

RIVERO HERNANDEZ, Francisco: "La presunción de paternidad legítima". (Estudio de Derecho comparado y Derecho español.) Editorial Tecnos. Madrid 1971. Un volumen de 562 páginas.

Precedida de un interesante prólogo del profesor Lacruz, la obra del doctor en Derecho y juez de Primera Instancia, Rivero Hernández, viene a colmar una laguna sensible en la bibliografía española sobre el Derecho de familia. El trabajo es tanto más importante cuanto que es unánime el clamor de la doctrina española sobre la necesidad de la reforma del Código civil en materia de filiación en general y de filiación legítima en especial. Este condicionamiento necesario preside el proceso total de elaboración del estudio del autor, quien no se limita al comentario crítico y profundo del Derecho español actual, sino que busca siempre la interpretación correctora y sociológica de los textos caducos, de acuerdo con las ideas de Justicia hoy imperantes en esta materia, y con visión de futuro propugna soluciones concretas *de lege ferenda*. Esta última es la razón que explica las referencias continuas al Derecho comparado, hasta llegar a constituir un completo estudio sobre esta moderna disciplina, que preceden dentro de cada capítulo a la exégesis de nuestros textos legales. Sobre todo, los Derechos francés e italiano, como más próximos al español en materia de filiación legítima, son examinados siempre con enorme amplitud a la vista de la más moderna bibliografía sobre el tema en ambos países.

Dentro de la doctrina española, aparte, claro es, de las obras generales, los ensayos monográficos sobre filiación legítima sólo han abarcado normalmente aspectos muy específicos de la materia, mostrando una cierta predilección a examinar la cuestión concreta de la prueba, de grupos sanguíneos, siguiendo la pauta marcada por los fundamentales estudios de Castro Pérez. Se echaba en falta, como apuntábamos, un trabajo de contenido más amplio como el que ahora reseñamos. Ahora bien, la obra del Doctor Rivero no llega a constituir un tratado completo sobre filiación legítima, pues se ciñe sólo a uno de sus puntos más esenciales: la clásica presunción de paternidad legítima (y, aún dentro de ella, no se examinan, como veremos, todas sus implicaciones y consecuencias). Pero, por otra parte, en muchos casos el autor, con buen criterio y demostrando su agilidad conceptual, compara y extiende sus soluciones desde el campo de la filiación legítima al de la filiación natural o simplemente ilegítima. Esta doble circunstancia impide dar una idea general de las materias tratadas, sin descender al examen pormenorizado de los ocho grandes capítulos en que está dividido el libro.

El capítulo I, bajo el epígrafe "De la relación paterno-filial a la presunción de paternidad", sirve de introducción y encuadramiento al tema central a tratar. Especial interés tienen las consideraciones del autor sobre cuál es, o cuál debe ser, la esencia de la legitimidad, que para él estriba en el nacimiento o concepción durante el matrimonio, con la importante consecuencia de que los hijos nacidos dentro de los primeros ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, a que se refiere el artículo 110 de nuestro Código deben estimarse plenamente legítimos y no simplemente legitimados, como se ha defendido comúnmente en la doctrina española. No obstante, nos hubiera gustado más que esta conclusión del autor —que, desde luego, compartimos y que, en todo caso, exa-

mina incidentalmente— se hubiera visto fundamentada preferentemente en el examen de los textos legales y en las consecuencias prácticas injustas (por ejemplo: a efectos de impugnación de su condición) que lleva consigo la tesis de la legitimación, y no sólo en un preconcepto filosófico dado sobre la esencia de la legitimidad y en la tendencia del Derecho comparado.

Sobre esta base, trata seguidamente de los presupuestos de la filiación legítima (matrimonio de los progenitores, maternidad de la esposa, concepción o nacimiento en matrimonio) para detenerse a examinar el presupuesto clave: la paternidad del marido, propugnando la conveniencia, en cuanto a ella, de llegar a la verdad real biológica siempre que sea posible y explicando los posibles sistemas jurídicos para determinar la paternidad, que han desembocado en el actual de presunción de paternidad, presunción que lleva en sí implícita otra presunción: la de concepción *a marito*.

Este último aspecto, la presunción de concepción, es el objeto del capítulo II. Pone el autor de relieve cómo la imposibilidad de determinar el momento exacto de la concepción ha obligado a los legisladores a fijar unos plazos máximos y mínimos para la gestación que se computan en torno a la fecha cierta del nacimiento. Este sistema legal, en los Códigos más progresivos, resulta atenuado por la posibilidad de llegar a demostrar judicialmente que la gestación ha durado menos o más de lo previstos en la Ley. Tran una breve exposición histórica, explica como se llegó en el Código francés a la fijación de los plazos mínimo y máximo de 180 y de 300 días, respectivamente, que han influido en la mayoría de las legislaciones, incluida la nuestra. Es muy importante la observación de cómo este plazo de 300 días, según ha comprobado la Medicina moderna, es demasiado breve, pues la posibilidad de nacimientos tardíos es mayor de lo que se pensaba. Muchas otras cuestiones interesantes se abordan en este capítulo, como las relativas a la determinación del momento del nacimiento, el cómputo de los plazos, la divisibilidad del período legal de concepción y la eficacia absoluta, en nuestro Derecho, de la presunción de concepción. En cuanto a este último punto, si bien el autor no pierde de vista, como es natural, lo dispuesto por el artículo 111 del Código civil, estimo que ni recalca suficientemente su originalidad frente al Derecho francés y todas sus posibilidades para tomarlo como base en una interpretación correctiva de nuestro sistema legal. El capítulo termina con una muy interesante referencia a la aplicación de esta presunción de concepción en el campo de la filiación legítima.

La presunción directa de paternidad, en su desenvolvimiento histórico, constituye el contenido del capítulo III, lo mismo que, desde el punto de vista de su fundamento y de su naturaleza jurídica, de los capítulos IV y V. Especialmente en estos dos capítulos el despliegue doctrinal y bibliográfico que maneja el autor es encomiable. Y no sólo se examinan minuciosamente todas las teorías propuestas sobre el fundamento y naturaleza de la presunción “*pater is est*”, sino que el Dr. Rivero expone con vigor y originalidad sus propias ideas sobre la cuestión. Así, en cuanto al fundamento desarrolla brillantemente su teoría de “la cohabitación causal” (la ley supone que ha habido cohabitación entre los cónyuges y que esta cohabitación ha sido fecunda), aplicando, con éxito, sus conclusiones al caso del artículo 110 del Código civil y a la filiación ilegítima en general. También, en cuanto a la naturaleza —y por citar

sólo su aportación más original— son de destacar sus ideas sobre el carácter unitarino de la presunción en nuestro Derecho (presunción legal relativa), tanto para el supuesto general del artículo 108, como para “las circunstancias” singulares del artículo 110).

El capítulo VI, que trata del alcance y eficacia de la presunción de paternidad constituye, en mi opinión, el eje central del libro. El autor considera criticable, con sobrada razón, la eficacia absoluta de la regla en Derecho español, pero, en cambio, critica también la conocida y reciente doctrina de la Dirección General de los Registros que, a partir, de una Resolución de 26 de abril de 1963, coarta, en su entender, la aplicación del artículo 108, al no imponer que hijos de mujer casada sean inscritos, en expediente fuera de plazo, como hijos legítimos de matrimonio, cuando ello implique reclamación de una legitimidad que no se ostentaba de hecho. Esta doctrina de la Dirección General, que viene hoy avalada por el artículo 314 del R. R. C., reformado en 1969, es criticada duramente por el Dr. Rivero. En mi opinión —y sin que ahora deba profundizar en este asunto— el autor no deslinda los distintos campos de aplicación de la presunción del artículo 108 y de la acción de reclamación de legitimidad del artículo 118 (este es precisamente uno de los extremos cuyo desenvolvimiento echo de menos en su estudio). Porque si el artículo 108 tuviera una fuerza total y absoluta, no se comprende para qué es necesario el artículo 118: éste es sólo explicable si el hijo tiene que probar algo más, *concretamente su identidad y el hecho del parto*. La doctrina del Centro Directivo sólo afirma que esta cuestión no es materia propia del expediente gubernativo. Se sigue, en definitiva, un camino semejante al que ha emprendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de abril de 1969 (alabada, por cierto, por el Dr. Rivero), cuando ha afirmado que las presunciones del artículo 108 sólo deben regir en los supuestos de convivencia matrimonial. En uno, y otro caso se llega, por imperativos de justicia, a limitar la eficacia de la presunción de paternidad.

Los efectos de esta presunción de paternidad son examinados a continuación desde el punto de vista de las personas interesadas: marido, hijo, madre y posible progenitor real. Los numerosos problemas prácticos que pueden presentarse, como la reivindicación de la paternidad por el marido o su impugnación por el hijo, han sido pasados en olvido por la doctrina patria y son en esta obra tratados ampliamente. Tras una referencia a las situaciones de ausencia declarada del marido y de nulidad del matrimonio por impotencia de éste (en las que el autor, con toda razón, niega la aplicabilidad del art. 108), termina el capítulo con el estudio de una cuestión tan grave y tan difícil de resolver en nuestro Derecho, como es la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la condición de los hijos así habidos. En cuanto a este último punto no comparto, en modo alguno, la opinión del autor quien considera legítimo al hijo nacido por inseminación artificial heteróloga aunque en consentimiento del marido: esta conclusión no se compagina, además, con la tesis de la cohabitación causal ni con la verdad biológica, tan arduosamente defendidas por el Dr. Rivero a lo largo de toda su obra.

Extraordinariamente importante es también el capítulo VII que lleva el epígrafe “Impugnación de la presunción de paternidad”, pues ésta, como pone de relieve el autor, no es sino el aspecto negativo de la presunción y, según

se admita aquella con mayor o menor amplitud las consecuencias prácticas y el juicio crítico del ordenamiento pueden variar notablemente. Luego de un breve examen histórico y de su fundamento y naturaleza, se tratan extensamente los diversos sistemas existentes en el Derecho comparado, desde el sistema abierto de los Derechos alemán y suizo, pasando por el sistema cerrado de los Códigos francés e italiano, hasta llegar al que muy gráficamente denomina sistema cerradísimo propio del Derecho español.

En este punto radica seguramente el mayor mérito de la obra que comentamos. El párrafo segundo del artículo 108, así como el artículo 109, son examinados a la vista de la doctrina y la jurisprudencia patria exhaustivamente y con pleno rigor científico. Con perfecto criterio, el autor propone una interpretación correctora de la letra del artículo 108 que permita extender la prueba de la "imposibilidad física de acceso" a otras hipótesis en las que resulte igualmente imposible la paternidad del marido. Concretamente señala que "cuando la cohabitación conyugal, presunta o posible concorra con otra adulterina, probada o muy verosímil, será admisible la prueba, con cualquier medio idóneo (incluidas las pruebas biológicas), y concluyente, de la imposibilidad de paternidad del marido". Porque como también añade, "ha de tenerse en cuenta, además, que si el legislador español de 1889 —recogiendo la regulación y hasta las palabras de los proyectos de 1851 y 1882, y de la Ley de matrimonio civil de 1870— limitó la prueba contraria en la impugnación a la de la imposibilidad de acceso en el período legal, ello fue no tanto porque quisiera consagrar la legitimidad de hijos adulterinos en los demás casos, sino porque le pareció que la única prueba segura de la no paternidad era la no cohabitación". En efecto, este parece ser el camino adecuado. Nos hallamos, como señala el profesor Lacruz en el prólogo, ante una verdadera laguna legal, que ha de ser colmada con principios de justicia.

El último capítulo del libro estudia las pruebas biológicas en la impugnación de la paternidad legítima. A la luz de las últimas investigaciones científicas se examina el valor probatorio de las diversas pruebas propuestas, deteniéndose en las más comunes y aceptadas en el Derecho comparado (la heredobiológica, la de grupos sanguíneos y la del grado de madurez). Naturalmente el autor propugna su admisión en nuestro Derecho, especialmente respecto de la prueba hematológica, segura en su aspecto negativo y fácil de obtener, criticando, con la doctrina más reciente, la S. T. S. de 24 de enero de 1947, que las rechazó rotundamente.

* * *

En síntesis, el juicio crítico de la obra del Dr. Rivero ha de ser francamente favorable. En mi opinión, constituye un excelente trabajo bien documentado, serio y progresivo, de fácil y apasionante lectura. Un magnífico punto de partida, en suma, para cualquier estudio futuro sobre filiación legítima.

Es cierto que etn algunos puntos concretos no puedo compartir las ideas del autor, como ya he ido señalando en esta reseña, y, quizás, llevando la crítica a un exagerado rigorismo, podría también, achacarle el hecho de no haber examinado los artículos 112 y 113 del Código civil o el estudiar el fundamento y na-

turalidad de la presunción de paternidad previamente a sus efectos, incurriendo en un cierto dogmatismo. A veces, también, su "ensañamiento" con nuestro Código civil parezca excesivo. En todo caso, estas pequeñas deficiencias no empañan, en modo alguno, el valor positivo de la obra ni su importancia científica.

JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS

ROVIRA FLOREZ DE QUINONES, María Carolina: "La Filosofía Jurídica de Felipe Clemente de Diego y Gutiérrez (1886-1945)". Biblioteca hispánica de Filosofía del Derecho. Volumen núm. 5. Porto y Cía., editores. Santiago de Compostela 1970. 211 páginas (en 4.º).

Libro éste particularmente simpático; por un par de razones. Nos recuerda el significado señero y decisivo de Don Felipe en la ciencia del Derecho privado.. Nos recuerda, además, que el civilista, por severa y acéptica que sea su técnica, parte siempre de una concepción filosófica. Como M. Jourdain hablaba en prosa sin sospecharlo, los civilistas sin darnos cuenta hacemos una profesión de fe filosófica en nuestros trabajos.

La influencia del pensamiento de Don Felipe ha sido expuesta recogiendo algunas citas de discípulos y de estudios posteriores. Me atrevo a señalar que, a mi juicio personal, no se refleja de modo cabal el alcance y amplitud de dicha influencia y lo beneficioso y fructífero que ella fuera para la ciencia jurídica española. Debe mencionarse su labor formativa en el Centro de Estudios Históricos y la pléyade de prestigiosos juristas que le reconocen como guía y maestro. En este momento, vienen a mi pobre memoria los nombres de De Buen, Candil, Garrigues, Alas, Ramos, Xirau, Moro, Raventós. A ellos habría que añadir todos los otros que sin haber sido discípulos directos, aprendieron de sus maestros a considerarse una segunda generación de discípulos o nietos espirituales del maestro. También hubiera podido destacarse, como prueba de la pervivencia de la obra de De Diego, la publicación de la colección de *Dictámenes*, tan utilizados siempre por los autores y por los profesionales y la reedición de las *Instituciones* publicada en 1959, con notas de los profesores De Cossio y Gullón.

El libro reseñado, después de una Introducción (Biografía, Bibliografía, Planteamiento), va examinando cuidadosamente la obra de Don Felipe, analizándola bajo los epígrafes de problemas lógicos, problemas éticos, problemas históricos, problemas antropológicos y problemas ontológicos. Concluye con un capítulo denominado "Situación de De Diego en la Filosofía del Derecho".

El estudio que nos ocupa, ha sido trabajado con encomiable honradez, con un cuidado estudio de cada uno de los trabajos que componen la amplia bibliografía de Don Felipe. Es, en fin, un valioso recordarnos y poner de relieve que, una de las causas de la importancia continuada de la obra de De Diego, es justamente el sólido substrato filosófico sobre la que ella se asienta.