

DR 29 916

En este momento las técnicas de reproducción asistida ofrecen la oportunidad a las parejas de tener un hijo pues con una donación de semen o de óvulo. Entonces la persona nacida con estas técnicas tiene la posibilidad de conocer su identidad genética o tiene el deber de saber quiénes son sus padres genéticos. En la afiliación derivada de las técnicas de reproducción asistida hay dos cuestiones de interés en relación con el derecho a la identidad personal.

Una consiste en establecer cómo se determina la afiliación paterna y materna de los nacidos mediante estas técnicas a fin de que sean asumidas pues todas las responsabilidades correspondientes a la paternidad y a la maternidad. Otra es la que se refiere al derecho de identidad del nacido de conocer sus orígenes y la identidad de sus padres genéticos con independencia de quién sean sus padres legales. Aunque sea brevemente pues el tiempo siempre parece que va a durar mucho pero luego resulta que pasa corriendo.

Vamos a analizar estas cuestiones teniendo presente la mencionada ley 35 barra 1988. Cuando la inseminación artificial se realiza con espermatozoides del marido o del conviviente en las parejas estables no casadas la cuestión no ofrece más problemas que los de la afiliación matrimonial o no matrimonial. En las parejas no casadas si el varón aportó el semen para fecundar a su pareja es indudable que será padre del nacido y si se niega a reconocerlo, lo que hablábamos anteriormente, procederá la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial.

En cambio los problemas se presentan en la inseminación y en la fecundación in vitro heteróloga es decir cuando los gametos tanto masculino o femenino proceden de una tercera persona. Entonces se produce una clara disociación entre la paternidad biológica o genética y la legal. En las parejas casadas el consentimiento del marido prestado previa y expresamente determina la paternidad.

En las no casadas que el varón no aportó el semen la paternidad puede terminarse por el reconocimiento ante el encargado del registro civil considerándose a los efectos del artículo 49 de la ley del registro civil escrito indubitado el documento extendido por el centro en el que se refleje el consentimiento a la fecundación. En estos dos supuestos ni el marido ni el compañero son padres genéticos del nacido aunque sí lo son legales. La verdadera identidad del hijo en cuanto al elemento de la filiación no queda determinada por la paternidad puesta que ésta no coincide con la genética.

Lo mismo puede ocurrir con la maternidad en la fecundación in vitro el carácter heterólogo puede ser a causa de la mujer cuando no tiene actividad ovárica cualquiera que sea la causa. En estos casos la donación tiene por objeto óvulo que será luego fecundado con espermatozoides del marido o del conviviente. El embrión anida en el útero y la mujer receptora llevará adelante la gestación.

Entonces nos encontramos con una madre en realidad biológica la donante del óvulo llamada

también en realidad se debería llamar mejor genética una madre legal y la madre gestante o sea en realidad podía determinarse a cualquiera de ellas ser la madre o por lo menos jurídicamente costar así ser cualquiera. En estos casos la ley, la ley española atribuye la maternidad a la madre gestante es decir entre las tres madres posibles pues es la madre gestante la que se considera a todos los efectos como madre legal. Incluso puede ser el caso de que el hijo biológicamente no sean ninguno de los dos padres porque puede ser que tanto el óvulo como el semen procedan de otras personas.

Los padres legales, los cónyuges o los parejas convivientes no tienen ninguna relación genética con el hijo. Entonces se plantea el problema es en realidad una relación puramente legal es decir la filiación se convierte no en un hecho biológico genético sino en un hecho social. Por otra parte las técnicas reproducción asistidas que regula la ley española admite también la posibilidad que la mujer sola acceda a dichas técnicas sin entrar en las cuestiones que esta maternidad en solitario suscita.

No vamos a entrar aquí si es conveniente o no es conveniente desde el punto de vista del hijo y luego desde el punto de vista que informa toda la filiación, el deseo de familia ahora que es el interés del menor. Entonces lo que sí vamos a poner de relieve es que el nacido no tendrá ningún caso derecho a filiación paterna. Será un hijo nacido sin padre y además que no podrá incluso reclamar esa paternidad.

Porque la ley ya repetidamente mencionada 35 barra 1988 dispone que la donación de gametes y preembriones un contrato gratuito formal y secreto y que la mal llamada donación, porque utiliza la palabra donación la ley, será anónima custodiándose los datos de identidad de los llamados donantes en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el registro general de donantes. Esto lo dispone así el artículo 5.1 y 5. Los hijos nacidos de estas prácticas solo tienen derecho a obtener información general de aquellas personas que han sido los que han cedido los gametos que no incluyan su identidad. Igual derecho corresponde a la receptora de gametos.

Solo excepcionalmente discutir ya muy extraordinaria que comporten sobre todo un grave peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales podrá revelarse la identidad del donante. Siempre que dice revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Pero esta revelación no implicará en ningún caso publicidad de la identidad del donante ni determinación legal de la filiación.

Es decir, que aunque el hijo supiese en estos casos extraordinarios quién es su padre o madre genética, nunca podría determinar que ese padre o madre fuese la madre legal. La madre jurídica. Entonces el problema surge sobre todo si estos hijos tienen derecho a la la acción de saber esa identidad.

A nuestro juicio el derecho a conocer la propia filiación biológica con independencia de la jurídica no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal. Que constituye hoy un derecho indiscutible de la personalidad encontrando su fundamento en

la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad. Y que respecto al niño forma parte de los derechos de la convención de 1989.

Nosotros proponemos que exista una acción de identidad personal aunque esa acción no conlleve como efecto la posibilidad de establecer una nueva filiación. Creemos incluso que con la nuestra constitución es posible incluso ejercitarla ante los tribunales actualmente. Bueno pues esa es una opinión de parte de juristas, de civilistas.

Vamos a terminar porque ya es imposible continuar con este tema y le agradecemos tanto a la profesora Díaz Zambrona que acaba de intervenir como a la profesora Núñez que intervino antes su colaboración con la revista. Gracias y buenas noches a las dos. Muchas gracias a ustedes y buenas noches.

Entramos en los minutos finales de la revista y 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.

A continuación el catedrático Don Benito de Castro Cid va a hablar de la contraposición entre el racionalismo y el positivismo jurídico. Unos conceptos que representan dos actitudes radicales. Veamos cuáles son los rasgos que caracterizan a cada una de estas dos concepciones.

Les dejamos con el catedrático Castro Cid. Buenas noches y bienvenido. Buenas noches.

Antes de introducirnos en el tema anunciado para la sesión de hoy quiero dedicar un minuto a la reiteración de algunas de las consideraciones e indicaciones expuestas en la emisión del 13 de octubre. Así lo aconseja la proximidad de las primeras pruebas presenciales que tendrán lugar como todos sabéis el 29 de enero o el 12 de febrero en segunda vuelta. Me vais a permitir que insista en la conveniencia de que quienes van a presentarse a estas pruebas no se olviden de que si bien el examen de filosofía del derecho constará de cuatro preguntas cada alumno deberá hacer solamente tres, lógicamente las que él elija, que dispondrá de un tiempo máximo de dos horas y que es importante centrarse inmediatamente en las cuestiones planteadas procurando no confundir las respuestas ni perderse en divagaciones improcedentes.

Puede ser asimismo útil tener en cuenta que estará permitido utilizar el programa pero sólo el programa. En este curso no podrá hacerse uso durante el examen del índice de libro de texto. El recurso al programa puede contribuir a veces a delimitar la respuesta con mayor precisión.

Finalmente si alguien tiene interés en conocer por anticipado los criterios que se aplicarán en la corrección de los ejercicios no tiene más que repasar el programa de la asignatura o la guía de curso puesto que en ambos vienen minuciosamente reflejados dichos criterios. Espero que este rapidísimo recordatorio contribuya a mejorar el rendimiento final de vuestros estudios. Por otra parte para aportar desde la sede central alguna ayuda directa a ese gran esfuerzo de preparación que estáis realizando en estos días vamos a comentar hoy uno de los momentos

más significativos de la historia de la filosofía del derecho.

Aquel en que se produjo el paso desde una concepción animada por la fe en el derecho determinado por la reflexión racional de los científicos o filósofos a una visión asentada sobre la primacía epistemológica de la normatividad jurídica positiva que establece el legislador estatal. En términos más directos vamos a hablar de la contraposición entre el racionalismo y el positivismo jurídicos. Es sabido que la concepción racionalista y la concepción positivista representan dos actitudes radicales contrapuestas tanto en el campo del conocimiento jurídico y de la configuración conceptual del derecho como en el terreno de la justificación valorativa de las normas jurídicas.

De ahí que sea importante recordar cuáles son los rasgos que caracterizan a cada una de esas dos concepciones. Comenzaré con la concepción racionalista advirtiendo que en esta concepción aunque tanto los enunciados del programa como los epígrafes del libro parezcan indicar otra cosa han de ser incluidos no sólo los autores del tema 8 sino también casi todos los que son analizados en los temas 9 a 12 del programa y en las correspondientes páginas de la unidad didáctica filosofía del derecho. Hay no obstante algunos autores que a pesar de estar incluidos en esos temas o páginas siguieron una orientación contraria al racionalismo puesto que hicieron gravitar su doctrina sobre el postulado de la historicidad del hombre y de toda la realidad social abriendo así paso al positivismo jurídico propiamente dicho.

Ese es el caso de Vico y Montesquieu estudiados en el tema 10 o de Fichte, Schelling y Hegel analizados en el tema 12. La actitud racionalista propiamente dicha partía, como he sabido, de la hipótesis de la natural inteligibilidad de toda la realidad existente y afirmaba en consecuencia que la razón humana no sólo es la única fuente fiable de conocimiento sino que es también el único camino seguro que puede llevar hasta la percepción clara y precisa de esa realidad. Dicha actitud iniciada por el francés Descartes en la cuarta década del 17 encontró su aplicación inmediata en el campo de la filosofía y su consagración más brillante dentro del marco de las ciencias de la naturaleza.

Pero paralelamente obtuvo también un eco notable en el ámbito del pensamiento jurídico y político de los siglos 17 y 18 gracias a una línea doctrinal que ha pasado a la historia con el nombre de Escuela Racionalista del Derecho Natural o con este otro nombre de Escuela del Justnaturalismo Moderno. Pues bien, esa línea doctrinal ha sido reconocida como la más egregia cristalización histórica del racionalismo jurídico, de tal modo que sus peculiaridades más destacadas se han convertido también en los rasgos diferenciales de ese racionalismo. Entre estos rasgos deben destacarse los siguientes el individualismo político, el naturalismo antropológico, el naturalismo jurídico, el pactismo ético-político y el racionalismo epistemológico.

Vamos a considerar uno a uno estos diversos caracteres diferenciales. Uno, el individualismo político se resume en la tesis de que el hombre individual autónomo y aislado es el elemento originario, el centro y el destino de la vida social y de la organización política, de tal modo que

éstas han de configurarse como ámbitos de realización de la autonomía o libertad de los individuos. El sujeto individual y su libérrima decisión son por tanto no sólo el origen sino también el fundamento de la sociedad política, ya que ésta no comienza a existir si no es gracias al pacto de unión que establecen los individuos aislados.

Consecuentemente la libertad radical del individuo y las diversas manifestaciones de esa libertad, configuradas como derechos innatos naturales, actúan en la vida política como barreras infranqueables, puesto que el Estado no puede eliminar ni limitar la esfera de libertad que corresponde a cada individuo por imperativo de la naturaleza. 2. El naturalismo antropológico característico de esta corriente se plasmó en la afirmación del estado de naturaleza como situación ideal de la existencia humana en la que el hombre aparece en su modo de ser propio y genuino. En ese estado los hombres viven aislados y son radical y plenamente libres.

Así pues, la vida en sociedad no forma parte de la naturaleza del hombre. Éste es naturalmente asocial y si entra en sociedad no es por una necesidad de su propia naturaleza sino por una decisión libre, es decir, una decisión contingente. El naturalismo jurídico, en el orden el número 3, o just naturalismo, se manifestó en el recurso al estado de naturaleza como tópico o categoría básica sobre la que se desarrollaba la doctrina del derecho.

Según el racionalismo just naturalista, el derecho no sólo se fundamenta en la naturaleza humana sino que se determina y se concreta por referencia a esa naturaleza, con abstracción de las situaciones o relaciones existentes de hecho. Y puesto que el núcleo de la naturaleza humana consiste en la libertad, el derecho racional, es decir, las leyes de la razón, se deducen desde el concepto de libertad. El derecho en su núcleo esencial no es otra cosa que el conjunto de reglas necesarias para la realización de la libertad natural de los hombres dentro de la sociedad.

Carácter cuarto, el pactismo ético-político. Este pactismo se concretó en la proclamación del origen contractual de la sociedad y del estado. Según esta visión, la sociedad y el estado son creaciones artificiales que tienen su origen en un acto de voluntad de los individuos.

En consecuencia, la vida social, la organización política, el poder de los gobernantes y las leyes sólo están legitimados en la medida en que su existencia se configure a partir de una especie de decisión general convergente, el pacto o contrato social, por la que los propios individuos establecen la organización y las normas dentro de las cuales van a realizar la vida en común. Dado que el hombre es en sí mismo y por sí mismo radicalmente libre, es también autónomo, en cuanto que sólo puede pertenecerse a sí mismo y no está sometido a obligaciones para con los otros individuos más que cuando él mismo se autovincula. El pacto es, por tanto, el único mecanismo o artilugio dialéctico que puede posibilitar el salto desde el aislamiento natural hasta la interrelación y dependencias sociales, sin que ese salto menos cabe la autonomía de los individuos, ya que mediante él los individuos se vinculan a unas leyes que ellos mismos establecen.

Quinto rasgo, el racionalismo epistemológico y ético. Este racionalismo significó la defensa de la tesis de que el conocimiento racional es la fuente inmediata del derecho natural. En efecto, la mayoría de los autores racionalistas, aplicando al mundo del conocimiento y al mundo de la legalidad ética, el principio de que el universo está regido por leyes racionales que son connocibles y formulables con rigurosa exactitud por la razón humana, concluyeron afirmando que el derecho natural consiste básicamente en un nudo o conjunto de exigencias que la razón humana descubre en la propia naturaleza.

Estos cinco caracteres son los que resumen y definen en forma sintética el perfil del racionalismo jurídico que dominó la filosofía política y jurídica europea durante los siglos XVII y XVIII y que, como he señalado ya con anterioridad, fue participado con menor o intensidad por la mayoría de los autores incluidos en los temas 8 a 12 del programa. Pero, con la llegada del siglo XIX, la concepción racionalista se vio sometida a un insistente proceso de acoso y fue reemplazada por la concepción positivista. Ésta, aunque supuso en varios aspectos una cierta continuidad con la etapa anterior, implicó al mismo tiempo una ruptura radical y un enfrentamiento profundo con ella en la mayor parte de las tesis que constituyen el núcleo central de su doctrina.

Así, mientras que la concepción jurídica de la escuela racionalista del derecho natural partía del axioma de que el elemento constitutivo del derecho está representado por los principios o postulados que descubre la razón, el positivismo jurídico estableció la tesis de que el derecho se identifica con el conjunto de las normas jurídicas que están vigentes en una sociedad en cada momento histórico determinado. En palabras de un conocido representante de la corriente positivista, derecho y derecho positivo son conceptos equivalentes. No existe otro derecho distinto del derecho positivo.

Por otra parte, el positivismo jurídico proclamó la reducción de la reflexión teórica sobre el derecho al examen y explicación de las normas jurídicas positivas y, en esa medida, despojó a esa reflexión tanto de su dimensión metafísica como de su preocupación por descubrir unos valores o principios legitimadores suprapositivos. Puede decirse, por tanto, que la filosofía del derecho, en cuanto que fue configurada como un intento de conocimiento y explicación del conjunto de normas jurídicas que están vigentes en una sociedad determinada, es decir, del derecho positivo, se vio negada en su misma raíz y llegó a ser reemplazada por la ciencia jurídica de corte dogmático sistemático. Se ve, pues, cómo el positivismo jurídico cristalizó la oposición a dos manifestaciones básicas del pensamiento racionalista.

La aceptación-proclamación del derecho natural y el cultivo de una ciencia o filosofía jurídica centrada en el conocimiento de los primeros principios o postulados del derecho, es decir, en el conocimiento de las esencias jurídicas. Fiel a su decisión epistemológica de partida de reducir el ámbito del conocimiento a las realidades empíricas, naturales o físicas, y de preocuparse solamente de descubrir las relaciones o nexos de causalidad que se dan entre esas realidades, el positivismo jurídico arrinconó la tradicional búsqueda de unas verdades metafísicas en las que quedarían reflejados los primeros principios o esencia de las leyes. Así, el postulado de que

el derecho positivo es el único susceptible de conocimiento científico llevó a los autores yus positivistas a localizar todos los elementos constitutivos del derecho dentro del propio sistema de normatividad en el que nace y existe ese derecho en cada sociedad.

Y, en consecuencia, no tuvieron dificultad en afirmar que el derecho está constituido por las leyes establecidas por el correspondiente legislador estatal, y que ese derecho se justifica o legitima suficientemente en cuanto responde a las aspiraciones del grupo social, en cuanto es aceptado por éste, o en cuanto ha sido establecido de conformidad con las exigencias previstas en el propio sistema jurídico en que las leyes se integran, como veis, siempre en referencia a unos elementos que forman parte de la realidad histórica empírica de cada sistema social. Esperamos que este tiempo de radio que hemos dedicado hoy al análisis y desarrollo de estos temas de quinto curso de la carrera de Derecho haya sido especialmente provechoso y de su agrado. Si es así, les esperamos la semana que viene aquí, en Radio 3, frecuencia modulada de Radio Nacional de España.

No olviden nuestra cita. El viernes 19 nos ocuparemos de las materias de primero. Les dejamos, como siempre, con el informativo semanal que presenta Edith Xica.

Gracias por estar ahí y por la atención que nos han prestado un viernes más. Estuvimos haciendo este programa Beatriz Santamaría en el control de sonido y Charo López de Haro ante el micrófono. Muy buenas noches.