

## BIBLIOGRAFIA

familia medieval para detenerse en el análisis de determinados problemas consustanciales con la institución en su aspecto patrimonial o económico durante los siglos XII y XIII, manejando abundantemente la literatura jurídica y los estatutos de las ciudades italianas. Esos problemas o aspectos de la familia a los que el autor dedica su atención son, como es lógico, las donaciones del marido a la mujer (caps. I, II y VIII), la dote (caps. III, V, VI y VII) y los bienes parafernales (cap. IV). Caracteriza la obra como hemos dictado más arriba la utilización exhaustiva de las obras jurídicas doctrinales, muy olvidadas hasta ahora, en las que el autor busca el planteamiento de nuevas cuestiones (cfr. el índice de fuentes en págs. 262-274).

Sin embargo, si esa es una característica a tener en cuenta, la obra supone, a nuestro entender, una valiosa aportación a la historia de la familia medieval en cuanto interpreta de una manera original las transformaciones que la institución experimenta en los siglos XII y XIII. La evolución de la familia en estos siglos había sido explicada por la historiografía tradicional en función del renacimiento del Derecho romano, según unos (A. Pertile, G. Salvioli, A. Solmi, P. S. Leicht, E. Besta, M. Roberti, P. Torelli), y del florecimiento de los Derechos municipales, según otros (Brandileone). En cambio, Bellomo la interpreta como consecuencia inmediata del papel político y económico desempeñado por la familia como grupo social en la vida del "Comune" o del "Popolo"; por ello —añade el autor— a medida que la familia en los siglos XII y XIII interviene más y más en la vida pública, más se enriquecen de un contenido de Derecho público los problemas y las soluciones relativas a las relaciones patrimoniales de los cónyuges. La participación de la familia en la vida política determina que el varón pueda disponer plenamente de su propio patrimonio y que se le confie además una amplia y libre administración de los bienes de la mujer. La supresión de la *quarta*, la *tertia*, la *donatio propter nuptias*, es decir, la supresión de las aportaciones maritales que atribuían un derecho de propiedad (o de copropiedad) en favor de la mujer, o la simple reducción de dichas aportaciones que en este caso ven modificada su primitiva naturaleza

jurídica en el sentido de que ahora sólo confieren a la mujer un derecho de crédito sobre todos o parte de los bienes del marido y no un derecho real sobre los mismos, son, entre otras varias, las situaciones a que el autor se refiere como medios puestos en juego para alcanzar aquel resultado. La preferencia de la *dos aestimata* sobre la *inaestimata* se justifica precisamente porque asegura al marido, sin duda alguna, el *dominium rerum dotarium* y una amplia facultad para disponer de ellos.

Tesis original como podrá observarse, que sólo encuentra leves precedentes en la obra de E. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Padua, 1933, pero también un punto de vista parcial y restringido en principio, aunque el autor no deja de valorar en cada supuesto la influencia de las antiguas normas romanas en la evolución que la familia sufre en los siglos indicados. En todo caso se anota la fidelidad del autor a la concepción de la Historia del Derecho italiano como el proceso de transformación interna del Derecho romano.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

ANTONIUS AB ASCOLI PICENO, *De patria potestate in iure naturali*, sep. de «Laurentianum», I, fasc. 3, págs. 273-314, Roma, 1960.

No es frecuente la publicación de estudios monográficos de derecho natural. Salvo en ejercicios académicos, los problemas concretos de índole iusnaturalista gozan de escaso favor por parte de los autores. Tal vez se les considere agotados y, dentro de una metodología puramente racionalista, esa opinión tiene su peso. Quizá la mayor flexibilidad con que hoy día se entiende el derecho natural aleje los ensayos de construcción dogmática. Tampoco puede olvidarse el recelo, perceptible en no pocos juristas, ante cualquier monografía de este género: ¿se tratará, realmente, de una deducción rigurosa de principios de orden natural, válidos de por sí? ¿no será, más bien, una inducción obtenida a la vista de los derechos positivos —o de un grupo de ordenamientos análogos— que se hace valer como principios universales, apoyados en la idea de ley natural?

Antonio de Ascoli Piceno ha corrido esos riesgos elaborando una breve y substancial monografía sobre la patria potestad en derecho natural. Su esquema metódico se inspira en una línea racionalista, pero, como es natural, suavizada por influencias diversas. Por un lado, de la teología dogmática y moral que, en este tema han establecido principios incuestionables que exceden del orden jurídico natural. Por otro se nota el influjo del derecho positivo de carácter occidental que le lleva a considerar como elementos "per accidens" —y por tanto no atendibles al juzgar una institución natural— los datos diversos de otras legislaciones y culturas.

Para encuadrar el concepto de patria potestad, el A. parte de la noción de sociedad parental, extensión y complemento de la conyugal. Siendo aquélla una "coniunctio plurium personarum, quae ab ipsa natura sociatae sunt educationis causa", la patria potestad será el conjunto de derechos con que los padres "ad finem educationis instructi sunt" (pág. 274). Esa potestad es unitaria en sí, en su origen y en su fin, pero no obstante se diversifica en una pluralidad de funciones —educacional, representativa, patrimonial— que pueden existir separadamente. Y al mismo tiempo, por su carácter social ordenado al bien común, es una institución que no contempla única y exclusivamente el bien de los hijos sino también el de los padres, en la medida en que la prole es una cierta perpetuación de la vida de los padres en el tiempo. "Patria potestas igitur primarie ordinatur ad bonum prolis, secundarie vero etiam ad commodum parentum" (pág. 275).

Sin embargo, deben establecerse algunas distinciones. Por de pronto, a pesar de la estrecha relación que tiene con la sociedad conyugal —que es un presupuesto— la patria potestad difiere de la autoridad marital. Esta reside en el varón y es perpetua, se ejerce sobre la persona física de la mujer y mira el bien conyugal en cuanto tal. Por el contrario, la patria potestad reside en ambos padres y es temporal, ejerciéndose sobre los hijos y para el bien de cada uno de ellos. Y del mismo modo, también hay que distinguir la patria potestad de la autoridad doméstica del pater familias. Aquélla es una "potestas in filium", perteneciente al

derecho individual y contemplando el bien de cada hijo. Por el contrario, la autoridad doméstica se refiere a la familia en cuanto constituye un cuerpo, pertenece al derecho social y surge en virtud de la convivencia bajo el mismo techo.

Para el A., la patria potestad es una necesidad que procede de la naturaleza social de la familia y del deber educativo que la ley natural impone a los padres respecto a los hijos. Si esa autoridad no existiera, si los hijos no dependieran de la voluntad de los padres quedarían privados del máximo bien de la educación, exponiéndose a decepciones, al mismo tiempo que el deber de los padres se tornaría imposible de realizar. El mismo orden de la familia exige también esa autoridad.

Una especial atención le merece el fundamento de la patria potestad. Rechazando la tesis de la "ocupación" de los hijos, mantenida por Hobbes, y la teoría contractual de Pufendorf, así como la doctrina totalitaria que niega el derecho natural de los padres, el A. encuentra un doble fundamento en el orden de la naturaleza. Como fundamento remoto se establece el "factum generationis", siendo fundamento próximo el deber de educación, entendida ésta en su más lato sentido. Cabe también hablar de una sumisión a la autoridad paterna en la medida en que los hijos nacen en el seno de la sociedad familiar, pero en ningún caso la excelencia de los padres o el bien que hacen a su prole pueden constituir un título jurídico de autoridad. Objeto pasivo de esa potestad jurídica —que es un derecho y un deber de los padres— son los hijos que, en correspondencia, tienen un deber de obedecer, de piedad filial de gratitud, etc.

El conjunto de derechos y deberes que integran la patria potestad versa sobre la educación, es decir sobre la "sedula ac perfecta subministratio omnium bonorum, quae ad vitam liberorum physicam, intellectualem ac religiosam et morem recte explicandam necessaria sunt" (pág. 288). Este deber educativo procede por naturaleza del hecho de la generación y de la subsiguiente incapacidad del hijo para valerse por sí propio. Por eso existe también en el caso de los hijos ilegítimos, ya que la patria potestad no deriva propiamente del matrimonio aunque "pa-

## BIBLIOGRAFIA

rentes iuncti, vi ipsius vinculi matrimonialis, speciali titulo hoc ius et obligationem contrahunt" (pág. 290). Pero en cualquier caso los padres pueden ceder a otros, total o parcialmente, el ejercicio de esas funciones sin que esto implique el derecho de nadie a emancipar a los hijos del influjo de los padres.

A ese estricto deber natural de educación corresponde, también en el orden natural, un derecho, de tal modo que ese derecho y ese deber se convierten entre sí. En este punto "iuri parentum iuridica obligatio in alios respondet obsequendi", mientras que el reconocimiento en los hijos de un derecho correlativo al deber de los padres es materia discutida. Para el A., en general no hay relaciones en justicia entre padres e hijos por falta de "alteridad", ya que "quamquam personae physicae distinctae, moraliter vero una persona, unum subiectum iuris" (pág. 291). No obstante, si se consideran distintos los padres y los hijos no habría razón para excluir entre ellos relaciones de justicia, aunque "in concreto quae sint relationes vere iuridicae, quae vera non iuridicae vix determinare possunt" (pág. 292).

Por lo que se refiere a la exclusividad del derecho de educar, en el orden natural nadie más que los padres puede reivindicarlo, pero sólo "in quantum hoc ius seiunctum est ab ordine supernaturali superaddito iuris divini positivi" (pág. 292). De ahí que la sociedad civil no pueda reclamar ese derecho ni sea posible considerar la función educacional de los padres como una función que se ejerce respecto a los hijos como miembros de la sociedad civil y no de la familia. Para el A., el hijo en cuanto está bajo la patria potestad "societati coniungitur non per se et immediate, sed vi familiae, cuius est pars; per eandem vero familiam societates ipsi tutelam impartitur, usque dum, vinculo patriae potestatis per emancipationem soluto, directe et per se ut homo individuus societati coniungitur" (págs. 293-294). Al Estado, pues, apenas le cabe un derecho delegado por los padres o un derecho supletorio de las insuficiencias familiares.

Sin embargo, en el orden del derecho divino positivo las cosas son diferentes. En él los padres, por la celebración del matrimonio, reciben de la Iglesia el mandato de educar a los hijos de acuerdo con

el fin sobrenatural y, por eso, "dicuntur et revera sunt mandatarii Ecclesiae in ministerium suum exequendum" (pág. 295). No obstante, como la gracia no destruye la naturaleza, el derecho natural de los padres no queda suprimido por ese derecho sobrenatural de la Iglesia sino que lo supone y lo dirige a un fin superior. Y para ello existen dos títulos fundamentales: el mandato general recibido de Cristo (Mt 28, 18-20) y la maternidad sobrenatural de la Iglesia que llega hasta el extremo de poder bautizar a los hijos de los infieles, incluso contra la voluntad de los padres (págs. 297-307).

Siendo la educación de la prole el fin de la patria potestad, su extensión sólo alcanzará a las cosas necesarias a esa educación. De ahí que sea máxima en la infancia y disminuya a lo largo del crecimiento. ¿Se extiende a la elección de estado? En la elección del estado clerical el hijo es libre de la patria potestad ya que, si por derecho natural no lo fuera, el CIC lo contaría como impedimento dirimente. Y lo mismo puede decirse sobre el estado religioso, al igual que con respecto al matrimonio, ya que para su validez no se exige el consentimiento de los padres.

Finalmente la patria potestad se extingue al alcanzarse la mayoría de edad —que la naturaleza no determina con precisión—, por elección de estado de vida, muerte de los padres o de los hijos y por privación de la autoridad parental.

Tal es, en sus líneas generales, el contenido de la monografía de Antonio de Ascoli Piceno. La simple enumeración de los problemas abordados manifiesta el interés del trabajo y el mérito de una visión de conjunto, no fácil de encontrar. Todo ello elaborado con sobriedad y concisión.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, pueden hacerse algunos reparos. ¿Puede decirse que la educación —aunque sea en sentido amplio— es el único fin de la patria potestad, hasta el punto de que los actos que no se refieran a ella están excluidos de la potestad de los padres? De ser así no cabría hablar de problemas de capacidad del menor y entonces no se ve bien cómo puede considerarse a los padres y al hijo como un único sujeto de derecho (pág. 291), ni cómo

puede ponerse en duda la existencia de relaciones de justicia entre ellos.

Del mismo modo cabe hacer objeciones a la noción de la patria potestad como un "ius individuale", frente a la potestad del paterfamilias considerada como perteneciente al "ius sociale" (pág. 277). Y algo semejante puede decirse del "commodum parentum" como fin, aunque secundario, de la patria potestad. Tal vez sea una preocupación excesiva de distinguir con base en conceptos generales y una cierta resistencia a abandonar posiciones ya sobrepasadas en favor de la potestad de los padres.

Por lo demás, ¿puede decirse, con rigor jurídico, que los padres son "mandatarios" de la Iglesia para la educación de los hijos y que al mismo tiempo conservan totalmente el derecho natural de educación? Trátase de una idea que precisa matizarse. Y en el caso de los hijos ilegítimos, ¿sólo se da el derecho natural de educación, si las motivaciones de orden sobrenatural proceden únicamente del matrimonio?

Estas observaciones muestran la peculiar dificultad de los problemas iusnaturalísticos. En ellos es difícil mantener el rigor de la distinción entre el derecho y la moral, tanto más que en los iusnaturalistas no es raro que la moral invada el terreno de lo jurídico. Como es difícil una construcción de derecho natural que sea racionalmente lógica y "naturalmente" válida, sin una previa toma de posición sobre la naturaleza humana y sus vertientes jurídicas, así como sobre las relaciones y la distinción entre el orden natural y el sobrenatural. Se trata, sin duda, de problemas de método a que el A. no está obligado y que, de hecho, no desmerecen esta clásica, bien ordenada e interesante monografía sobre la patria potestad. Son precisamente esas cualidades las que sirven de estímulo para buscar una perspectiva más amplia del problema.

JAVIER DE AYALA

PIER LUIGI ZAMPETTI, *Il problema della giustizia nel protestantesimo tedesco contemporaneo*, I vol. de 150 págs., Milano, Edit. Giuffrè, 1962.

He aquí una nueva obra del Prof. Zam-

petti, aparecida en estas semanas, que puede considerarse en la misma línea de pensamiento que ha inspirado sus anteriores investigaciones filosófico-jurídicas (Cfr. "Il problema della conoscenza giuridica", Milano, 1953).

Preocupado desde hace años por el problema de la historicidad del Derecho —con demasiado frecuencia menospreciada por el abstracto esquematismo de ciertas "metafísicas" al uso— aborda el denso estudio que comentamos, el tema de la justicia en aquella teología protestante de nuestros días —llamada comunemente dialéctica—, que ha planteado en toda su crudeza la necesidad de informar el ritmo histórico de la sociedad humana con valores de justicia.

Es vastísima la literatura protestante sobre el tema. La tragedia del pueblo alemán que siguió a la experiencia del Estado "nazi", absolutista y tiránico, instigó la acuciante necesidad, ya antes sentida, de superar el positivismo jurídico a la sazón dominante mediante una valoración personal de las normas; es decir, mediante una fundamentación valorativa, tanto de la obligación del individuo respecto de la autoridad, como del ejercicio mismo de la función legislativa. De ahí también el florecimiento de los estudios sobre los fundamentos de un posible Derecho natural (Cfr. Erik Wolf: "Das problem des Naturrechtslehre", recientemente traducido al castellano). Por otra parte, en el congreso protestante de Treysa, de 1950, fue planteada expresamente la cuestión, en términos típicamente reformistas. "¿Qué puede decir la Iglesia, sobre el fundamento de la Biblia, a propósito de la reconstrucción del Derecho humano?".

Tal planteamiento era el único posible en el ámbito cultural del actual protestantismo alemán, que ha vuelto a las primitivas posiciones de Lutero y de Calvino. Estamos lejos de aquel racionalismo protestante de la Ilustración, entretenido en construir exhaustivos códigos de los derechos naturales del hombre particularizados hasta lo inverosímil. La respuesta a aquellas interrogantes no podría ser deducida, en estas modernas corrientes protestantes, del examen de la naturaleza humana que —estando intrínsecamente corrompida— invalidaría de raíz todo intento de solución racional. El puesto de la razón —"prostituta del diablo", al de-