

DR 29 1176

En definitiva, hay cuatro diligencias de comprobación del cuerpo del delito, ¿no? Efectivamente. ¿Existen diligencias de carácter particular de comprobación también del cuerpo del delito? Aparte de estas generales, que son las que hemos hecho referencia con antelación, luego también la ley breve, que en relación con el tipo de delito que se cometan, hay una serie de diligencias que podríamos denominar particulares. Cuando se producen, por ejemplo, heridas, envenenamiento o otras lesiones de cualquier tipo, va a ser el médico forense el que será el encargado de asistencia facultativa del paciente.

Pero puede ser, por ejemplo, que el paciente tenga su propio médico, entonces decida que quien le va a someter a tratamiento sea este especialista que le elija. Pero el médico forense lo que sí que va a realizar es una inspección y una vigilancia para saber que esta persona está mejorando o que esas heridas están curando. Imaginémonos el caso, por ejemplo, de un accidente de tráfico en el que se producen una serie de lesiones.

Entonces el médico forense es el que va a hacer un informe de cómo van evolucionando esas lesiones porque realmente la responsabilidad penal o la responsabilidad civil va a depender de en qué tiempo curan esas lesiones y los efectos que tengan. Con independencia de que nosotros, si es el caso, por ejemplo, de rotura de un brazo, pues entonces tengamos a nuestro propio traumatólogo que sea el que nos vaya poniéndonos las escayolas o haciendo unas radiografías. Pero siempre va a ser el médico forense el que supervise cómo va la cura de esas lesiones que se han producido, en este caso en ese accidente de tráfico, por ejemplo.

En ese caso no estaríamos en un caso de un delito, pero imaginémonos la amputación de un brazo o otras lesiones que sí que puedan considerarse como delito. O, por ejemplo, también existen particulares en el caso de delitos de robo, de hurto, de estafa o también cuando la muerte se produce de forma violenta o se sospecha que puede haber una criminalidad. Con lo cual se produciría el reconocimiento, la identificación del cadáver, se buscarían los testigos si los hay, se estudiaría el estado del cadáver si lo permite y, por supuesto, se procedería a la autopsia de ese cadáver para saber las causas por las que puede haber fallecido.

Y es lo que decía con antelación, que debemos tener en cuenta los avances científicos porque cuando un cadáver no puede ser identificado a primera vista, puede ser sometido a pruebas de actividades odontológicas o exámenes, por ejemplo, de señales o de tatuajes que pueda tener que nos sirvan de indicio para saber quién ha sido la persona que ha cometido el delito o en qué circunstancias esta persona fue asesinado. Entonces, aparte de estas comprobaciones de carácter particular, de estas diligencias generales de las que hemos hablado, hay que tener en cuenta que existen unas especialidades dependiendo del delito que se haya cometido. Sí, profesora Díaz-Jiménez, vamos a terminar y me gustaría que hiciera una conclusión, un resumen del contenido de lo que nos ha hablado aquí esta noche.

Sí, bueno, únicamente decir que hay que tener en cuenta que hay pruebas que no se pueden

realizar en el acto de juicio, sino que deben de ser realizadas con antelación al acto de juicio y que luego, mediante las oportunas actas que se le van a tener efecto, se van a reproducir qué es lo que se encontró en ese lugar o en ese sitio con respecto... decir, lo que no podemos tener es a un cadáver hasta que el día del juicio se celebre. O no poder iniciar la investigación para saber realmente cómo se produjeron esos hechos. Entonces, bueno, pues con la lectura de esas actas y del levantamiento del cuerpo del cadáver para que pueda ser enterrado y puedan hacerse las investigaciones pertinentes, pues tener muy claro que también hay pruebas que no se pueden celebrar el día del juicio oral.

Luego, tener muy claro que el concepto de delito es un concepto que no es unívoco, que tiene una naturaleza heterogénea, que existe una diligencia de comprobación de carácter general y que luego existe una diligencia de comprobación de carácter particular que va a depender del tipo de delito que se trate. Yo, en esencia, resumiría en estas pocas palabras el tema que hemos tratado esta noche. Pues muy bien.

Muchísimas gracias, profesora Díaz-Giménez, por estos minutos que ha compartido con nosotros a estas horas aquí en la Revista de Derecho. Muchísimas gracias. Buenas noches.

Y ahora nos vamos a centrar en un tema interesante para muchos oyentes y siempre de actualidad me refiero a la adopción. La profesora de Derecho Civil, doña Maripaz Pous de la Flor, nos hablará de los diferentes aspectos jurídicos de esta institución desde su origen histórico. Buenas noches y bienvenida, profesora Pous.

Muy buenas noches. Vamos a tratar en estos minutos un tema sumamente interesante que corresponde a la parte del Derecho de Familia y que forma parte, por supuesto, de la materia que se va a exigir para la primera prueba presencial. Hablaremos de la adopción.

Históricamente, la adopción ha sido y es una institución conocida y en alguna época podemos decir que polémica hasta el extremo de estar a punto de desaparecer con el Código Civil. Tuvo realmente la adopción una gran importancia en los pueblos antiguos, en los que constituía un recurso ofrecido por la religión y las leyes a aquellas personas que no tenían heredero natural para que pudieran perpetuar su descendencia y asegurar con ello la continuidad del culto doméstico y la transmisión de los bienes. Pero al desaparecer estos fines en el derecho moderno, quizás podíamos decir que no tenía mucho fundamento en seguir conservando este tipo de institución.

Sin embargo, frente a las numerosas críticas, y podemos calificarlas de hostiles, que se enfrentaron un poco a la existencia o no de la institución jurídica que supone la adopción, existen considerables motivos que aconsejan el mantenimiento de la institución entre los que destacamos, por ejemplo, el llamado a proporcionar los beneficios de la filiación y de la paternidad a aquellas personas que por la naturaleza suya y propia carecían de ellos. Históricamente, la adopción tuvo su raíz más remota en el derecho romano. En esta época se distinguían dos figuras, una que es conocida, o que recordaréis cuando estudiáis la asignatura de Derecho Romano, que es la *adrogatio* y otra la *adoptio*.

La primera, que realmente vendría a suponer una arrogación, suponía que en la adopción, podemos decir que el adoptado era un *sui iuris*, es decir, su personalidad quedaba absorbida por la del arrogante y pasaban también a poder de éste la familia y el patrimonio del arrogado. En la adopción, sin embargo, el sujeto era un *alieni iuris*, es decir, que sólo él pasaba a la patria potestad del adoptante. En el derecho justiniano se distinguió entre adopción plena y la menos plena.

La primera era la realizada por un ascendiente respecto de un descendiente. En la segunda, el adoptando, sin salir de las potestas de su progenitor y, por tanto, sin someterse a las potestas del adoptante, adquiriría solamente derechos sucesorios en relación con éste. Esta misma distinción justiniana vino a mantenerse y, de hecho, se mantuvo en nuestro derecho intermedio.

Todo lo cierto es que, en términos generales, la adopción tuvo escasa importancia en nuestro derecho histórico. Se puede observar cómo en España ya la adopción existía antes de la conquista romana y ésta vino a subsistir durante la Edad Media. Así, de alguna manera, lo denota el derecho aragonés o algunos otros derechos que podemos decir forales, cuya institución fue ampliamente admitida, sin embargo, no fue regulada, por ejemplo, en los derechos forales Navarro y Vizcaya, ni tampoco en los derechos o fueros castellano.

Su esplendor y especial regulación la tuvo a merced del renacimiento del derecho romano con el código de las costumbres de Tortosa, con el fuero de Valencia, con el fuero real y las partidas. Hasta la época codificadora española, donde fue el proyecto de 1851, casi hubo esa inquietud, esa unanimidad, esa poca consideración para admitir si realmente una institución como es la adopción tenía y debía de estar en vigor. Vuelvo a decir que el proyecto de 1851 hubo casi aquí una unanimidad por pasar en silencio esta institución.

No obstante, no ocurrió por el voto simplemente de un ciudadano andaluz. El hecho es que, como cita García Goyena, diremos que la base para mantener esa validez dentro de nuestro propio proyecto se debió al considerar a la adopción como permitirle de alguna manera sobrevivir, porque en definitiva, como la cenicienta, no molestaba, no causaba daño y alguna vez podría ser útil o buena, aunque no tuviera raigo alguno en la sociedad española. Este es el pensamiento que hizo que realmente la institución jurídica de la adopción no perdiera su valor y su significado y pasara realmente a formar parte de uno de los preceptos o de algunos de los preceptos de nuestro Código Civil.

Así pues, tenemos que decir que el Código Civil admitió y reglamentó la adopción simplificando de alguna manera su régimen al prescindir un poco de las antiguas especies en que le había diversificado el derecho romano, pero sin lograr darle una orientación práctica y un matiz moderno, lo que ha provocado que la adopción haya experimentado desde la promulgación del Código Civil importantes reformas legislativas, por ejemplo, señalamos la de 1958, 1970, 1981, 1987 hasta la más reciente de 1996. Dar un concepto único de adopción nos haría pecar un poco en la imprecisión. De esta forma y siguiendo la manifestación de grandes maestros,

diríamos que la adopción es un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y la filiación por naturaleza.

Así se deriva del artículo 108 cuando determina que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. Esta se produce o se constituye mediante un acto en cuya virtud se atribuye a una persona o excepcionalmente a dos, hablamos de adoptante, el rol de padre o madre respecto de otra a la que se atribuye el de hijo, que es el de adoptando, sin que haya mediado entre ellos una relación de generación. Por tanto la adopción es un tipo de filiación en cuya base subyace no una relación de naturaleza o generación entre las personas, sino un acto voluntario del adoptante o adoptantes y del adoptando si es mayor de 12 años y una determinada decisión judicial que constituye la relación de filiación entre aquellos.

Por ello algunas veces se ha denominado a la adopción como filiación civil. La adopción crea una relación de filiación entre dos personas que no descienden la una de la otra. También la adopción es un acto de autoridad, perteneciente de alguna manera al derecho público.

Es un acto judicial porque se constituye por resolución judicial. Así lo expresa el artículo 176 cuando menciona textualmente la adopción se constituye mediante resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando. Por consiguiente la adopción es un acto de autoridad, una resolución judicial por el que se constituye siempre esa relación de filiación adoptiva que hablábamos entre adoptante y adoptando.

Los sujetos que intervienen en este tipo de adopción o los que constituyen realmente complementan la institución jurídica de la adopción son los siguientes. En primer término hablaremos del adoptante o adoptantes. En este caso diremos que es el sujeto a cuya favor se formula la propuesta de adopción ante el juez por la entidad pública.

Es decir, hablamos de ese sujeto que podíamos decir seleccionado, quien de alguna manera podemos decir que es la persona que solicita directamente y en cualquier caso quien consiente la adopción en presencia del juez. El adoptante debe tener como mínimo 25 años y por lo menos 14 años más que el adoptando. La adopción por ambos cónyuges o incluso podemos hablar aquí de la pareja unida de hecho por esa relación de afectividad análoga a la conyugal puede dar lugar y pueden ser por supuesto adoptantes.

Basta simplemente que uno de ellos haya alcanzado esa edad de los 25 años. El requisito de esta diferencia de edad entre adoptante y adoptando, es decir, los 14 años mínimos, no supone realmente una excepción cuando se trata de la adopción por ambos cónyuges. La única excepción que se da en este caso a la adopción por ambos cónyuges o por la pareja de hecho es que nadie puede ser adoptado por más de una persona.

Otro sujeto es el adoptando. Sólo pueden ser adoptandos los menores de edad no emancipados. A excepción de que el mayor de edad o menor emancipado estuviera en una situación ininterrumpida de acogimiento con vivencia iniciada antes de que el adoptando

hubiera cumplido los 14 años y estuviera ocurrido inmediatamente antes de la emancipación.

En cualquier caso no se puede adoptar ni a un descendiente, a un pariente segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, a un pupilo por el tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela. También hablamos de sujetos que deben asentir a la adopción. Estos sujetos o estas personas que deben manifestar su asentimiento ante el juez tenemos que decir que en primer lugar señalamos el cónyuge del adoptante.

Debe asentir, debe asentir a la adopción, y lo hace en la forma establecida en la ley de enjuiciamiento civil salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. El asentimiento debe formalizarse bien antes de la propuesta y lo debe hacer ante la entidad pública, bien en documento público, bien por comparecencia ante el juez. Si cuando se presenta la propuesta o solicitud de adopción hubieren transcurrido más de seis meses desde que se presentó el asentimiento será necesario en este caso que éste se renueve ante el juez.

También son sujetos que deben asentir la adopción los padres del adoptando a menos que estén privados de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallar emancipado. En este caso deben de asentir la adopción en esa misma forma que hablábamos hace unos minutos con respecto al cónyuge del adoptante. El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto.

Sin embargo no será necesario el asentimiento cuando quienes deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello. Si la adopción exige de alguna manera una propuesta previa no se admitirá en ningún momento que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. El asentimiento del que estamos en estos momentos hablando tanto del cónyuge del adoptante y o el de los padres del adoptando formalizado ante la entidad pública o de alguna manera ante un documento auténtico puede ser revocado.

Si la revocación se notifica la entidad antes de la presentación de la propuesta ante el juez. Pero cabe preguntarnos qué valor tiene el asentimiento de estos sujetos nos referimos al del cónyuge del adoptante y al de los padres del adoptado. Si atendemos a lo establecido en el artículo 177 en su apartado segundo del código civil éste nos dice textualmente que deberán asentir a la adopción.

Parece que debemos distinguir por tanto dos situaciones. Uno la ausencia de asentimiento porque no quieren prestar o no lo pueden prestar y la oposición a la adopción. En el primer supuesto yo creo que es considerable que no hay problema alguno.

De hecho la subjurisprudencia pues ha señalado que aunque los padres se nieguen a prestar el asentimiento el juez puede acordar la adopción toda vez que la falta de sentimiento no está sancionada con la nulidad. Y en el mismo artículo 177 del código civil en su penúltimo párrafo especifica que el asentimiento no es un requisito esencial para la válida constitución de la

adopción cuando expresa textualmente que no será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentran imposibilitados para ello. Por tanto si asentimiento de alguna manera parece que pueda acordarse la adopción pero realmente tenemos que decir que si no creemos que haya problema en este caso porque la falta de asentimiento parece que no es un requisito esencial ni necesario o formal para admitir la adopción el hecho es que el juez siempre que vea motivos más que suficientes y válidos y que vayan realmente a dar una mayor seguridad y vaya a cumplir o satisfacer las necesidades del adoptando pues entonces no ve más que motivos suficientes para ello.

¿Pero qué ocurre cuando pueda constituirse válidamente la adopción contra la voluntad de quienes deban de asentir a ella? Aquí la respuesta tenemos que decir que no parece sencilla y para ello no podemos dejar de tener presente que es uno de los principios fundamentales de la adopción siempre el beneficio del menor, del adoptando, y que el juez para conseguirlo dispone siempre de amplias facultades. Por tanto es quizás podría aceptarse o considerarse como solución que el juez pueda acordar válidamente la adopción siempre contra la voluntad de aquellos padres del adoptando que emitan y de alguna manera no sean o no estén o se opongan de alguna manera a tal constitución o a tal o en favor de la adopción. De manera que siempre que exista una causa suficiente y siempre que sea en beneficio del adoptando no importa esa oposición de los padres.

Por último los sujetos que simplemente deben de ser oídos. ¿Quiénes deben ser oídos para poder tramitarse o llegar a un acuerdo de la institución jurídica de la adopción? Pues estos son los padres que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción. Por ejemplo si el menor está emancipado, si los padres están incurso o no a causa de privación de la patria potestad entonces en estos casos siempre deberán ser oídos por el juez.

También deben ser oídos por el juez el tutor y en su caso el guardador o guardadores de hecho. El adoptando menor de 12 años si tuviera suficiente juicio y la entidad pública a fin de apreciar la idoneidad del adoptante cuando el adoptado lleve más de un año acogido legalmente por aquello. Para concluir diremos por tanto que la adopción produce de alguna manera la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior y que tiene un carácter irrevocable y que determinemos por tanto que los sujetos principales son adoptante, adoptando y que hay dos sujetos o clases que deben de asentir a la adopción que es el caso del cónyuge del adoptante o de los padres y por último que hay determinados sujetos que simplemente deben de ser oídos.

Muy buenas noches. Y ahora ya nos vamos a ocupar de la última disciplina que se estudia en quinto curso aunque como los alumnos saben hay otra asignatura más, Derecho Mercantil, que aquí no tratamos. Bien, esta materia a la que nos referimos es Filosofía del Derecho.

Nos acompaña en estos minutos finales de la revista de Derecho, cerca de la una de la madrugada, el titular don José Luis Muñoz de Baena con quien vamos a analizar las dos

corrientes teóricas más importantes de este siglo sobre la ciencia jurídica como son el normativismo y el realismo jurídico a través de las posturas de sus representantes más cualificados, Kelsen y Ross. Muy buenas noches y bienvenido profesor Muñoz de Baena a la revista de Derecho. Buenas noches, Charo.

Hoy nos va a hablar de las similitudes y diferencias entre el realismo y el normativismo jurídico. Este tema presenta, pues así como a primera vista, bastante complejidad. ¿Podría decirse incluso que no hay ninguna similitud entre ambos, entre el realismo y el normativismo jurídico? Sí, efectivamente, a primera vista esa es la impresión que provocan los alumnos.

Son dos corrientes que coexisten temporalmente en la primera mitad del siglo XX pero que parecen a primera vista muy distintas. Sin embargo, una visión no superficial del tema, incluso la que puede darse a un alumno de quinto, que necesariamente ha de ser muy sucinta, muestra hasta qué punto existen una buena cantidad de relaciones entre estos dos temas. Aunque solo sea por el hecho de que los dos autores más importantes de las respectivas corrientes, Kelsen y Ross, tuvieron una relación personal en Viena, donde Kelsen fue profesor de Ross después de que éste terminara la carrera en su periodo de formación y de preparación de su texto.

Yo voy a comenzar en una sucinta introducción y tratando de explicar de la forma más clara y más sencilla posible, que creo que es lo que justifica mi presencia aquí, las diferencias entre el realismo y el normativismo, de esta manera que queden claras también las similitudes a las que después aludiré. Y aclaro que me voy a centrar en el realismo y voy a insistir más en él porque a los alumnos, esto lo hemos constatado muchas veces, les suele costar más entenderlo que el normativismo. Y también aclaro que dentro del realismo jurídico me voy a centrar en el realismo escandinavo y en particular en la postura de Ross, que también sabemos por experiencia que es la que más problemas suele plantear a los alumnos.

El realismo jurídico que llamamos escandinavo es una corriente, una corriente en materia de ciencia del derecho, no tanto de filosofía del derecho, aunque toda especulación sobre la ciencia jurídica siempre se puede considerar como una especulación de tipo filosófico jurídico, aunque ella misma no diga que lo es. Es una corriente, una teoría, podríamos decir, sobre la ciencia jurídica que pretende explicar los problemas que plantea la ciencia jurídica desde una perspectiva empirista. Esto de empirista suena muy filosófico, principalmente porque lo es, el empirismo es una corriente filosófica, pero lo que quiere decir, sobre todo en este contexto, es bastante sencillo.

Simplemente que desde el punto de vista del realismo hay que eliminar del discurso, y en este caso del discurso sobre el derecho, todo lo que no se traduzca en hechos y en datos constatables por los sentidos. Es decir, que hay que eliminar todo aquello que no se pueda constatar empíricamente, que no se pueda comprobar, y todo aquello cuya existencia no se pueda traducir en términos físicos reales y constatables. Por lo tanto, desde esta perspectiva del realismo jurídico, la ciencia del derecho no puede basarse en consideraciones de tipo

axiológico, consideraciones referentes a valores.

Porque los valores, esto es inexcusable en el discurso empirista, los valores no son constatables empíricamente, ni mensurables, ni cabe un discurso objetivo sobre ellos. Esta postura del empirismo, de que no se puede establecer un discurso más o menos objetivo, ya científico, sobre los valores, por cierto, es una postura que hoy en día resulta bastante discutible, porque hoy tendemos más bien a creer, sin discusión prácticamente, y aquí hay un cierto acuerdo entre todas las distintas ideologías, hoy tendemos, digo, a creer que es posible un cierto marco objetivo en el discurso sobre los valores, aunque ese marco sea tan sencillo como la posibilidad del mero acuerdo sobre ellos. Pero bueno, he hecho esta pequeña aclaración sobre lo cuestionable que resulta eso de que no existe, no hay posibilidad de un discurso objetivo sobre los valores, y aclarando que esta es una postura muy típica y muy característica del empirismo, y en particular del empirismo jurídico, lo que aquí nos importa es que, como antes decía, el realismo como empirismo jurídico, que es, rechaza la introducción de los valores en el discurso jurídico.

Es obvio, por lo tanto, que esto separa al realismo jurídico del guionaturalismo, de la creencia en el derecho natural, en cualesquiera de sus múltiples formas, de las formas que ha revestido históricamente. ¿Quiere esto decir que el realismo jurídico es positivista? Desde luego lo es en el sentido del positivismo filosófico, es decir, lo que hemos dicho, en el sentido de que no admite especulaciones que no estén basadas en los datos positivos, ahí su nombre. Bueno, pues en este sentido es positivista.

Pero aquí hay que seguir acotando, y esta es una de las cosas que más perplejidad produce en el alumno, aquí hay que seguir acotando porque existen otras formas de positivismo. O más bien, dentro del positivismo filosófico existen varias corrientes, varias perspectivas. Voy a referirme a este tema que parece complicado, y que no es que sea sencillo, pero desde luego no es ni mucho menos tan difícil como parece, de una manera muy sucinta, porque muchas veces la clave de una buena comprensión de este tipo de temas está en la aclaración del aparato conceptual que encierran, y los sentidos del término positivismo, precisamente por lo que he dicho hace un momento, porque son variados, no suelen ser bien comprendidos.

Bueno, pues dentro de este denominador común que es el positivismo filosófico, caben tanto el realismo, sería una de las tres corrientes, como el normativismo y el sociologismo. Estas tres perspectivas sobre la ciencia jurídica tienen en común aquello a lo que se oponen, es decir, el yusnaturalismo. Estas tres perspectivas no son yusnaturalistas porque no creen que la palabra derecho pueda ser aplicada más que al derecho positivo.

Ahora bien, partiendo de ese núcleo común, entre estas tres posturas existen importantes diferencias. Por ejemplo, mientras el normativismo, es la postura que elseniana, toma como objeto de la ciencia del derecho el discurso sobre las normas, o diciéndolo elsenianamente, sobre la categoría del deber ser o del sollen, el sociologismo, al que no nos vamos a referir aquí más que como telón de fondo, sería la postura de Ehrlich, piensa que lo fundamental son los

hechos sociales, no las normas, sino los hechos sociales que están en la base de dichas normas, y que sólo el discurso sobre estos permite una auténtica científicidad y una objetividad que no posee el discurso sobre las normas jurídicas. Pues bien, entre estos dos polos opuestos del positivismo, que son, como hemos visto, el positivismo normativista, el de Kelsen, el de Ferdows, el de Merkel, fundamentalmente el de la Escuela de Viena, y por otro lado, el positivismo sociologista, que es fundamentalmente la postura que sostiene Kornfeld y Ehrlich, es donde se encuentra ese positivismo realista, que es en el que hoy nos vamos a centrar fundamentalmente, para contraponerlo a esa otra forma de positivismo que es el normativista o, si se quiere, el kelseniano.

Por lo que ha dicho profesor Muñoz de Baena, parece desprenderse que el realismo jurídico es una especie de, digámoslo así, tercera vía dentro del positivismo, situada entre los extremos del normativismo y del sociologismo. ¿Podríamos verlo así, o tal vez se trata de una simplificación excesiva?