantes de la obra de Ascarelli es sin duda el que denomina momento de la «reconstrucción tipológica de la realidad», quizá no suficientemente desarrollada e identificada a veces indebidamente como supuesto de hecho, que responde a preocupaciones diversas y, por lo tanto, poco útiles para la inteligencia de la primera. Es un planteamiento que hay que encuadrar dentro de la orientación antiformalista, introducida en Italia, sobre todo por obra de los filósofos del derecho, con ecos de la cultura filosófica anglosajona, de la llamada jurisprudencia sociológica.

La consideración de la realidad económica pasa, en la obra de Ascarelli, a un primer plano. Por demás significativa es su afirmación, que supone sobre todo una determinación de acento, de que es función del jurista más que el estudio de la norma en función de la realidad, un estudio de la realidad en función de la norma. El estudio de los hechos por sí solo no es suficiente en cuanto de éstos no resulta nunca una valoración normativa, pero es indispensable en cuanto la norma jurídica será tanto más eficiente cuanto más fácil sea tal reconstrucción e identificación.

El jurista debe proceder al análisis no sólo lógico-estructural de la definición normativa, sino también al análisis funcional de la institución; esto es, a la función efectiva de la institución en la realidad histórica que Ascarelli, usando un adjetivo de Machiavello, solía denominar realidad «effettuale», realidad efectiva. El jurista no debe pararse en el momento normativo, estático o estructural de la institución, debiendo acompañarla también en su trayectoria histórico-sociológica, analizando la función que la institución cumple en la realidad de los hechos en un momento histórico concreto, en cada «circunstancia» que le haya tocado vivir y que puede ser diversa (por muchos motivos) de la que el legislador había podido imaginar.

Es una idea fundamental en la obra de Ascarelli la de que no es posible comprender una institución jurídica sin darse cuenta de la función que está destinada a cumplir, ni valorarla críticamente sin captar la función efectivamente realizada. Y un exacto conocimiento de la realidad efectiva no puede derivar solamente de la jurisprudencia, que ofrece un cuadro deformado de la misma, en cuanto no ofrece ningún indicio ni de su frecuencia ni de su funcionamiento fisiológico y, sobre todo, porque las instituciones debidas a la transformación de nuestra economía no tienen un reflejo en la jurisprudencia en cuanto dan lugar a un índice de litigiosidad bajísimo, que ha marchado en razón inversa del proceso de industrialización, como ha sido ilustrado por el propio Ascarelli con interesantes datos estadísticos. Se hacen transigibles cuestiones de interés y cesan de ser intransigibles cuestiones de prestigio, y por ello el examen exclusivo de la jurisprudencia no puede dar un cuadro de la realidad de la vida jurídica del país, a menos que nos contentemos con un cuadro incompleto y deformado.

No es el momento todavía, y deberá probablemente pasar mucho tiempo, para que podamos hacer un balance de una gran obra que seguirá ciertamente polarizando el interés, sobre todo de las jóvenes generaciones a las que tan próximo vivió. Queden estas breves páginas tan sólo como testimonio de nuestra devoción y de nuestro conmovido recuerdo hacia quien, siendo maestro, supo también ser amigo.

EVELIO VERDERA