

DR 29 726

La legislación española queda claro que la mujer es madre, es la madre quien ha parido al hijo, ¿no? Por supuesto. Entonces, lo que es en relación a la paternidad, ¿cómo se regula en la ley la determinación de esta paternidad? Vamos a hacer un poco de historia respecto a la determinación de la paternidad. Como ustedes saben, hasta la Constitución de 1978, la determinación de la paternidad en nuestro Código Civil se basaba en el principio de que pater es cual nuncia de motra, lo que es lo mismo.

De tal manera que el marido es el padre del niño. Y solo podía destruir la presunción de paternidad si probaba que en el momento de la concepción existía imposibilidad de acceso carnal. Sin embargo, la Constitución dio un giro copernicano en este aspecto al admitir la investigación de la paternidad.

Así lo proclama su artículo 39.2. Constitucionalizando así la verdad biológica, la permisión de la investigación de la paternidad en contra del sistema implantado por los redactores del Código Civil, tiende a que el padre legal coincida con el biológico, o mejor dicho, a que el padre biológico sea el padre legal, con independencia del vínculo matrimonial o a pesar del vínculo matrimonial. Sustituyendo de esta manera el criterio que venía imperando, expresado ahora en la regla de pater es cuansangui, demuestra. La reforma del Código Civil en materia de derechos de familia por la ley 11-1981, de 13 de mayo, siguiendo el mandato constitucional, admite la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas en la biológica.

Así se dispone en el artículo 127 del Código Civil. Y cuando todo parecía indicar que se había dado un paso adelante en el tema de filiación, deseado por un amplio sector de la sociedad y del mundo científico, los avances de la ingeniería genética han determinado el fenómeno jurídico de que en pocos años la nueva ordenación, sin duda avanzada, de la filiación quede superada y en parte obsoleta por resultar insuficiente para afrontar los problemas de carácter jurídico derivados de las técnicas de reproducción asistidas. Los principios inspiradores de la nueva regulación de la filiación en la Constitución y en consecuencia en el Código Civil es verdad que parecen pensados principalmente para la procreación natural, aunque según la Constitución, como hemos apuntado, prima la verdad biológica en la determinación de la filiación.

Creemos que esto no impide que las técnicas de reproducción asistida se inspiren en otros principios que, sin ser contrarios a aquellos, traten de dar soluciones a materia no regulada en la reforma del derecho de familia de 1981. Partiendo de presupuestos fácticos no previstos en esta reforma, las soluciones no tienen por qué someterse a criterios o principios ordenados para otros hechos y a otra realidad sociológica. Coincide, en todo caso, la Ley 19.81 con la Ley 35.88 en estar inspirada en orden a la filiación, en situar en primer plano el interés de los menores como el interés más digno de protección jurídica, aunque las vías sean distintas.

Me parece que he dicho la Ley 19.81 y es la Ley 11.81, para que lo tengan en cuenta. El problema incide con más agresividad en la fecundación heteróloga in vivo o in vitro, porque en ella se reconoce como padre legal al que no es progenitor, es decir, a quien no es padre biológico. La regulación de la determinación de la paternidad en las técnicas de reproducción asistida parece que tiene como base la vieja regla pater-esco-anuntia-demostra, es decir, se presume padre el marido de la madre, prohibiendo, además, a ambos cónyuges impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida, si previa y expresamente han prestado su consentimiento.

Lo más importante para determinar la paternidad en las técnicas de reproducción asistida es el consentimiento. El criterio que delimita la paternidad es que el marido o el conviviente, antes de la aplicación de las técnicas, preste su consentimiento. Si hay consentimiento, pues esa persona que ha prestado el consentimiento será el padre del hijo.

Si no hay consentimiento, incluso en los casos de existencia de matrimonio, el marido podrá impugnar el hijo tenido por su mujer por estas técnicas cuando el donante sea una tercera persona. O sea que el criterio delimitador en este caso para la determinación de la paternidad es el consentimiento prestado bien por el marido, porque se permiten las técnicas tanto en casos de matrimonio como en las relaciones morosorios, es decir, de convivencia, simplemente cuando haya prestado el conviviente el consentimiento. En este segundo caso, si el conviviente no presta el consentimiento, pues nunca podrá reconocer al hijo tenido con su pareja, porque ese hijo solo tendrá madre y nunca podrá determinarse la paternidad.

Pues con esta intervención suya, aunque haya sido breve, nos ha quedado yo creo muy claro cómo se determina la maternidad y la paternidad con las técnicas de reproducción asistida. Muchísimas gracias, profesora Díaz Zambrana. Buenas noches, muchas gracias.

En los últimos minutos de la revista de Derecho, el profesor emérito don Antonio Fernández Caliano va a realizar un desarrollo histórico de la filosofía jurídica. Ya en la época presocrática se encuentran algunas reflexiones filosóficas que intentan dar una explicación de las leyes y de la justicia. Les dejamos con el profesor Fernández Caliano.

Buenas noches. Buenas noches. Vamos hoy a exponer el tema que tiene como epígrafe general desarrollo histórico de la filosofía jurídica.

Es decir, que vamos a tratar de cómo se ha manifestado el pensamiento filosófico en torno al derecho a lo largo de la historia. Y claro, como en todo desarrollo histórico, hemos de comenzar por determinar el momento inicial. ¿Cuándo empieza este desarrollo histórico de la filosofía jurídica? Claro, por lo pronto hay un dato de absoluta evidencia y que sólo enunciarlo parece una auténtica peroglubiada.

A saber, que no pudo darse una reflexión filosófica mientras no existió la filosofía. Esta es una afirmación que, como es lógico, nadie puede ni siquiera poner en duda. Pero es verdad, y por consiguiente nos retrotrae esa afirmación, nos retrotrae el problema al origen mismo del

pensar filosófico.

¿Cuándo comenzó la filosofía? Y por consiguiente, ¿cuándo se hizo posible el inicio de la reflexión filosófica sobre el derecho? Los hombres estamos dotados de una psicología que es reacia a la duda. Nosotros queremos siempre tener seguridades, queremos obtener, en definitiva, respuestas a los interrogantes. Y la humanidad, en un principio, cuando contemplaba el mundo que la rodeaba, se encontró con que ese mundo era un mundo de misterios, un mundo de problemas no resueltos, un mundo de preguntas no contestadas.

Y llevado de esa necesidad de una seguridad, de obtener una respuesta, el hombre se la dio a sí mismo, invocando, en definitiva, invocando la existencia de unas realidades superiores, unas deidades, unos dioses, que eran los que explicarían el porqué del mundo y cómo el mundo era así. Había un dios de las tormentas, un dios de las cosechas, un dios o una diosa del amor, y de esta forma toda actividad natural, toda actividad humana también quedaba perfectamente explicada. Es decir, la humanidad recurrió a la explicación mítica o religiosa o teológica, como ustedes quieran llamarles.

Y así se satisfizo esa ansia de seguridad y de certeza que el hombre tiene durante muchos siglos. Pero hubo un momento, aproximadamente hace el siglo VII antes de Jesucristo, en que la humanidad sufrió un proceso de maduración rápida, además, que le llevó a pensar si no cabría también, además o en lugar de la explicación mítica, de la explicación teológica, una explicación racional. Y a ello se pone y la obtiene, produciéndose el tránsito, como tantas veces se ha dicho, el tránsito entre el mito y el logos.

Es decir, frente a la explicación mítica, la explicación lógica, frente a la explicación sobrenatural, la explicación natural, frente a la explicación teológica, la explicación racional. Ello acontece, como les digo ustedes, aproximadamente hace el siglo VII antes de Cristo, y además con una curiosa circunstancia que, aunque sea de pasada, quisiera aludir a ella. A saber que, por supuesto, estamos refiriéndonos al mundo mediterráneo, que es la cuna de nuestra cultura a la que nosotros pertenecemos.

Esto ocurrió por consiguiente, este tránsito del mito al logos, esta maduración de la mente humana que busca explicaciones racionales, ocurre en el siglo indicado en el mundo griego. Pero aquí viene lo curioso. Casi en la misma época, la idéntica maduración, idéntico paso de la explicación sobrenatural a la explicación natural, se produce también el pensamiento filosófico indio y el pensamiento filosófico chino.

Sorprendente coetaneidad, sorprendente encuentro en la misma época de las tres culturas, cuando vivían en ámbitos geográficos muy separados, cuando era imposible pensar en una comunicación entre ambas, y por consiguiente en un mutuo influjo. ¿Por qué se produce esta maduración del intelecto humano simultáneamente en las tres culturas? Pues ahí está, ahí está el hecho, a lo mejor es una casualidad, una pura coincidencia, a lo mejor tiene otra explicación. Hasta ahora, desde luego, no se ha encontrado.

Volviendo a nuestro entorno griego, nos encontramos con que nace la filosofía y nace con una generación de primeros pensadores que se llaman presocráticos, el nombre de presocráticos no es demasiado acertado, digámoslo de pasada, porque es un nombre que alude exclusivamente a una situación cronológica dentro de la historia de la filosofía. Son hombres anteriores a Sócrates, presocráticos. Por eso, quizá es más adecuado y más lleno de sentido denominarles filósofos cosmólogos.

¿Por qué cosmólogos? Porque su preocupación está centrada en buscar una explicación al cosmos. El cosmos, es decir, el conjunto de seres corpóreos con los que el hombre se encuentra nada más abrir los ojos, está lleno de misterios, está lleno de situaciones oscuras que hay que esclarecer, y hay que esclarecer aplicando la mente a una explicación racional. El cosmos, por consiguiente, es lo que va a constituir el centro de atención de estos filósofos, llamados por eso cosmólogos, y también fisiólogos, fisiólogos porque en griego naturaleza, que es ese cosmos, naturaleza se dice *physis*, y de ahí que también les cuadre el nombre de fisiólogos.

Su preocupación, su gran preocupación frente a la *fisis*, frente a la naturaleza, es doble. Por un lado, encontrar la *arce* o principio, es decir, el elemento común a todas las cosas. Y en segundo lugar, dar una explicación al cambio.

Ese misterio de por qué una cosa es y deja de ser, pero sigue siendo, que es en definitiva lo que ocurre con el cambio. Diré que el problema del cambio preocupó siempre a la filosofía griega, no solo en el momento inicial, sino posteriormente también. Bien, en esta primera etapa de los presocráticos, o cosmólogos, o fisiólogos, como ustedes quieran, ¿hubo ya una reflexión filosófica sobre la realidad jurídica? Pues sí, lo hubo, y además casi diríamos que necesariamente lo tuvo que haber.

¿Por qué? Pues porque el objeto de la filosofía lo constituye en aquellas realidades cotidianas, es decir, aquello con lo que el hombre convive, aquello que rodea al hombre, aquello con lo que se encuentra todos los días. Si esto es así, y si el derecho es un orden de convivencia social, es lógico suponer que desde que existieron las primeras colectividades humanas con vislumbres de organización política, hubieron de preocupar los problemas que planteaba la articulación de los diferentes intereses del grupo. Es decir, hubieron de preocupar los problemas que hoy llamaríamos problemas jurídicos.

Y por eso, ya en los presocráticos, en esa primera etapa que venimos comentando, encontramos algunas reflexiones filosóficas que intentan dar una cabal explicación de las leyes y de la justicia. Pero claro, ocurre que estas reflexiones sobre las leyes y sobre la justicia, y esto es una nota que interesa poner de relieve, pues va a ser una característica que va a acompañar en todo momento la filosofía jurídica. Lo que quiero subrayar es esto.

La filosofía del derecho, en toda etapa, ha ido siguiendo la línea doctrinal adoptada en ese momento, en esa etapa, por la filosofía general. Cuando la filosofía general es preponderantemente voluntarista, la filosofía del derecho se elabora desde un punto de vista

voluntarista. Si es racionalista, ese será el sello de la filosofía jurídica.

Si lo que domina la filosofía general es el matiz positivista, así será también la filosofía jurídica, etc. Quiere decir que la filosofía jurídica, en cada momento histórico, siempre va siguiendo la directriz general, la tendencia dominante, en el campo de la filosofía general. Pues si esto es así, en este primer periodo presocrático, si hay una reflexión filosófica sobre el derecho, que yo creo que sí la hay, será una reflexión filosófica teñida de esa interpretación cosmológica que al principio me refería.

¿Es un pensamiento cosmológico? Bueno, pues las escasas y fragmentarias y esporádicas reflexiones sobre las leyes y sobre la justicia están también teñidas, están también influidas por esta consideración cosmológica de la filosofía general. Por ejemplo, las leyes humanas, ¿cómo se conciben? Bueno, pues las leyes humanas se conciben como una imitación o un reflejo de las leyes que regulan el cosmos. En el cosmos, las cosas obedecen en su actividad a unas determinadas leyes.

Pues bien, de la misma manera se piensa, los hombres en sociedad tienen también que adaptar sus conductas a unas determinadas leyes o normas. ¿Fijos ustedes cómo es una concepción? Sí, reflexión sobre el derecho, intento explicación racional del derecho, en este caso del problema de las leyes, pero de acuerdo con o muy cerca, siguiendo muy cerca esa concepción cosmológica que tiene la filosofía. La filosofía de esa época, claro.

Bien, siendo, aunque sea así, aunque esté tan teñida de cosmologismo, aunque se trata de reflexiones filosóficas esporádicas, como antes decía, pero son ya reflexiones sobre el derecho. Entonces, ¿podemos decir acaso que ya ha nacido la filosofía del derecho? Pues bien, ustedes, en esto hay que tener cautela, porque la expresión filosofía del derecho tiene dos sentidos gramaticales diferentes. Por un lado, quiere decir la filosofía que versa acerca del derecho.

Por otro lado, filosofía del derecho hace alusión a una disciplina perfectamente estructurada, autónoma. Pues bien, según se emplee la expresión en un sentido o en otro, así la respuesta tiene que ser diferente. La pregunta era, ¿hay ya filosofía del derecho en esta primera etapa filosófica de los presocráticos? Pues, hombre, hay filosofía acerca del derecho, hay filosofía en torno al derecho, pero lo que no es filosofía del derecho, porque la filosofía del derecho, como disciplina, como saber perfectamente organizado y sistemático, bueno, va a tardar muchísimos siglos en aparecer.

Como luego les diré, hasta el siglo XVII no puede decirse probablemente que exista la filosofía del derecho en este segundo sentido. ¿Y qué pasa desde este momento hasta ese siglo XVII en que ya nace la filosofía del derecho como saber autónomo? Quiere decir, si no existe una filosofía del derecho, una disciplina autóctona, ¿dónde situar las reflexiones acerca del derecho? Es decir, la filosofía jurídica en torno al derecho, la filosofía en torno al derecho, ¿dónde se aloja, por decirlo muy gráficamente, al carecer de esa disciplina rotulada así? Pues de formas muy distintas. Ustedes en la Antigua Edad, casi siempre las reflexiones filosóficas en torno a materia jurídica se refugian en obras éticas, es el caso de Aristóteles, o en obras

políticas, como ocurre en Platón y en Cicerón, en el pensamiento cristiano, en obras de carácter apologético, y este es el caso de Tertuliano con su *Apologeticum*, o en tratados históricos teológicos, como ocurre en San Agustín, en su célebre tratado de la Ciudad de Dios.

En la Edad Media, las cuestiones jurídicas y políticas suelen exponerse englobadas en los grandes síntesis culturales que son tan del gusto de la época, caso de San Isidoro con las etimologías, caso muy destacado de Santo Tomás con la *Suma Teológica*. El pensamiento renacentista sobre el derecho se mostró, sobre todo a través de obras ya de matiz teológico, ya de carácter político. De las primeras es buena muestra, dentro de la literatura española, el caso de Suárez con su *Tratado de Legibus*, en el caso de las obras políticas en las que se abordan cuestiones jurídicas, sería un buen ejemplo cualquiera de los llamados espejos de príncipes, es decir, aquellas obras que se escribían para ilustrar a los príncipes, a los gobernantes.

En ellas, junto a los problemas específicamente políticos, se hacían alusiones muy frecuentes a cuestiones jurídicas. Finalmente, es en el siglo XVII, con la Escuela Racionalista del Derecho Natural, con los autores que ustedes conocen perfectamente, Grocio, Bufendorf, Tomásio, etc., es cuando por primera vez se configura la filosofía jurídica como disciplina con sustantividad propia. Sin embargo, aunque ya había nacido la filosofía del derecho, aún no se acuña la expresión.

Los autores de la Escuela Racionalista del Derecho Natural siguen rotulando sus obras con las rúbricas clásicas, o bien las llaman Derecho Natural o bien las llaman Derecho de Gentes. Solo a finales del siglo XVIII es cuando empieza a utilizarse el término filosofía del derecho, introducido al parecer por Gustavo Hugo, el pensador alemán perteneciente a la Escuela Histórica del Derecho. Pero en el siglo XIX, apenas cien años después de haberse estrenado el rótulo, está a punto de haberse constituido la disciplina, se está a punto de naufragar la filosofía jurídica por su subsunción en la ciencia del derecho.

Como he sabido, hay, entre otros, dos modos de conocimiento del derecho, el filosófico y el científico. Ambos legítimos, ambos emparentados entre sí, pero distintos también. No es, por supuesto, este el momento de diferenciar uno y otro conocimiento.

Nos limitaremos a decir que mientras la ciencia del derecho estudia este tal como se da en la realidad, es decir, estudia el llamado derecho positivo, el derecho tal como es, tal como se manifiesta, la filosofía del derecho lo contempla atendiendo a los factores metafísicos y valorativos. Estudia el ser del derecho, las notas, los caracteres fundamentales del derecho, los elementos de que está integrado, el fundamento que este derecho tiene, los fines que tiene a su cargo y que debe cumplir, los valores que le son inherentes. Por eso, en buena parte, la filosofía del derecho es metafísica.

Y de ahí que en la etapa positivista, cuya filosofía se caracteriza por la condena de toda metafísica, la filosofía del derecho sufra, a lo largo del XIX, un empate importante, a punto de quedar casi reducida, como antes decíamos, a pura ciencia del derecho. Pero la reacción antipositivista operada en la filosofía a partir del comienzo del XX, del siglo XX, y la consiguiente

vuelta a la metafísica, tiene su correlato en el nuevo impulso que adquiere la filosofía del derecho, que a lo largo de esta centenaria presente ha tenido un importante, un muy importante desarrollo. Tanto que se ha producido en su seno una cierta escisión apareciendo como disciplinas más o menos autóctonas las llamadas ramas de la filosofía del derecho.

Estas disciplinas nacidas de la filosofía del derecho, aunque siempre dentro, por supuesto, del marco de ella, son varias, pero creo que las más destacadas en este momento son, por un lado, el llamado derecho natural, que es una disciplina que ustedes estudiaron en primer curso de la carrera, disciplina autónoma, y la sociología jurídica, que cada vez está adquiriendo un mayor contenido y un mayor desarrollo. Muchas gracias. Con esta sintonía nos despedimos de todos ustedes y cerramos esta edición de Revista de Derecho que estuvo dedicada a las materias de quinto curso.

El viernes que viene volveremos una vez más para ofrecerles las intervenciones de los profesores del primer año de la licenciatura. Hasta entonces, muchas gracias por la atención prestada y les invitamos a escuchar el informativo semanal de la UNED. Buenas noches y feliz fin de semana.