

EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO COMPARADO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**“NORMATIVA SOBRE LA BÚSQUEDA DE ORIGENES DE LOS
ADOPTADOS EN ESPAÑA Y DERECHO COMPARADO”**

Investigadores principales:

Prof. Titular U.C.M. Leticia García Villaluenga.

Prof. Titular U.C.M. María Linacero de la Fuente.

Colaboradores:

Prof. Contratado doctor U.C.M. Juan Carlos Jiménez Mancha.

Prof. Contratado doctor U.C.M. Amelia Sánchez Gómez.

Prof. Asociado U.C.M Esteban Sánchez Moreno.

Composición:

Prof. Ayudante U.C.M. Marta Blanco Carrasco.

“Que estalle lo que quiera. Mi estirpe, aunque sea baja,
yo quiero llegar a conocerla.....”

(SÓFOCLES, EDIPO REY)

INDICE

CONSIDERACIONES GENERALES: FUNDAMENTACIÓN PSICO-SOCIAL DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES

- | | |
|--|---|
| 1. Ideas previas | 7 |
| 2. Investigaciones sobre la búsqueda de los orígenes por los adoptados | 9 |

PRIMERA PARTE: EL RECONOCIMIENTO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES EN EL DERECHO COMPARADO 16

I. ESTADOS UNIDOS 16

- | | |
|--|----|
| 1. Principio de confidencialidad del certificado original de nacimiento. El conflicto entre el derecho de los padres biológicos a preservar su anonimato, el de los padres adoptivos a preservar su intimidad y el de los adoptados a conocer sus orígenes se resuelve mediante el favor de los primeros | 16 |
| 2. Excepciones | 18 |
| 2.1. Si los hijos adoptados prueban una justa causa | 18 |
| 2.2. El sistema de registro de voluntades. Uniform Adoption Act 1994. Consentimiento de los padres biológicos y/o adoptivos. Resolución del conflicto por vía judicial | 21 |
| 2.3. Sistema de “search and consent” o sistema de búsqueda activa de los progenitores para que presten su consentimiento | 26 |
| 2.4. Sistemas que prevén el pleno acceso de los hijos adoptivos | 28 |
| 2.4.1. Sistema de libre acceso, salvo que los padres biológicos hayan registrado previamente en el Registro su voluntad de mantener la confidencialidad o el anonimato | 28 |
| 2.4.2. Sistema de libre acceso incondicionado | 29 |
| 3. Continuación de relaciones entre el adoptado y la familia biológica | 30 |

II. INGLATERRA Y GALES	33
1. Regla General: pleno acceso al certificado original de nacimiento	33
2. Registro de Contactos de Adopción (Adoption Contact Register)	34
3. Tendencia aperturista: estudios legislativos sobre la posibilidad de que los hijos engendrados por donación de tejido reproductivo puedan conocer a sus padres	35
III. FRANCIA	36
1. Regimen jurídico	36
1.1. Artículos 56 y 57 del Code Civil	36
1.2. Artículo 341-1 del Code Civil. Breve referencia al “parto anónimo”	36
1.3. La adopción: arts. 354 y 356 del Code civil	38
1.4. ¿Tímido avance hacia el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos? Especial mención a la Ley 2002-93, de 22 de enero, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado	39
2. Estado de la jurisprudencia	43
IV. ITALIA	45
1. Regimen jurídico	45
1.1. Determinación de la filiación materna por voluntad de la madre en la filiación ilegítima	45
1.2. Ley sobre la adopción y acogimiento de menores de 4 de mayo de 1983: En particular, los artículos 27.3 ^a y 28.2 ^o .	46
2. La posición de los Tribunales Menores	48
3. La ley de 28 de marzo de 2001, que modifica la de 4 de mayo de 1993. En particular, el art. 24.	53
V. SUIZA	55
1. Establecimiento de una filiación materna y la inscripción de nacimiento: arts 252 del Code civil y 67.4 de la OEC	55
2. La adopción: artículos 252 a 269 del Code Civil. En particular, el secreto de la adopción: art. 268 b) del mismo cuerpo legal. Posiciones doctrinales	56
3. El art. 119 g) de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 18 de abril de 1999	59

4. El nuevo apartado del art. 268 del Code Civil, introducido por la Ley Federal de 22 de junio de 2001: El reconocimiento legal del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. Límites 59

VI. ALEMANIA 63

1. El derecho a conocer el origen biológico como fundamental de la personalidad derivado del “derecho general de la personalidad” (artículos 1-I y 2-I de la Constitución) 63
2. Establecimiento de la filiación materna en la inscripción de nacimiento (art. 21 de la *Personenstandgesetz*) 64
3. En concreto, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. El §61, n° 2 de la *Personenstandgesetz* 65

SEGUNDA PARTE: FUNDAMENTACIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES EN ESPAÑA 68

I. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES 68

- 1 Consideraciones previas 68
- 2 Convenios Internacionales 69
- 2.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 69
- 2.2 Convenio de Bruselas, núm. 6, de la Comisión Internacional del Estado Civil (12 de septiembre de 1962) sobre determinación de la filiación materna de los hijos extramatrimoniales (ratificado el 17 de abril de 1984) 71
- 2.3 Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 72
- 2.4 Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 20 de mayo de 1993 75
- 2.5 Carta Europea de los derechos del niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 81
- 3 Constitución Española 81

4	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor	82
5	Legislación del Registro Civil	88
5.1	Inscripción de la adopción	89
5.2	Publicidad formal del Registro	92
5.3	Supuestos de publicidad restringida	95
5.4	Publicidad de la adopción. Reconocimiento tácito del derecho a conocer los orígenes	97
6	Código Civil	99
7	Derecho civil especial y legislación autonómica	101
7.1	Derecho Civil Especial	101
7.2	Legislación autonómica	104

II. FUNDAMENTACIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE RECONOCER Y REGULAR EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES

1	En torno a la consideración del derecho a conocer los orígenes como derecho a la personalidad	108
1.1	El derecho a la individualidad personal o identificación de la persona. El derecho al nombre	110
1.2	El derecho a preservar la identidad cultural, nacional, lingüística, religiosa...	111
1.3	El derecho a la identidad “strictu sensu” o derecho al conocimiento de los orígenes biológicos	112
2	Fundamentación sobre la necesaria regulación del derecho a conocer los Orígenes	113
3	El ejercicio del Derecho al reconocimiento de los orígenes por los menores de edad	117
3.1	Fundamentación del ejercicio al derecho a conocer los orígenes por los menores de edad	117
3.2	El principio del interés superior del niño	120

TERCERA PARTE: ESTADO DE JURISPRUDENCIA

128

- I. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS DE ESTRASBURGO** 128
- II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DEL TRIBUNAL SUPREMO Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO** 136

CUARTA PARTE: LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES

149

QUINTA PARTE: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN SOBRE BUSQUEDA DE ORIGENES RELATIVA A LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA

176

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS** 176
- II. PRINCIPALES RESULTADOS** 177
 - 1. Descripción de los solicitantes 177
 - 2. Procedimiento seguido por la administración 179
 - 2.1. Procedimiento 179
 - 2.2. Problemática relacionada con el procedimiento administrativo 180
 - 3. Problemática más frecuente tras el acceso al expediente 182
- III. CONCLUSIONES** 183

ANEXO I. ENCUESTA SOBRE BUSQUEDA DE ORÍGENES RELATIVA A LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA 187

ANEXO II. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGISFERENDA

207

1. Conclusiones	207
2. Propuestas de lege ferenda	216

BIBLIOGRAFÍA

CONSIDERACIONES GENERALES:

FUNDAMENTACIÓN PSICO-SOCIAL DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES

1.- IDEAS PREVIAS

El incremento, en los últimos años, de la demanda de búsqueda de sus orígenes por los hijos que en su día fueron dados en adopción es un hecho que no puede ignorarse y no debería desatenderse. Sin embargo, la acción de búsqueda no siempre ha sido bien valorada y así, como señala AMORÓS ¹, “inicialmente, las familias adoptivas y los profesionales de la salud mental lo vieron como un síntoma de fracaso de la adopción, o como un signo de patología en la persona adoptada”. Actualmente, hay un amplio reconocimiento de que la demanda responde a un interés creciente de los adoptados y que la sociedad, la Administración y el Derecho han de darle respuesta.

En España hay que tener en cuenta un hecho que puso de manifiesto el interés de los adoptados por conocer su origen. Así, en agosto de 1995 fueron sustraídos dos libros de las antiguas dependencias de la desaparecida maternidad y Orfanato de Navarra, (Hospital de Navarra); estos libros contenían los datos necesarios para conocer la identidad de las madres biológicas de los huérfanos de la antigua casa cuna de Pamplona. Posteriormente, se publicó en un periódico local un listado con los nombres de antiguos miembros del orfanato de Pamplona, y cientos de personas comenzaron a

¹ Vid. AMOROS, P. Y OTROS, “La búsqueda de los orígenes en la adopción”; *Anuario de Psicología*, nº71. 1996, Op. cit, Pág. 109.

recibir en sus domicilios fotocopias de las partidas de bautismo en las que se les daba a conocer su identidad biológica².

Este hecho propició el desarrollo de un movimiento importante de personas que, a sabiendas de su condición de adoptados, deseaban conocer sus orígenes y, en muchos casos, encontrarse con miembros de su familia biológica. Así nacieron, entre otras, la *Asociación Nacional del Derecho a Saber (ANDAS)*³.

En la investigación llevada a cabo por AMORÓS en 1988⁴, sobre la búsqueda de orígenes por los adoptados, las demandas eran escasas y sólo en un 17% de los Servicios Provinciales relacionados con el tema de la adopción se habían comentado institucionalmente las posibles acciones a tomar. El interés parece crecer en los años noventa, ya que las demandas aumentaron notablemente. Así, señala el autor, que si en el estudio realizado en 1987, tan sólo 17 personas en toda España habían solicitado información sobre sus orígenes, en 1991, tan sólo en la Diputación de Barcelona, 31 personas demandaron información sobre su registro de nacimiento y en 1994 esta cifra se triplicó. El autor reconoce que entre los factores que han determinado el incremento de la demanda de búsqueda de los orígenes está el alcance de los medios de comunicación (en concreto la televisión y los programas que lo favorecen), y la citada sustracción de libros de registro en Navarra

En el ámbito objeto de nuestro estudio, también **nos parece fundamental, no sólo reconocer el derecho de los adoptados a “acceder a sus raíces”, sino, también, facilitar que los cauces para que tal derecho se desarrolle sean los más adecuados, dadas las implicaciones personales y familiares que tiene tal ejercicio.** Por ello, consideramos de notable importancia acercarnos al interés que late detrás de la demanda

² Vid. la SAP de Pamplona, núm 285, de 30 de diciembre de 1998, que absolvió al periodista que difundió el listado y al Presidente de la Asociación de huérfanos Sor Isabel, del delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que habían sido juzgados, al considerarse que la difusión informativa del listado no constituyó delito penal ya que no se difundieron los datos que protege el art. 21.1. del RRC y los que garantiza el art. 197 del C.penal, relativos a la intimidad, el derecho a la propia imagen, “sin que se indique los datos de filiación matrimonial o extramatrimonial, adoptivos o no, desconocida o no u otras circunstancias sobre dicha filiación” (Fundamento de Derecho PRIMERO).

³ Esta Asociación, en cuyos estatutos y puesta en marcha tuvimos la oportunidad de participar, contó desde el principio con un equipo de apoyo para ayudar a sus miembros en el camino hacia la búsqueda de su familia biológica y, si era el caso, hacia el encuentro con ella. El equipo de voluntarios lo formaron, principalmente, alumnos del tercer curso de Trabajo Social, de la UCM, y licenciadas en Derecho y Psicología, procedentes de cursos de la DGM de la Comunidad de Madrid.

⁴ AMORÓS, P. Y OTROS, “La búsqueda de los orígenes en la adopción”; *Anuario de Psicología*, nº71. 1996, Facultad de Psicología. Universidad de Barcelona. Págs 108.

del adoptado, entendiendo que aproximarnos a los motivos por los que las personas adoptadas inician el proceso de búsqueda, a sus expectativas y al modo en que sus vidas se ven afectadas por ese proceso, es esencial para abordar, también, la mediación familiar en este espacio tan específico y novedoso.

Para ello, hemos tomado como referente algunas de las investigaciones realizadas por diversas Instituciones en distintos países, para que, junto con los datos que hemos obtenido en las encuestas realizadas a las Comunidades Autónomas podamos colegir algunas conclusiones.

2.- INVESTIGACIONES SOBRE LA BÚSQUEDA DE LOS ORÍGENES POR LOS ADOPTADOS

Entre los estudios que se han llevado a cabo en esta materia y que destacan por su interés, podemos citar los realizados por el *Departamento de Estudios Educativos de la Universidad de Utrecht, con la colaboración del Servicio Social Internacional*.

El estudio se publicó en febrero del 2000 y tenía por finalidad examinar los motivos y las expectativas de las personas que habían sido adoptadas (mediante adopciones internacionales), y que habían comenzado la acción de búsqueda. El Servicio Social Internacional permitió utilizar los archivos de la ISS para identificar a las personas que habían realizado la búsqueda en los últimos cinco años. Tres asociaciones de personas adoptadas prestaron también su ayuda: Arierang, Chicolad y la Asociación de Adoptados Vietnamitas.

La investigación se sirvió del modelo teórico desarrollado por Brodzinsky⁵, que trata de dar explicación a los factores que contribuyen a cómo los adoptados se enfrentan a su adopción. Lo que los investigadores deseaban establecer en el citado estudio era si el mismo modelo podía serle también de aplicación a las búsquedas.

⁵ Vid. BRODZINSKY, D.M. ET ALTER, *Being adopted. The lifelong search for self*. Anchor Books, New York, 1992.

Los motivos para comenzar búsquedas, las expectativas que ésta genera y los resultados (los efectos de las acciones de búsqueda en los ámbitos psicológico, social, educativo y cultural de la vida del individuo) fueron incluidos en un modelo semejante al de Brodzinsky. Lo que los investigadores esperaban encontrar era que aquellas personas que tenían muchos motivos y muchas expectativas en el proceso se verían afectadas por más cambios en su vida personal, como resultado de su búsqueda, en comparación con aquellos que tenían pocos motivos y expectativas.

Los archivos del ISS pusieron de manifiesto que en los últimos cinco años habían comenzado la búsqueda de sus orígenes 73 personas; su edad variaba entre 17 y 58 años, con una media de 27 años. Un número comparativamente grande de ellos (38 %) venía de Indonesia. La muestra también incluía personas de Canadá, Australia y América (22%) que fueron adoptadas por sus padres cuando inmigraron a esos países. Sobre un total de 73 encuestados, pudo localizarse la dirección de 31 de ellos. A éstos últimos se les enviaron cuestionarios. Además, 41 cuestionarios fueron distribuidos a través de las tres asociaciones de adoptados.

Un total de 72 cuestionarios fueron enviados a adoptados (a partir de los 16 años) de 21 países no europeos, y, tan sólo dieciocho encuestados, procedentes de Canadá, Indonesia, Corea, Chile, Colombia, India, Líbano y Vietnam respondieron a los mismos⁶. Es obvio que la muestra del estudio es demasiado pequeña para ser utilizada como base para realizar declaraciones generales sobre los adoptados. Sin embargo, aunque la tasa de respuesta fue baja, los resultados del estudio son suficientemente interesantes y útiles como para ser tenidos en cuenta, fundamentalmente, porque coinciden en esencia con los llevados a cabo por otras Instituciones.

En dicha investigación se concluía que los principales *motivos* apuntados por los adoptados para iniciar la búsqueda eran los siguientes: sentían como si su identidad estuviese incompleta (72 %), querían saber de dónde venían, quiénes son sus parientes, y por qué fueron abandonados, tenían una sensación de pérdida de origen (61 %); otros, experimentaban un vacío en su imagen corporal al carecer de “espejo biológico” (61

⁶ Vid. VAN DE VLIERD. A, AND WILLEMSSEN. G. “Back to the Roots”. Febrero 2000. Documento proporcionado por el ISS. Holanda, a través del MTAS, español.

%)⁷. La mayoría de los adoptados tenían varios motivos para empezar la búsqueda, siendo mayor el impacto en su vida personal en aquellos que tenían un mayor número de razones para iniciar el proceso.

Es importante el dato que se desprende de este estudio respecto a las **relaciones que mantuvo el adoptado por carta o teléfono (67 %), con su madre o padre biológico, y/u otros parientes tras los encuentros iniciales originados por el proceso de búsqueda.**

Finalmente, son de interés las respuestas dadas por los adoptados sobre el tipo de ayuda recibida por ellos en su búsqueda⁸, solicitando en cada fase del proceso (antes, durante y después de la misma) una mejor ayuda. Se opinaba que tener una información adecuada por adelantado era muy importante, y que la necesidad de asesoramiento continuo era fundamental, aún cuando las búsquedas fueran “a un buen ritmo”. Asimismo, nos parece esencial la reflexión, que en casi todos los cuestionarios se contenía, respecto a que era fundamental proporcionar una adecuada atención después de la búsqueda, ya que “El impacto de la búsqueda podría ser tan grande que es precisamente en esta fase cuando se necesita más ayuda”.

Es notable, asimismo, **el estudio de la Children’s Society de Gran Bretaña**, relativo a la experiencia de la gente adoptada respecto a la búsqueda de su familia de origen y la reunión con ella. En 1997, la Fundación Nuffield concedió a la Children’s Society una ayuda económica para emprender esta importante investigación. Se trata de un estudio comparado sobre 472 adoptados, lo que arroja resultados de una alta fiabilidad⁹.

Especialmente, le interesaba a esta Sociedad saber más sobre el impacto a largo plazo de la reunión entre el adoptado y su familia biológica y qué efectos había producido en aquél. Igualmente, les preocupaba conocer por qué unos adoptados

⁷ El citado estudio hace referencia a una declaración reiterada por los adoptados “*comencé la búsqueda porque vivía con la idea de que en algún lugar lejano había alguien que se parecía a mí o a quien yo me parecía*”.

⁸ Los encuestados fueron ayudados en su búsqueda por varias organizaciones (Fiom, SSI, Spoorloos, Wereldkinderen), preguntándoseles en el cuestionario cómo se sintieron acerca de este apoyo y si tenían alguna sugerencia de mejora.

⁹ Dada la importancia de los datos que se desprenden del estudio, nos remitimos a su publicación. Vid. HOWE, D. y FEAST, J. *Adoption, search & reunion. The long term experience of adopted adults*. The Children Society. London. 2000.

deseaban saber más sobre sus orígenes y buscaban información e intentaban encontrar a sus parientes de nacimiento, mientras otros no.

Hay que tener en cuenta que, históricamente, La Children's Society era una de las agencias más grandes de adopción en el Reino Unido, que facilitó la adopción de, aproximadamente, 16.000 niños. Desde que en 1975 se aprobó la Children's Act¹⁰, dando a las personas adoptadas el derecho de acceder a la información desde su partida de nacimiento, la Children's Society ha recibido miles de requerimientos de dichas personas para conocer su origen.

Durante la década pasada, la Children's Society ha recibido también un número creciente de solicitudes de familiares de origen, principalmente madres biológicas, que querían tener información básica sobre el niño (ahora adulto) que dieron en adopción. Desde 1991 un importante número de los parientes biológicos ha utilizado esta Asociación como servicio intermediario para tratar de obtener información sobre el estado de su hijo (principalmente, les interesa saber si el hijo está vivo y bien) y para dejar constancia de su interés en mantener contacto, si ese fuera el deseo del adoptado, ya adulto.

La intervención de La Children's Society aconsejando, dando noticias e información y cumpliendo funciones de intermediaria, ha venido determinada por las exigencias en este sentido de la gente adoptada, de los parientes adoptivos y de la familia de origen, que han demandado sus servicios.

Ciertamente, la actuación de esta Sociedad ha puesto de manifiesto que no hay reglas cerradas y que cada caso tiene sus particularidades que hay que tratar de un modo individualizado; si bien, era **necesario identificar principios generales, y servirse de buenos profesionales para ayudar a las personas en su suceso tan importante de su vida**¹¹.

¹⁰ Vid. La Sección 26 de la Children Act de 1975, y la Adoption Act 1976 (sección 51), que reconocieron el derecho de los adoptados mayores de 18 años, a acceder a los datos relativos a su origen. Vid. Supra. Derecho comparado.

¹¹ Vid. HOWE, D. y FEAST, J. *Adoption, search & reunion. The long term experience of adopted adults*. The Children Society. London. 2000, Preface.

La investigación llevada a cabo por esta Institución revela datos significativos, entre los que destacamos los siguientes:

1. El 81 % de los adoptados manifestaron que la experiencia de recibir nueva información había sido positiva, y un 71 % señaló que la información le había ayudado a responder importantes preguntas a cerca de su origen y de sus antecedentes.
2. El 85 % de los adoptados, tras haber recibido la información tuvieron contacto con uno o más de sus familiares de origen, un 33%, dentro de un mes, un 53 % dentro de 3 meses.
3. Un 58 % de los que contactaron con su madre, lo hicieron también con sus hermanos.
4. La mayoría de los adoptados (91 %), hicieron los primeros contactos por carta o por teléfono y sólo el 9 % lo hicieron “cara a cara”.
5. Un 78 % utilizaron un intermediario para el encuentro en su primera reunión, mientras que un 22 % hicieron el contacto entre ellos directamente.
6. Sobre la satisfacción de dicho contacto, un 36 % afirmaban sentirse “con amigos”, un 29 % señalaban que “inmediatamente se sintieron como familia”, un 14 % se sintieron extraños o no se habían sentido bien, y un 11% tenían sentimientos confusos. Un 7% renegaban de su familia biológica, y un 3% decía sentirse “liberado” tras la reunión.
7. Respecto a los contactos posteriores al primer encuentro, destacan los siguientes datos: la mayoría de los adoptados mantuvieron algún tipo de relación con su familia biológica. Un 76 % con la madre, durante los tres años o más, siguientes al encuentro, y después de 3 o más años, un 85 % de los que buscaron mantienen aún contacto con uno o más de sus familiares, y un 70 %, se comunican o ven a su padre biológico.
8. La valoración de la experiencia de la reunión es positiva (85 %), y un 61 % de los que buscaron afirmaron que “se sentían personas más completas desde la reunión”.

Se desprende, por tanto, de esta investigación **que las personas adoptadas que determinan buscar a su familia natural a menudo tienen éxito, manteniendo en un porcentaje importante relaciones en los años posteriores al primer encuentro y con un alto nivel de satisfacción por haber emprendido el proceso.** Es significativo,

también, que para la mayoría, incluso cuando la reunión es de corta duración vital, los resultados y los efectos a largo plazo han sido buenos.

CONCLUSIONES

1. De los estudios anteriormente citados podemos colegir que **los motivos para iniciar la búsqueda son comunes a todos los adoptados, con independencia del lugar del que procedan; asimismo, los procesos tienen un “iter” similar, más allá de las fronteras. Se trata, por tanto, de valores universalmente compartidos, que como veremos tienen también reflejo en nuestro país¹².**
2. **Los adoptados comienzan el proceso de búsqueda una vez que han superado una interpretación errónea del sentimiento de lealtad hacia los adoptantes** (en muchas ocasiones, el adoptado siente que si busca su origen no es leal a sus padres adoptantes, cuando se trata no de ir contra ellos, sino de avanzar en el conocimiento de sí mismo), **así como el miedo que les produce el rechazo de la persona buscada, y que supondría un “segundo abandono”.**
3. **Las etapas de la vida en que el adoptado inicia esta acción suelen coincidir con hechos como: contraer matrimonio, el nacimiento de un hijo¹³, alguna enfermedad que provoca la preocupación por la propia salud¹⁴ o la muerte de un padre adoptivo, por los sentimientos de pérdida y vacío que originan¹⁵.**

¹² Vid. Respuestas al cuestionario de las Comunidades Autónomas.

¹³ El embarazo es una de las causas que puede reactivar el deseo de estar en contacto con la madre biológica; responde a la necesidad de identificarse con ella, pudiendo hacer que se reviva el hecho del abandono; por ello, es mayor el número de mujeres que desean conocer sus orígenes, y buscan por tanto a su familia biológica, que el de hombres.

¹⁴ Recientes investigaciones, como las llevadas a cabo sobre cáncer de mama, determinan la importancia de conocer los antecedentes genéticos para su prevención.

¹⁵ Vid. en este sentido el interesante estudio de PACHECO, F. Y EME, R. “ An outcome study of the reunion between adoptees and biological parents”. *Child Welfare League of America*, 1993, N° LXXII, 1, págs. 53-64.

4. **La necesidad de saber más sobre su origen y las causas de su “abandono”, o tener un *espejo biológico*: “necesitamos mirarnos en los ojos de la persona que nos dio la vida”; son motivos ampliamente compartidos por los que inician un proceso de búsqueda; sin embargo, entre todos, destaca la necesidad de “*construir un sentido de la identidad más completo*”. Declaraciones como: “somos una cadena que le falta un eslabón”, o la utilización del símil del “puzzle”, o el “rompecabezas”, son constantes en los adoptados, ya que necesitan “rellenar” esa parte en la que se sienten incompletos¹⁶.**

5. **Las razones que determinan ese “deseo de saber”, no han de buscarse en sentimientos de insatisfacción del adoptado por su relación con los padres adoptivos, o con el resto de su familia: hijos, marido...aunque, a veces, ese sea el temor de éstos, sino que responden, más bien, a cuestiones vinculadas con el sentimiento de identidad del sujeto. Esta razón, a nuestro entender, entronca directamente con el Derecho fundamental a la identidad reconocido en el art. 10 de la Constitución española¹⁷.**

6. Es pronto para evaluar las consecuencias que el proceso de búsqueda-encuentro está produciendo en los adoptados y en sus familias en España, aunque en la última parte de este trabajo analizamos la situación en las distintas Comunidades Autónomas.

7. **En prevención de los conflictos que el ejercicio del derecho a conocer pudiera suscitar y de los ya surgidos proponemos la mediación familiar como espacio idóneo para canalizarlos.**

¹⁶ La participación en la creación de la Asociación Nacional del Derecho a Saber, nos brindó la oportunidad de realizar entrevistas a los adoptados que buscaban sus orígenes, y de ser testigos de sus necesidades y motivaciones en el proceso de búsqueda que comenzaban muchos de ellos, o que llevaban años intentando sin resultado (1995-1996-1997).

¹⁷ Vid. *Infra*.

PRIMERA PARTE:

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES EN EL DERECHO COMPARADO

I.- ESTADOS UNIDOS¹⁸

1.- PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD DEL CERTIFICADO ORIGINAL DE NACIMIENTO. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS A PRESERVAR SU ANONIMATO, EL DE LOS PADRES ADOPTIVOS A PRESERVAR SU INTIMIDAD Y EL DE LOS ADOPTADOS A CONOCER SUS ORÍGENES SE RESUELVE MEDIANTE EL FAVOR DE LOS PRIMEROS

La adopción en Estados Unidos conlleva la redacción de una nueva partida de nacimiento en la que los adoptantes aparecen como padres del adoptado, mientras que la partida de nacimiento original se archiva en un expediente confidencial, de forma que ni

¹⁸ Vid., con carácter general, GARRIGA GORINA, M., *La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencia*, Navarra 2000, págs. 191-206. Para un análisis detallado de la legislación imperante en cada Estado, consúltese la página web de NAIC (National Adoption Information Creatinghouse (en el momento de redactar este trabajo en la dirección <http://naic-acf.hhs.gov/general/legal/statutes>).

el hijo ni los padres adoptivos puedan acceder a la identidad de los padres biológicos ni estos a la de los adoptivos (*sealed adoption records*)¹⁹.

En algunos Estados, se ha planteado la constitucionalidad de las leyes que restringen el derecho de los adoptados a conocer a sus padres biológicos, afirmándose que éstas podrían vulnerar el derecho a conocer la propia identidad, que es un derecho fundamental que tiene su raíz en el derecho a la intimidad. Sin embargo la sentencia del **caso Mills** rechazó esta postura, considerando que, aunque toda la información referente a los antecedentes médicos y sociales del adoptado y su familia biológica resulta fundamental para la formación de la identidad personal y de la propia imagen del adoptado, el respeto del derecho a la intimidad no subsume el derecho a controlar la información referida a uno mismo. Por un lado, se argumenta que las normas que restringen el acceso de los adoptados a los datos del Registro en caso de que su familia biológica no preste su consentimiento tiene su justificación en la protección del derecho a la intimidad de los progenitores, que pueden haber constituido una nueva familia y que confiaron en la confidencialidad que les fue prometida durante el procedimiento de adopción, protección que constituye un interés legítimo del Estado; señala el Tribunal sentenciador que es bastante probable, que el padre biológico de un adoptado elija no revelar a su esposo sucesos potencialmente inaceptables y emocionalmente impactantes que ocurrieron en años pasados. Por otro lado, se insiste en que esto no supone dejar desprotegidos a los adoptados, dado que pueden acceder a la información registral en el supuesto de que prueben que tienen una causa suficiente²⁰.

Asimismo, se ha planteado que las normas que restringen el acceso de los adoptados a los "*sealed adoptions records*" podrían ser inconstitucionales por constituir una supuesta discriminación por razón de nacimiento. Esta postura ha sido igualmente rechazada en virtud de la sentencia dictada en el denominado **caso Maples**, donde se sostuvo que no existe discriminación o inconstitucionalidad alguna por razón de nacimiento, dado que, por un lado, la restricción de acceso a los registros no deriva en sí del nacimiento sino del procedimiento judicial de adopción y, por otro, la Constitución

¹⁹ Entre las legislaciones más restrictivas, se encuentra la del territorio no incorporado de Guam que establece que el acceso al certificado original de nacimiento y a la información relativa tanto a datos identificativos como no identificativos, sólo puede tener lugar en virtud de mandamiento judicial dictado por el Tribunal que aprobó la adopción (título 19, sección 4217 del Estatuto de Guam).

²⁰ Mill versus Atlantic City Department of Vital Statistics, 372 A.2d 646 (N.J. Super Ct.Ch. Div. 1977).

no impide que se trate de forma distinta a personas que se hallen en circunstancias distintas²¹.

Finalmente, se ha planteado que podría existir una violación al derecho a recibir información reconocido en la primera enmienda de la Constitución. Sin embargo, esta postura ha sido finalmente refutada por la jurisprudencia americana en los mencionados casos Mills y Maples. Por un lado, la sentencia del caso Mills estableció que el derecho a recibir información no es un derecho absoluto, sino que puede estar limitado por otros derechos o intereses en conflicto, como es el de la protección de la intimidad de los padres de origen o el interés del Estado en el proceso de adopción. En este mismo sentido, la sentencia del caso Maples sostuvo que el control de la información de la paternidad de origen constituye un interés legítimo del Estado, que puede limitar el acceso a los registros para salvaguardar el proceso de adopción.

En conclusión, aunque los Tribunales americanos vienen reconociendo que el derecho a conocer los orígenes biológicos constituye un derecho digno de protección constitucional, debe valorarse también el derecho de los padres biológicos a preservar su intimidad y su actual vida familiar, el de los adoptantes a conservar su intimidad familiar y el del Estado a proteger en su integridad el proceso de adopción. Por ello, como regla general, resulta admisible y constitucional que, en caso de conflicto entre la voluntad de los adoptados de conocer su origen biológico y el derecho de los padres por naturaleza de preservar su identidad, se establezcan restricciones al acceso de los adoptados a sus padres biológicos.

2.- EXCEPCIONES

2.1.- SI LOS HIJOS ADOPTADOS PRUEBAN UNA JUSTA CAUSA

Las legislaciones de algunos Estados prevén que los adoptados puedan acceder a su certificado original de nacimiento u obtener datos de información identificativa sobre sus padres de origen, si puede probar una causa suficiente (*good cause*)²².

²¹ Maples, In re Gimán, 101, Misc. 2nd 853, 863, 422 N.Y.S. 2d 1003, 1009 (1979).

²² Este es el supuesto de la legislación del Distrito de Columbia, que posee una de las legislaciones más

Sin embargo, se plantean dudas en la jurisprudencia estadounidense a la hora de determinar qué debemos entender por justa causa.

Toda la jurisprudencia coincide en que existe una justa causa para permitir a los adoptados el pleno acceso a la identidad de los progenitores en aquellos casos en que existan razones de salud que lo justifiquen (por ejemplo, necesidad de buscar donantes de órganos o médula compatibles), como ocurrió en el **caso Chattman**²³. Sin embargo, incluso en estos casos, los Tribunales tienden a ser restrictivos y a valorar que el trastorno de salud sea relevante y justifique el acceso a los padres de origen. Así, en el **caso George** se denegó la solicitud del adoptado tras comprobar que ninguno de los miembros de su familia de origen era compatible para realizar un transplante de médula ósea al adoptado afectado de leucemia²⁴.

Sin embargo, existen dudas a la hora de considerar los trastornos psicológicos del adoptado, derivados o agravados por el desconocimiento de sus orígenes, como causa de salud que justifique el acceso al certificado original de nacimiento o a los datos identificativos de sus padres naturales.

restrictivas en cuanto al acceso de datos del adoptado (sección 16-311 del Estatuto de Columbia). El adoptado sólo puede acceder a los datos identificativos de su adopción en virtud de una orden judicial que sólo se concederá por razones de salud del niño. Asimismo, sólo se permitirá al adoptado acceder a un certificado original de nacimiento en caso de mandamiento judicial, permaneciendo hasta ese momento en un registro sellado (sección 16-314).

La legislación del Estado de New Jersey establece que el acceso a los datos identificativos, no identificativos o a la certificación de nacimiento sólo será posible en virtud de orden judicial que deberá otorgarse sólo en el caso de que se pruebe la existencia de justa causa (secciones 9.3.52 y 26.8-40.1 del Estatuto de New Jersey).

La legislación del Estado libre asociado de Puerto Rico sólo regula el acceso a la certificación original de nacimiento estableciendo que sólo será posible en virtud de mandamiento judicial (título 24. 1136 del Estatuto).

La legislación del territorio no-organizado de la Samoa Americana prevé que el acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de un mandamiento judicial que sólo se otorgará si se prueba justa causa (sección 54.0424 del Estatuto de Samoa Americana).

La legislación del Estado de Virginia prevé que tanto los adoptados mayores de 21 años, como los progenitores y parientes biológicos pueden obtener información después de comprobar la existencia de justa causa y el efecto que la revelación puede causar a la otra parte (sección 63.2.1247 del Estatuto de Virginia). El acceso al certificado original de nacimiento sólo se permite en virtud de mandamiento judicial (sección 32.1-261 del Estatuto). En cambio, el acceso a los datos no identificativos es libre para las personal adoptadas mayores de 18 años; otras personas interesadas podrán tener acceso a estos datos sólo si concurre justa causa y en virtud de mandamiento judicial (sección 63.2.1246 del Estatuto).

²³ *Chattman versus Bennett*, 57, a.d. 2D 618, 393, n.y.s. 2D 768 (1977).

²⁴ *In re George*, 630 S.W. 2d. 614 (Mo. App. 1982).

Así, en el **caso Assalone**, el Tribunal consideró que la necesidad psicológica grave de conocer la identidad de los padres de origen puede justificar una intromisión en el derecho a la intimidad de éstos²⁵. Igualmente, en el caso Mills se sostuvo que la existencia de una necesidad psicológica podría constituir causa suficiente para permitir el acceso del adoptado a sus datos identificativos. En el **caso Bradey** se consideró que la desclasificación sólo debía concederse por causas extraordinarias, sin que bastase el mero deseo del adoptado, y denegó el acceso en el caso concreto por considerar que el adoptado no había probado suficientemente que requería asistencia médica por su sentimiento de inferioridad o que era incapaz de mantener el empleo o unas relaciones familiares estables debido a un trastorno de identidad ocasionado por el desconocimiento de sus orígenes; “*a contrario*” se deduce que, en caso de que se hubiera probado la existencia del trastorno psicológico, el Tribunal habría permitido al adoptado el acceso a la identidad de sus padres biológicos²⁶.

Sin embargo, en el **caso Backes**, a pesar de que un perito declaró que el adoptado sufría problemas psicológicos de identidad a causa del desconocimiento sobre su origen biológico, el Tribunal consideró que tales problemas no tenían una naturaleza patológica por lo que no había quedado probada la concurrencia de justa causa que permitiera una intromisión en el derecho a la intimidad de los padres biológicos²⁷. Es decir, para el Tribunal del caso Backes no bastaría un mero trastorno psicológico, sino que este debería tener una naturaleza patológica especial. Igualmente, cabe citar el **caso Dixon** en el que la sentencia deniega el acceso a la información a una mujer que padecía un trastorno depresivo aunque, según el psiquiatra que la trataba, el conocimiento de sus orígenes biológicos habría favorecido su recuperación²⁸.

En conclusión, existe coincidencia al valorar como justa causa para permitir el acceso las razones de salud, aunque se discrepa a la hora de determinar si el trastorno físico o psicológico es de suficiente entidad para justificar el acceso o, sea cual sea su entidad, si existe un nexo causal que justifique realmente el acceso.

²⁵ In re Assalone, R.I. 512 A. 2d 1383 (1986).

²⁶ Bradey versus Children’s Bureau of South Carolina, 275 S.C. 622, 274, S.E. 2d 418.

²⁷ Backes versus Catholic Family Community Services, 210 N.J. Super 186, 509 A. 2d 283 (Ch. Div. 185).

²⁸ In re Dixon, 323, NW. 2d 549 (Mich.Ct.App. 1982).

2.2.- EL SISTEMA DE REGISTRO DE VOLUNTADES. UNIFORM ADOPTIONS ACT 1994. CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS Y/O ADOPTIVOS. RESOLUCIÓN EL CONFLICTO POR VÍA JUDICIAL

En la mayor parte de los Estados americanos se han acogido legislaciones que acogen, aunque con diversas matizaciones, el sistema de Registro de Voluntades (Mutual Consent Registry o Voluntary Registry) establecido por la Uniform Adoption Act de 1994 (en adelante UAA 1994). Este sistema permite que el adoptado mayor de edad pueda acceder a información sobre sus progenitores de origen si el adoptado manifiesta ante el Registro querer obtener dicha información y, por otro, se consigue que los progenitores otorguen su permiso también ante el Registro. En algunos Estados se requerirá además el consentimiento de los adoptantes.

La sección 6-101 de la UAA 1994 establece, como regla, la confidencialidad de los expedientes, confiriendo este carácter a todos los documentos, anexos y datos referentes a la adopción. Así, la sección 6 prevé que los expedientes que se hallen archivados en el Tribunal deben permanecer sellados y custodiados durante 99 años después desde la fecha del nacimiento del adoptado. Asimismo, las agencias, abogados y profesionales que hayan proporcionado servicios en relación con la adopción son responsables de la confidencialidad de las informaciones y datos que obren en sus archivos durante ese mismo tiempo.

No obstante lo anterior, se permite que los adoptados puedan acceder en mayor o menor medida a información sobre su origen biológico a través del Registro de consentimientos, lo que requiere que los padres biológicos sean informados de la existencia de dicho registro en el momento de prestar el consentimiento para la adopción de sus hijos (sección 6-104 y sección 2-404 de la UAA).

Sin embargo, pueden plantearse problemas respecto del derecho de los adoptados a acceder a su filiación de origen en los casos en que no se obtenga el consentimiento de los progenitores biológicos o cuando no exista una voluntad unánime de los progenitores de origen, bien porque uno de ellos se niega a prestar su consentimiento o porque ha fallecido.

En estos supuestos, la sección 6-105 de la UAA 1994, al objeto de evitar negativas abusivas, ha previsto que el adoptado pueda acudir a la vía judicial para obtener dicha información. Según esta sección, un adoptado que haya alcanzado los 18 años de edad (o un adoptado que, aunque no haya alcanzado los 18 años de edad, tenga el permiso de su padre adoptivo; o un padre adoptivo de un adoptado que no hay alcanzado los 18 años de edad; o un descendiente directo de un adoptado fallecido que haya alcanzado los 18 años de edad; o el padre o custodio de un descendiente directo que no haya alcanzado los 18 años de edad; o un pariente próximo de un adoptado) estaría legitimado para solicitar ante los Tribunales que se le proporcionase información sobre los datos de su filiación de origen que se contengan en los expedientes, incluyendo certificados de nacimiento, que según UAA sean confidenciales o sellados.

Para resolver la petición de información, los Tribunales deberán analizar las circunstancias que rodean el caso y, en concreto, las siguientes: (i) La razón por que la información es buscada y, en concreto, si existe justa causa; (ii) si el individuo sobre el que se busca la información ha firmado la documentación descrita en la sección 2-404 o 6-104 pidiendo que su identidad no sea desvelada; (iii) si el progenitor biológico está vivo; (iv) si es posible satisfacer la solicitud del peticionario sin desvelar la identidad del otro individuo; (v) el probable efecto de la desclasificación sobre el adoptado, los padres adoptivos, los parientes cercanos del adoptado, y otros miembros de la familia original y adoptiva del adoptado; y (vi) la edad, madurez, y necesidades expresadas del adoptado. Tras analizar los anteriores factores, el Tribunal podría resolver que se desclasificase la información requerida siempre que considerase que existe una razón o justa causa que obliga a desvelar la información y que el beneficio para el adoptado peticionario fuera mayor que el daño que la revelación de la información pudiera causar a los padres biológicos.

Fuera de los casos de acceso a la información por obtención de consentimiento de los afectados o por resolución judicial, el artículo 7-106 de la UAA sanciona la revelación no autorizada de información. Según este precepto, una persona que, a sabiendas, ofrezca o acepte una recompensa por revelar de manera no autorizada información confidencial sobre la adopción se considerará culpable y será sancionado con una multa o con una pena de prisión o con ambas. Además las personas afectadas por la revelación de datos estarían legitimadas para ejercitar acciones por daños contra la persona que obtuviera la información no autorizada.

Este sistema de obtención del consentimiento ha sido adoptado por la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros²⁹.

²⁹ Así, la legislación de Georgia establece que los adoptados podrán acceder a los datos identificativos de sus progenitores de origen siempre que los padres de origen hayan registrado su consentimiento irrevocable y escrito para desclasificar la información. En caso de que no lo hayan hecho, el adoptado podrá también solicitar de la Corte Superior del Condado de Fulton que se le proporcione la información identificativa y ésta lo acordará en los casos en que la denegación tuviera un impacto negativo sobre la salud física, mental o emocional de la persona adoptada (sección 19.8-23 del Estatuto de Georgia). Para acceder a la certificación original de nacimiento será necesario siempre un mandamiento judicial (sección 31.10-14). En cambio, todas las partes involucradas en el procedimiento de adopción podrán acceder libremente a los datos no identificativos (sección 19.8-23).

La legislación de Arizona establece que la Corte Suprema de Arizona (Arizona Confidential Intermediary Program), que sería el órgano encargado de proporcionar la información, no podrá proporcionar información identificativa de los padres biológicos o el certificado original de nacimiento, sino en virtud de un mandamiento judicial que declare que existe una necesidad sustancial para desclasificar o cuando se hubiera obtenido el consentimiento de los padres biológicos (sección 8.121 y 36.322 y 337 del Estatuto de Arizona). En cambio, la Corte Suprema de Arizona está obligada a proporcionar información no identificativa sobre los padres biológicos, tales como salud o historia genética de éstos, a mera petición de los adoptados (sección 8.121 y 129).

La legislación de Alabama permite a los adoptados acceder a información no identificativa de sus progenitores y a su certificado original de nacimiento en virtud de simple petición (sección 22.9A-12 (c)-(d) del Estatuto de Alabama). En cambio, para obtener información identificativa, se requiere el previo consentimiento escrito de los padres biológicos o, en su defecto, un mandamiento judicial que sólo será concedido por el juez después de sopesar los intereses y derechos de las partes afectadas (sección 26.10A-31).

La legislación de Arkansas permite a los adoptados obtener información identificativa sobre sus padres de origen si ambos padres depositan en el Registro de Voluntades una declaración jurada prestando su consentimiento (sección 9.9.504 del Estatuto de Arkansas). En cambio, el acceso al certificado original de nacimiento sólo sería posible en virtud de mandamiento judicial (sección 20.18.406). El acceso a los datos no identificativos de los padres biológicos es posible a mera petición del adoptado (sección 9.9.505).

La legislación de California establece la obligación de poner la información no identificativa a disposición de los padres adoptivos en el momento de la adopción (sección 8706 y 8817 del Código de Familia de California). Sólo se ofrecerá información identificativa de los padres de origen si media el previo consentimiento previo de éstos. Los padres adoptivos pueden obtener también esta información en virtud de mandamiento judicial que declare la existencia de una necesidad médica u otra circunstancia extraordinaria que justifique la desclasificación (sección 9201, 9203, 9205 y 9206). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de un mandamiento judicial (Código de Salud

y Seguridad de California, sección 102705).

La legislación de Colorado prevé el acceso de los adoptados a los datos de registro previo consentimiento de los padres biológicos (sección 19.5-305 y 25.2-113.5 del Estatuto de Colorado). En cambio, el acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (sección 25.2-113).

La legislación de Connecticut establece el acceso de los adoptados a los datos del registro previo consentimiento de los padres biológicos, que sólo será denegado en caso de que se entienda que la información requerida pudiera afectar seriamente a la salud emocional o física del solicitante o de la persona cuya identificación es requerida (sección 45A-751 del Estatuto de Connecticut). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (sección 7-53). Respecto de la información no identificativa, será proporcionada a los padres adoptivos antes de finalizar el procedimiento de adopción, sin perjuicio de que pueda volver a recavarla el adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad (sección 45A-746).

La legislación de Florida prevé el acceso de los adoptados a los datos identificativos del registro previo consentimiento de los padres biológicos (sección 63.162 del Estatuto de Florida). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (sección 63.162). En cambio, el acceso a los datos no identificativos es posible en virtud de mera solicitud (sección 63.162).

La legislación de Idaho prevé el acceso a los datos identificativos del registro si los progenitores y familiares de origen han prestado su consentimiento (sección 39-259A del Estatuto de Idaho). Los consentimientos prestados ante el Registro de adopción pueden ser revisados. Igualmente, el acceso al certificado original de nacimiento será posible en caso de que los padres biológicos hayan prestado su consentimiento (sección 39-258). En caso de que los progenitores de origen no prestasen el consentimiento, el acceso sólo podrá efectuarse en virtud de mandamiento judicial.

La legislación de Iowa prevé el acceso de los adoptados a los datos identificativos del registro previo consentimiento de los padres biológicos (sección 144.43A del Estatuto de Iowa). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (sección 144.24).

La legislación de Kentucky establece el acceso de los adoptados a los datos identificativos siempre que los padres biológicos hubieran hecho constar su consentimiento en el Registro del Departamento de Servicios sociales (sección 199.572 del Estatuto de Kentucky). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (sección 199.570). Respecto de la información no identificativa, será proporcionada a los padres adoptivos antes de finalizar el procedimiento de adopción, sin perjuicio de que pueda volver a recavarla el adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad (sección 199.520).

La legislación de Iowa permite el acceso de los adoptados a los datos identificativos del registro en caso de que los padres biológicos hayan registrado su previo consentimiento (Título 22, sección 2765 del Estatuto de Maine). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (título 22, sección 2765).

La legislación de Massachusetts prevé el acceso de los adoptados a los datos identificativos del registro previo consentimiento de los padres biológicos (chapter 210, sección 5D del Estatuto de Massachusetts). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (chapter 210, sección 5C). En cambio, el acceso a los datos no identificativos es posible en virtud de mera solicitud (chapter 210, sección 5D).

La legislación de Missouri permite el acceso de los adoptados a los datos identificativos del registro en caso de que los padres biológicos hayan registrado su deseo de ser contactados (sección 453.121 del Estatuto de Missouri). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (sección 193.125 del Estatuto). En cambio, el acceso a información no identificativa es libre (sección 435.121 del Estatuto).

La legislación de Nevada permite el acceso de los adoptados a los datos identificativos de padres biológicos y parientes hasta el tercer grado siempre que los nombres y la información de esas personas estén contenidas en el registro y que los padres biológicos presten su consentimiento (sección 127.007 del Estatuto de Nevada). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (sección 440.310 del Estatuto). La legislación no se refiere al acceso a la información no identificativa.

La legislación de New Hampshire prevé el acceso de los adoptados a los datos identificativos del registro si los padres adoptivos prestaron su consentimiento para la desclasificación y éstos, después de ser contactados, confirman su deseo de ser contactados (sección 170-B-19 del Estatuto de New Hampshire). En cambio el acceso a la certificación original de nacimiento y a los datos no identificativos son libres en

virtud de mera solicitud (sección 170-B-19).

La legislación de Oregon permite el acceso de los adoptados a los datos identificativos del expediente en caso de que los padres biológicos hayan registrado su consentimiento (sección 109.430 del Estatuto de Oregon). Esta información será también desclasificada a tribus indias o agencias gubernamentales para establecer el derecho de una persona de constituirse en miembro de una tribu. El acceso al certificado original de nacimiento es posible en virtud de mandamiento judicial o en virtud de procedimiento establecido en el Registro Voluntario de Adopción (sección 432.230 del Estatuto). En cambio el acceso a información no identificativa es libre a simple petición del interesado (sección 109.430 del Estatuto).

La legislación de North Carolina prevé el acceso de los adoptados a los datos identificativos del registro si se obtiene el consentimiento escrito y firmado de los padres adoptivos (sección 48-9-109 del Estatuto de North Carolina). El acceso a la certificación original de nacimiento sólo puede obtenerse en virtud de mandamiento judicial (sección 48-9-106). Los datos no identificativos son libres en virtud de mera solicitud (sección 170-B-19).

La legislación del territorio no organizado de Northern Mariana Islands regula el acceso al certificado original de nacimiento con el consentimiento del Tribunal de adopción y de todas las personas interesadas o, en su defecto y de manera excepcional, en virtud de mandamiento judicial si se prueba justa causa. Corresponde proporcionar la información a la agencia que gestionó la adopción (título 8, sección 1414 del Estatuto de Northern Mariana Islands). Los padres biológicos pueden acceder a información sobre la identidad de los padres adoptivos o del adoptado mayor de 14 años, bien con consentimiento escrito de los interesados o si concurre justa causa (título octavo, sección 1414 del Estatuto). El Estatuto no se refiere expresamente al acceso a datos no identificativos.

La legislación de North Dakota permite el acceso de los adoptados mayores de 18 años a los datos identificativos de los padres biológicos o parientes si estos prestan su consentimiento. Los padres originales podrán requerir tal información respecto de los adoptados mayores de 21 años (sección 14-15-16 del Estatuto). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible previo consentimiento del Tribunal y de todas las personas interesadas o, en casos excepcionales, si media justa causa (sección 14-17-22 y 23-02-1-18 del Estatuto). En cambio el acceso a información no identificativa es libre mediante la simple solicitud escrita (sección 14-15-16 del Estatuto).

La legislación de Rhode Island permite el acceso de los adoptados a los datos identificativos del expediente o al certificado original de nacimiento en caso de que los padres biológicos hayan registrado su consentimiento (sección 15-7.2-2, 7 y 12 del Estatuto de Rhode Island). El acceso a información no identificativa es posible en virtud de petición del interesado y a través del Tribunal de adopción (sección 15-7.2-2 del Estatuto).

La legislación de South Carolina prevé el acceso de un interesado a los datos identificativos del registro si se obtiene el consentimiento formal de la otra parte. El acceso a los datos no identificativos es posible por causa justificada (sección 20-7-1780 del Estatuto de South Carolina). El estatuto no contiene referencia alguna al acceso a la certificación original de nacimiento, pero presumiblemente podría obtenerse por mandamiento judicial (sección 44-63-140 del Estatuto).

La legislación de South Dakota permite el acceso a los datos identificativos de los padres biológicos si estos prestan su consentimiento. Los padres biológicos podrán precisar si quieren que los datos estén disponibles en todo momento o sólo después de su muerte. El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento (sección 25-6-15.3 del Estatuto de South Dakota). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible en virtud de mandamiento judicial (sección 34-25-16.4 del Estatuto). En cambio el acceso a información no identificativa es libre (sección 25-6-15-2 del Estatuto).

La legislación de Texas prevé el acceso a los datos identificativos de sus progenitores de origen, si éstos han registrado su reconocimiento escrito y firmado. Para que tal consentimiento permita la revelación de los datos después de la muerte de los progenitores, es preciso que éstos hubieran expresado su voluntad en ese sentido (sección 162.146 del Código de Familia de Tejas). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible a través del mandamiento judicial del Tribunal que concedió la adopción (sección 192.008 del Código de Salud y Seguridad). En cambio, el acceso a los datos no identificativos es libre (sección 162.016 del Código de Familia).

La legislación de Utah prevé el acceso a los datos identificativos de las personas registradas siempre que se produzca una coincidencia de solicitud de acceso en el Registro (sección 78-30-18 del Estatuto). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es posible mediante mandamiento judicial (sección 78-30-15 del Estatuto). En cambio, el acceso a los datos no identificativos es posible a mera solicitud del adoptado.

Vid. NATIONAL ADOPTION INFORMATION CLEARINGHOUSE (NAIC), Legal issues and Laws,

2.3. SISTEMA DE SEARCH AND CONSENT O SISTEMA DE BÚSQUEDA ACTIVA DEL CONSENTIMIENTO

En general, el sistema de la UAA 1994 que acabamos de describir ha sido criticado porque no prevé o impone la realización de una actividad positiva por parte de la Administración para intentar localizar a los padres biológicos y obtener el consentimiento de las personas que no han registrado su voluntad. Para paliar este problema, algunas legislaciones estatales han adoptado el sistema del “*search and consent*”, es decir, el sistema de búsqueda activa del consentimiento, por el que la Administración o entidad encargada del Registro de voluntades se encarga de localizar a los progenitores biológicos al objeto de solicitar su consentimiento, actividad que habrá de financiar el adoptado³⁰.

(en <http://naic.acf.hhs.gov/legal/statutes>).

³⁰ En este sentido, cabe citar la legislación de los Estados de Maryland, Montana, Nuevo Méjico, Oklahoma, Pennsylvania, Washington, Wyoming y Wisconsin.

La legislación de Maryland establece que las partes pueden registrar sus datos individuales en un Registro Mutuo Consentimiento y que la información sobre datos identificativos se proporcionará cuando se aprecie que los padres adoptivos y el adoptado han depositado en el registro su voluntad recíproca de conocerse (sección 5-4C-06 de la Ley de Familia de Maryland). En cambio, los datos no identificativos o médicos se proporcionarían en virtud de mera solicitud. El Tribunal podrá nombrar un intermediario para adquirir esta información no identificativa en caso de que el Registro no la tenga en sus archivos (sección 5-329). El adoptado mayor de 21 años podrá acceder al certificado original de nacimiento mediante solicitud dirigida al Secretario de Salud e Higiene Mental (sección 5-3A-02).

La legislación de Montana permite el acceso de los adoptados a los datos identificativos del expediente en caso de que los padres biológicos hayan emitido por escrito su consentimiento para la desclasificación de información confidencial (sección 42-6-102, 103 y 104 del Estatuto de Montana). El acceso al certificado original de nacimiento, para las adopciones anteriores al 1 de octubre de 1997, sólo es posible en virtud de mandamiento judicial; en cambio, para las adopciones posteriores a esa fecha el acceso al certificado original de nacimiento es libre a menos que los padres hayan solicitado por escrito que la información no sea proporcionada sino en virtud de una orden judicial; cuando concurra la circunstancia específica de que la solicitud del certificado original fuera requerido por la persona adoptada para constituirse en miembro de una tribu india, el órgano encargado de suministrar la información (Oficina de Estadísticas de Vida-Departamento de Salud Pública y Servicios Humanos) podrá proporcionar una copia del certificado (sección 42-6-109 del Estatuto). En cambio el acceso a información no identificativa es libre a simple petición del interesado (sección 42-6-102).

La legislación de Nuevo Méjico establece que la identidad de los padres biológicos deberá permanecer confidencial, salvo que ambos progenitores hayan consentido en revelar la identidad. Sin embargo, en caso de que ese consentimiento no se obtenga, el interesado podría obtener un mandamiento judicial para obtener la información si probase que concurre justa causa. El Tribunal primará siempre el interés de la persona adoptada. Se prevé el uso de un intermediario confidencial para obtener información (sección 32A-5-40 y 41 del Estatuto de Nuevo Méjico). El acceso al certificado original de nacimiento sólo es

Una vez localizados, los progenitores biológicos deberán manifestar si consienten o no la revelación de su identidad. En la hipótesis de que no respondiesen en el plazo legalmente establecido, según la legislación de algunos Estados, el adoptado se verá obligado a acudir a la vía judicial; en cambio, en otros Estados en caso de ausencia de respuesta de los padres biológicos, es decir, en caso de que, aunque no hubieran concedido expresamente su consentimiento tampoco hubieran manifestado su voluntad

posible en virtud de mandamiento judicial (sección 24-14-17 del Estatuto). En cambio el acceso a información no identificativa -limitado a historia médica y de salud, descripciones físicas, antecedentes familiares generales y periodo de tiempo en que el adoptado permaneció bajo el cuidado y custodia de otras personas antes que con los adoptados- es libre (sección 32A-5-40 del Estatuto).

La legislación de Oklahoma establece que la información identificativa sólo puede proporcionarse en caso de que exista consentimiento actual y presente de la persona cuya información se solicita. Se prevé el nombramiento de un intermediario confidencial al objeto de conseguir el intercambio de información identificativa (título 10, sección 7508-1.2 y 7508-1.3 del Estatuto). El acceso al certificado original de nacimiento se permite respecto de las adopciones posteriores al 1 de noviembre de 1997 en virtud de solicitud escrita en caso de que no haya otros parientes adoptados menores de 18 años en otras familias adoptivas y que los padres adoptivos no hayan registrado su consentimiento expreso en contra; o en virtud de mandamiento judicial si se prueba justa causa (título 10, sección 7505-6.6 del Estatuto). La información no identificativa se proporcionará en virtud de mera solicitud del interesado siempre que esté disponible o que haya sido localizada por el intermediario (título 10, sección 7508-1.3).

La legislación de Pennsylvania prevé el acceso a los datos identificativos en caso de que se obtenga el consentimiento de los padres biológicos, que podrá ser obtenido a través de un intermediario o agente designado por el tribunal. El acceso al certificado original de nacimiento estará permitido si los padres biológicos registraron su consentimiento en el Departamento de Salud. El acceso a datos no identificativos de los padres originales podrá ser revelado si estos dieron su consentimiento y la revelación no daña el anonimato de los padres originales (23 PCSA, sección 2905 del Estatuto de Pennsylvania).

La legislación del Estado de Washington prevé que cualquiera de las partes implicadas en una adopción pueda designar un intermediario confidencial para adquirir el consentimiento del acceso a la información. Se exige que el adoptado tenga 21 años o el permiso de los padres adoptivos para acceder a la información. (sección 26.33.343 y 347 del Estatuto de Washington). Para los certificados originales de nacimiento de las adopciones finalizadas después de octubre de 1993, se permite el acceso de los adoptados mayores de 18 años, salvo que los padres biológicos hayan declarado expresamente su voluntad de mantener la confidencialidad (sección 26.33.345 del Estatuto). En cambio, el acceso a datos no identificativos se produce en virtud de mera petición escrita del adoptado que, si le fuera denegada, podrá obtener mandamiento judicial (sección 26.33.340 y 380 del Estatuto).

La legislación del Estado de Wyoming permite que el adoptado requiera el nombramiento de uno o más intermediarios confidenciales al objeto de localizar a los progenitores y parientes biológicos en orden a obtener su consentimiento (sección 1-22-203 del Estatuto). El acceso al certificado original de nacimiento no es posible salvo en virtud de mandamiento judicial (sección 35-1-417 del Estatuto). El Estatuto no se refiere al acceso a datos no identificativos.

La legislación de Wisconsin permite que el adoptado acceda al certificado original de nacimiento y a los datos identificativos de los padres de origen, si éstos han registrado un consentimiento formal. Si tal consentimiento no ha sido registrado, el Departamento conducirá una búsqueda a través de un intermediario para localizar a los progenitores, lo que será completado en un plazo de 6 meses. En cambio, el acceso a los datos no identificativos es posible a mera solicitud de la parte interesada (sección 48.433 del Estatuto de Wisconsin).

Vid. NATIONAL ADOPTION INFORMATION CLEARINGHOUSE (NAIC), Legal issues and Laws, (en <http://naic.acf.hhs.gov/legal/statutes>).

en contra, se permitirá a los adoptados acceder a esa información como si de un silencio positivo se tratase.

2.4.- SISTEMAS QUE PREVÉN EL PLENO ACCESO DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

Finalmente, algunos Estados han desarrollado legislaciones que, como regla general, permiten a los hijos adoptados el pleno acceso a los datos identificativos de los padres biológicos, siendo la excepción la confidencialidad. Dentro de esta categoría, podemos distinguir distintos sistemas:

2.4.1. Algunos Estados han optado por sistema de libre acceso, salvo que los padres biológicos hayan registrado previamente en el Registro su voluntad de mantener la confidencialidad o el anonimato, es decir, su veto a ser contactados. Dentro de esta categoría cabe citar los Estados de Tennessee, Delaware, Hawaii, Indiana, Michigan, Minnesota, Mississippi, Nebraska y Ohio³¹.

³¹ Así, el Estado de Tennessee permite a los adoptados mayores de 21 años conocer la identidad de sus progenitores y viceversa, siempre que hayan introducido sus nombres en un Registro dependiente de la sección de Servicios de PostAdopción del Departamento de Servicios Infantiles, estableciendo bien su voluntad bien su prohibición de ser contactados y de que se desclasifique la información (sección 36-1-128 y 129 del Estatuto de Tennessee). En condiciones similares se permite el acceso a la certificación original de nacimiento (sección 36-1-130 del Estatuto). Finalmente, se permite el acceso a datos no identificativos mediante mero consentimiento escrito (sección 36-1-33 del Estatuto).

El Estado de Delaware permite a los adoptados mayores de 21 años el acceso a datos identificativos de sus padres y parientes de origen, tales como nombre, dirección y teléfono, salvo en el caso de que los progenitores o parientes declaren expresamente su deseo de no contactar (título 13, sección 962 y 929 del Estatuto de Delaware). Asimismo, el adoptado podrá acceder a su certificado original de nacimiento a menos que sus progenitores de origen hayan registrado una declaración jurada prohibiendo el acceso (título 13, sección 923). Respecto de los datos no identificativos, estos pueden ser solicitados y obtenidos por cualquier parte involucrada en el procedimiento de adopción (título 13, sección 924).

El Estado de Hawaii permite a los adoptados mayores de 18 años solicitar información identificativa de sus progenitores de origen en virtud de solicitud escrita al Tribunal de Familia. Tal petición será atendida a menos que los progenitores hayan registrado expresamente su voluntad de que se mantenga la confidencialidad de los datos. Tal declaración deberá ser renovada cada 10 años o se levantará la confidencialidad (sección 578-15 del Estatuto de Hawaii). Respecto de la información concerniente a los datos no identificativos, deberán ser proporcionados a solicitud del adoptado sin perjuicio de la existencia de la hipotética declaración de voluntad (sección 578-15 del Estatuto). En cambio, el acceso al certificado original de nacimiento sólo puede hacerse en virtud de mandamiento judicial.

Para las adopciones producidas a partir del 1 de enero de 1993, el Estado de Indiana permite a los adoptados mayores de 21 años el acceso a datos identificativos de sus padres y parientes de origen, salvo en el caso de que los progenitores o parientes registren expresamente su voluntad de mantener la confidencialidad, voluntad que puede ser renovada o retirada en cualquier tiempo (sección 31-19-25-2 y 3

2.4.2.- Otros Estados en cambio, han optado por sistema de libre acceso prácticamente incondicionado. Dentro de esta categoría podemos citar los Estados de Alaska, Kansas, Nueva York, Islas Vírgenes y Vermont³².

del Estatuto de Indiana).

Para las adopciones producidas a partir del 12 de septiembre de 1980, el Estado de Michigan permite a los adoptados mayores de edad acceder a los datos identificativos de sus padres biológicos, salvo en el caso de que estos hayan efectuado una declaración en el Registro Central de Adopción denegando el consentimiento para desclasificar la información (sección 710.68 del Estatuto de Michigan). En cambio, para las adopciones anteriores la información sólo será proporcionada al adoptado en el caso de que ambos padres biológicos hayan registrado en el Registro Central de Adopción una declaración consintiendo la desclasificación. Respecto de la información concerniente a los datos no identificativos, deberán entregarse a solicitud del adoptado en un plazo de 63 días, sin reparar en el hipotético veto de los padres.

El Estado de Minnesota permite a los adoptados mayores de 19 años el acceso a datos identificativos de sus padres de origen, salvo en el caso de que los progenitores hayan efectuado una declaración formal prohibiendo la desclasificación de información identificativa, en cuyo caso todavía el adoptado podrá acceder a la información en el caso de que obtenga un mandamiento judicial que se lo permita (sección 259.83 y 89 del Estatuto de Minnesota). El acceso al certificado original sólo podrá producirse si se obtiene el consentimiento del Tribunal y de todas las partes interesadas, o, en su defecto, si el Tribunal aprecia la concurrencia de justa causa (sección 257.73 del Estatuto). En cambio, desde el 1 de Agosto de 1994, la persona adoptada mayor de 19 años o los padres adoptivos pueden acceder libremente a la información médica e historia social del adoptado (sección 259.83 y 89 del Estatuto).

El Estado de Mississippi permite a los adoptados mayores de 21 años el acceso a datos identificativos de sus padres de origen, salvo en el caso de que los progenitores hayan efectuado una declaración formal prohibiendo la desclasificación de información identificativa (sección 93-17-215, 217 y 219 del Estatuto de Mississippi). El acceso al certificado original sólo podrá producirse si se obtiene el consentimiento de ambos padres o en virtud de orden judicial (sección 93-17-21 y 205). En cambio, el acceso a información no identificativa es libre y, si no obra en el archivo, el adoptado podría requerir los servicios de una agencia de adopción para localizar a los padres biológicos y obtener la información (sección 93-17-205, 207 y 209).

El Estado de Nebraska permite a los adoptados mayores de 21 años el acceso a datos identificativos de sus padres biológicos, salvo que éstos registren una declaración de voluntad en contra. Se exceptúa el supuesto de personas indias que serán informados de su filiación tribal siempre que los datos de sus padres biológicos sean necesarios para proteger derechos derivados de la relación tribal de la persona adoptada (sección 43-146.04 en relación con 146.07; y sección 43-1510 del Estatuto de Nebraska). Asimismo, el adoptado mayor de 25 años podrá acceder a su certificado original de nacimiento a menos que sus progenitores de origen hayan registrado una declaración jurada prohibiendo el acceso (sección 43-110 y 146). Respecto de los datos no identificativos, estos pueden ser solicitados y obtenidos por cualquier parte involucrada en el procedimiento de adopción (sección 43-146.05).

El Estado de Ohio permite a los adoptados mayores de 21 años (o a los padres adoptivos si el adoptado es mayor de 18) obtener información identificativa de sus progenitores, salvo que los progenitores hayan registrado expresamente su voluntad de que se mantenga la confidencialidad de los datos (sección 3107.47 del Estatuto de Ohio). Respecto de la información concerniente a los datos no identificativos, deberán ser proporcionados a solicitud del adoptado mediante la simple solicitud escrita (sección 3107.66 del Estatuto). En cambio, el acceso al certificado original de nacimiento sólo puede hacerse en virtud de mandamiento judicial.

³² Así, la legislación del Estado de Alaska permite que, a mera solicitud del adoptado, se le proporcionen datos sobre su certificado original de nacimiento y datos identificativos sobre los padres de origen; a su vez, los padres de origen pueden obtener información sobre el nombre y dirección actual del hijo entregado en adopción mayor de 18 años en caso de que éste diera su consentimiento (sección 18.50.500 y 510 del Estatuto de Alaska).

También en el Estado de Kansas el adoptado mayor de edad puede acceder libremente a su certificación original de nacimiento y a los datos identificativos y no identificativos de sus progenitores naturales

3.- CONTINUACIÓN DE RELACIONES ENTRE EL ADOPTADO Y LA FAMILIA BIOLÓGICA

En la realidad social y jurídica americana se habla de adopción cooperativa (cooperative adoption) o adopción con contacto para describir aquellas adopciones en las que existe algún contacto entre las familias adoptiva y biológica después de que el proceso de adopción ha concluido. Este tipo de adopción se ha extendido en los últimos años por el hecho de que, en la actualidad, predominan en Estados Unidos la adopción de menores que ya no son infantes. Se trata con frecuencia de menores que hasta entonces han vivido o mantenido contactos con algún miembro de su familia de origen. El mantenimiento de tales contactos puede resultar beneficioso para el niño. Al mismo tiempo, los padres adoptivos pueden obtener información sobre el historial médico, social y cultural del menor.

Por regla general, la ley de los Estados no prohíbe esos contactos, lo que concede libertad a los padres adoptivos para permitir, si lo consideran oportuno, contactos con los progenitores u otros miembros de la familia de origen, incluso sin que medie contrato alguno. Sin embargo, muchos profesionales intervinientes en las adopciones sugieren que las partes regulen la modalidad y frecuencia de los contactos a través de un contrato. Este tema fue tratado en 1999 por un grupo de expertos contratados por el

(sección 59.2122 del Estatuto de Kansas).

La legislación del Estado de Nueva York establece el libre acceso a la información no identificativa e identificativa, si bien, en este segundo caso, limitada a nombres y dirección de los padres biológicos registrados (sección 4138-c del Estatuto de Salud Pública de Nueva York). En cambio, el acceso al certificado original de nacimiento sólo será posible en virtud de mandamiento judicial (sección 4138 del Estatuto).

La legislación del territorio no organizado de las Islas Vírgenes permite el libre acceso a los datos identificativos y a la partida de nacimiento sólo a favor del adoptado que hubiera alcanzado la mayoría de edad (título 16, sección 145 del Estatuto).

La legislación del Estado de Vermont prevé que, para las adopciones finalizadas antes del 1 de julio de 1986, el Registro proporcionará información confidencial si los progenitores biológicos han registrado su consentimiento favorable. En cambio, para las adopciones posteriores, el Registro proporcionará siempre la información, salvo que se haya registrado una declaración en contra. Esta declaración contraria a la desclasificación podrá ser retirada en cualquier momento (título 15A, sección 6-105 y 106 del Estatuto de Vermont). El acceso al certificado original de nacimiento puede ser solicitado por los adoptados que tengan acceso a información identificativa. En cualquier caso, el expediente será desclasificado y devendrá público a los 99 años de la fecha de nacimiento del adoptado (título 15A, sección 6-107 del Estatuto). Los adoptados podrán acceder libremente a los datos no identificativos y, si le fueran denegados, podrá recavar el auxilio judicial (título 15A, sección 6-106 del Estatuto).

Children's Bureau del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos. Los expertos recomendaron que los Estados desarrollasen una legislación que permitiese los contratos de adopción cooperativa, en virtud de las siguientes pautas:

- 1) El incumplimiento de los acuerdos no será causa para resolver la adopción.
- 2) El Tribunal puede aprobar los acuerdos sólo si todas las partes, incluyendo el niño mayor de 12 años, prestan su consentimiento y el Tribunal considera que el acuerdo responde al interés más beneficioso para el niño.
- 3) El Tribunal puede aprobar contactos que vayan desde intercambios ocasionales de correspondencia, fotografías e información hasta visitas regulares, con el nivel de detalle que las partes acuerden y el Tribunal considere adecuado.
- 4) Cualquier parte puede pedir al Tribunal modificar, anular u ordenar el cumplimiento del acuerdo. El Tribunal lo hará sólo si todas las partes están conformes o las circunstancias han cambiado y siempre que la modificación, anulación o cumplimiento solicitados respondan al mejor interés del niño.

En el momento de la redacción de este trabajo, dieciocho Estados disponían de legislaciones que reconocían la validez de estos acuerdos de contacto (Arizona, California, Connecticut, Florida, Indiana, Louisiana, Massachussets, Minnesota, Montana, Nebraska, New Mexico, New York, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Vermont, Washington y West Virginia). Algunos Estados (Connecticut, Nebraska y Nueva York) limitan la aplicación de estos acuerdos a niños en acogimiento. Otros (Indiana) limitan la eficacia del acuerdo de contacto a niños mayores de dos años. Respecto de los niños de menores de dos años se permiten acuerdos, no exigibles, siempre que el tipo de contacto previsto no incluya visitas.

La mayor parte de las legislaciones de estos Estados hacen referencia exclusivamente a los contactos con los progenitores. Sin embargo, algunos Estados permiten también el contacto con otros parientes, incluyendo abuelos, tíos u otros parientes que tengan lazos emocionales significativos con el menor. La legislación de Minnesota permite también que los padres de acogida puedan beneficiarse de estos contactos; y para niños indios pueden incluirse los miembros de la tribu del niño como parientes con los que pueden mantener contactos.

Según estas legislaciones, todas las partes deben acordar por escrito los términos del acuerdo que, además deberá ser aprobado por el Tribunal de adopción. Las disputas sobre el cumplimiento o solicitudes de modificación de los términos del contrato deberán también ser traídas ante el Tribunal. En este momento, cinco Estados (Arizona, Connecticut, Louisiana, Minnesota y Oregón) requiere que las partes se sometan a un procedimiento de mediación antes de que las demandas sean planteadas ante el Tribunal. Y, en ningún caso, las diferencias sobre el acuerdo de adopción pueden ser utilizadas como excusa o base para reclamar la revocación de la adopción. En este sentido, la *Uniform Adoption Act* en el artículo segundo-406 (d) (1) (2), dispone también que el incumplimiento de estos acuerdos no afecta a la validez de la adopción y que los padres por naturaleza deben ser informados del contenido de esta norma en el momento de consentir la adopción.

Otra cuestión que se plantea es la de si, en caso de que no exista un acuerdo, los parientes interesados pueden acudir a la vía judicial para reclamar un derecho de visitas al adoptado. La jurisprudencia no es unánime, aunque puede afirmarse que casi siempre se consideran convenientes los contactos entre hermanos biológicos. Se intenta que los hermanos sean adoptados por una misma familia y, si no es posible, se procura que no pierdan el contacto entre sí. Así, en el caso *In re adoption of Anthony*³³, el solicitante tenía tres hermanos que fueron adoptados antes que él por una misma familia. En vista de la relación que previamente había mantenido el solicitante con sus hermanos, el Tribunal aceptó la continuación de las visitas, aunque esta no era una posibilidad prevista por la ley, pues se consideró importante en interés del adoptado. En este caso, no se planteaban problemas de intimidad y no hubo oposición por parte de las familias.

También se ha concedido el derecho de contacto a los abuelos del adoptado en la **sentencia Mimkon versus Ford**³⁴ y **Beckman vs. Boggs**³⁵. También se han concedido a los progenitores por naturaleza como en el caso *In re Dana Marie*³⁶ en el que la madre biológica padecía una enfermedad mental que requería su frecuente hospitalización y como consecuencia convivió con ella solamente hasta los cinco años.

³³ In re Adoption of Anthony 113, Misc. 2d 26, 448 N.Y.S. 2d 377 (Fam. Ct. 1982).

³⁴ Mimkon versus Ford, 66 N.J., 426, 332 A.2d 199 (1975).

³⁵ Beckman versus Boggs, 655 A.2d 901 (Md 1995).

³⁶ In re Dana Marie E., 492 N.Y.S. 2d 340 (Fam. Ct. 1985).

Cuando fue adoptada, manifestó que no quería dejar de ver a su madre aunque comprendía la necesidad de la adopción. También se ha tenido en cuenta el acuerdo entre ambas familias como en los casos **Gerald**³⁷, **A Children**³⁸ o **Alexandra C**³⁹.

II.- INGLATERRA Y GALES⁴⁰

1.- REGLA GENERAL: PLENO ACCESO AL CERTIFICADO ORIGINAL DE NACIMIENTO

En Inglaterra y Gales, la sección 26 de la Children Act de 1975 (que, posteriormente, se integraría en la vigente Adoption Act de 1976) concedió a los adoptados mayores de edad el derecho a obtener una copia de su certificado de nacimiento, con los datos referentes a su nombre original, lugar de nacimiento, los nombres de sus progenitores y dirección de los mismos al tiempo del nacimiento. Asimismo, concedía al adoptado el derecho de pedir ante los Tribunales el nombre de la agencia o autoridades locales implicadas en su proceso de adopción. En definitiva la información mostrada en la partida de nacimiento supone un punto de partida para que las personas adoptadas puedan comenzar la búsqueda de su madre, si es que ese es su deseo.

Para las adopciones constituidas antes de la entrada en vigor de la Children Act (12 de noviembre de 1975) se establece que las personas adoptadas deben recibir consejo o asesoramiento antes de poder aplicar por su certificado original de nacimiento. Este mismo servicio está disponible para personas adoptadas con posterioridad a esa fecha, pero sin carácter obligatorio. Aparentemente, la finalidad de este trámite es conocer las razones que tiene el adoptado para solicitar la información y ayudarle psicológicamente para recibirla. El establecimiento de esta obligación estatutaria de mantener una entrevista con un consejero, que es normalmente un profesional de trabajo social con experiencia en adopciones, permitió que estos

³⁷ In re Gerald 625 N.Y.S. 2d 509, 510 (App Div. 1995).

³⁸ In re A. Children, 611 N.Y.S. 2d 89, 90 (Fam. Ct. 1994).

³⁹ In re Alexandra C., 596 N.Y.S. 2d 958, 959 (Fam Ct. 1993).

⁴⁰ Social, historical and legislative perspectives on adoption, págs. 1-11; GARRIGA GORINA, M., Op.Cit., págs. 206-210.

profesionales cobrasen conciencia de la necesidad de las personas adoptadas de recavar información sobre su pasado y orígenes. Los datos obtenidos en virtud de estas entrevistas con adultos tuvo un impacto significativo en la política actual de la administración en materia de adopciones, que está regida ahora por el principio de apertura. Así, ya en las fases previas a la adopción, se instruye a los potenciales padres adoptivos sobre la necesidad que los niños tendrán de querer conocer su pasado, sin que deban ser ignoradas o evitadas cuestiones que haga el niño sobre su identidad u origen.

También se ha producido un cambio respecto de las pautas recomendadas a los consejeros. En un principio, se les decía que tenían la responsabilidad de discutir las implicaciones de la búsqueda de los orígenes y estaban obligados a informar al adoptado del desasosiego y decepción que podría causarles la búsqueda. Asimismo, se debía desaconsejar la búsqueda cuando el consejero se percatase de que la persona buscada podría sufrir algún tipo de daño. Sin embargo, en la actualidad, la guía pone énfasis en la obligación del consejero de pasar información que permita al adoptado obtener su certificado de nacimiento. Sólo cuando el consejero tenga una seria preocupación sobre las posibles consecuencias de proporcionar la información, el consejero debería solicitar el asesoramiento del Registro General, que puede denegar, por razones de interés público, el acceso a esta información. Así ocurrió en el caso *R. versus Registrar General, ex parte Smith* (1989), en el que el Tribunal de Apelación denegó la solicitud de un perturbado mental, con antecedentes penales por doble asesinato e ingresado en un hospital de alta seguridad, que quería conocer la identidad de la madre biológica, a quien hacía responsable de sus problemas. La sentencia argumentó que el derecho a acceder al certificado original de nacimiento puede ser denegado por razones de orden público, como ocurría en este caso, donde existía un riesgo considerable de que el solicitante pudiera causar daño a su madre biológica.

2.- REGISTRO DE CONTACTOS DE ADOPCIÓN (ADOPTION CONTACT REGISTER)

Especial mención merece la reforma introducida por la Children Act de 1989, que añadió la sección 51A a la Adoption Act de 1976. Esta sección estableció la

creación del Registro de Contactos de Adopción, que permite que las personas adoptadas o sus parientes de origen registren su deseo de contactar.

3.- TENDENCIA APERTURISTA: ESTUDIOS LEGISLATIVOS SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS HIJOS ENGENDRADOS POR DONACIÓN DE TEJIDO REPRODUCTIVO PUEDAN CONOCER A SUS PADRES

Aunque no relacionado directamente con el ámbito de la adopción, no se puede dejar de reseñar la existencia de una corriente en la doctrina y legislación inglesa favorable al derecho de las personas a obtener información sobre sus orígenes biológicos, que recientemente se ha llevado al Ministerio de Salud Pública Inglés a plantearse la articulación de una legislación que establezca la posibilidad de que las personas concebidas por donaciones de óvulos y esperma puedan conocer sus orígenes genéticos.

El problema ya había dado lugar a alguna reclamación “de facto” ante las autoridades inglesas y llegado al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. La sentencia XYZ contra Reino Unido de 22 de abril de 1997, (TDEH 24, Rep. 1997-2, pág. 619) señaló que la petición de una persona concebida por donación de tejido reproductivo de conocer sus orígenes genéticos suponía en conflicto entre el derecho del niño nacido tras la aplicación de un sistema de reproducción asistida y el anonimato prometido al donante de esperma. El Tribunal consideró que, teniendo en cuenta la fase de transición en la que se encontraba el derecho en la materia, el margen de apreciación concedido al Estado demandado era amplio, con lo que no reputó que existiera violación alguna. Sin embargo, según acabamos de decir, en la actualidad existe una tendencia favorable que augura una legislación aperturista favorable a los derechos del concebido por técnicas de reproducción asistida.

III.- FRANCIA

1.- RÉGIMEN JURÍDICO

El Derecho francés muestra una importante resistencia al conocimiento del propio origen de las personas. Dicha tendencia, cabe leerla “entre líneas”, de diversos preceptos de su Code Civil. Veámoslos brevemente.

1.1.- ARTÍCULOS 56 Y 57 DEL CODE CIVIL

De una parte, como resulta de los artículos 56 y 57 del citado cuerpo legal, en la inscripción de nacimiento no es obligatorio mencionar el nombre de la madre⁴¹.

1.2.- ARTÍCULO 341-1 DEL CODE CIVIL. BREVE REFERENCIA AL “PARTO ANÓNIMO”

En segundo lugar, el polémico art. 341.1º, introducido por la Ley de reforma nº 93-22, (de 8 de enero de 1993, art. 27)⁴², es contundente al afirmar que, en el supuesto del parto, la madre puede pedir que el secreto de su identidad sea preservado⁴³. Como ha afirmado la doctrina francesa, este precepto, no hace sino, consagrar un verdadero derecho de la mujer a negar su maternidad⁴⁴. A mayor abundamiento, para algunos se trata de un derecho reservado a la madre extramatrimonial al estar inserto dicho precepto en el capítulo relativo a la filiación natural⁴⁵. Al margen de esta observación, importa destacar, que el artículo citado recoge la tradición jurídica francesa del “parto anónimo” y del “secreto de la maternidad”, justificado por la idea de que, de esta manera se evita el infanticidio y el aborto, llegando a justificarse como una necesidad

⁴¹Art. 57.1º in fine: “(...) Si les père et mère de l’enfant naturel, ou l’un d’eux, ne sont pas désignés a l’officier de l’état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet.”

⁴²Esta Ley modifica el Código Civil en materias relativas al estado civil, familia y derechos del menor. Además, introduce la figura del juez en los asuntos familiares

⁴³“Lors de l’accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé”.

⁴⁴*Cfr.* RUBELLIN-DEVICHI J., “Droits de la mère et droits de l’enfant: Reflexions sur les formes de l’abandon”, *RTDC*, 1991, pág. 701.

⁴⁵*Vid.* VASSEUR L., *La famille et la convention européenne des droits de l’homme*, Paris, ed. Logique Juridique, 2000, nº 375.

social. Constituye, como ha puesto de relieve la doctrina, un obstáculo insalvable a la acción de investigación de la maternidad y una discriminación respecto de la paternidad, que sí es investigable⁴⁶.

En este punto, la reciente Ley n° 2005-744, de 4 de julio de 2005⁴⁷, que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2006, no supone ningún cambio relevante en este ámbito. En efecto, a pesar de dicha Ley, entre otras cosas⁴⁸, añade al Código civil el art. 311.25, relativo al establecimiento automático de la filiación materna⁴⁹, no ha modificado la situación descrita, por cuanto el hecho de que la fijación de ésta sea automático, no significa que sea obligatorio. En efecto, como ha señalado la doctrina, se sigue reconociendo a la madre el derecho a preservar su identidad⁵⁰.

Igualmente, la doctrina francesa, ha afirmado que el “accouchement sous X”, es absurdo, por cuanto conforma una forma moderna de muerte civil para el niño, que desatiende por completo el interés del menor⁵¹. Sin embargo, no se puede desconocer, que dicha figura está fuertemente arraigada en la tradición jurídica francesa. En efecto, San Vicente de Paul en 1638, fue quien introdujo la práctica, en virtud de la cual, la madre dejaba al niño en la pared del hospicio, después de haber tocado la campana. Esta tradición, de ayuda a la maternidad secreta, se fomenta por el Gobierno de Vichy, con el Decreto-ley de 2 de septiembre de 1941. Posteriormente, la Ley de 6 de enero de 1986, en línea similar, modifica el art. 42 del Code Civil, por el art. 47 del Code de la famille.

⁴⁶Cfr. RIVERO HERNANDEZ F., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003), *Actualidad Civil*, Tomo 2003-2, pág. 600.

En la doctrina francesa, *vid.*, NEIRINCK C., “L’*accouchement sous X*: le fait et le droit”, *Juris-classeur Périodique, La Semaine Juridique*, 1996, n° 39 22, pág. 151. Afirma la autora, con buen criterio, que “L’interdiction de la recherche en maternité naturelle lorsqu’il y a eu accouchement sous X suscite deux observations. La première a trait à la cohérence interne de la loi du 8 janvier 1993 qui a, au contraire, admis sans restriction la recherche en paternité naturelle. On peut très sérieusement se demander s’il n’y a pas là une discrimination entre les hommes et les femmes, discrimination que prohibe la Convention européenne des droits de l’homme. La différence de traitement entre le père et la mère peut être licite lorsqu’elle est justifiée par l’intérêt de l’enfant (...). Peut-on considérer que l’article 341 qui permet aux femmes d’échapper aux conséquences de leur maternité, alors que les pères ne bénéficient d’aucune disposition analogue au regard de l’établissement de la paternité, sert l’intérêt de l’enfant?”.

Vid., además, RUBELLIN-DEVICHI, “Droits de la mère et droits de l’enfant: Réflexions sur les formes de l’abandon”, *RTDC*, 1991, pág. 695 a 704.

⁴⁷(*JO 6 juill.2005, p. 11159*).

⁴⁸Los puntos más importantes de dicha reforma se refieren a la supresión de las nociones de filiación legítima y natural, la prueba de la posesión de estado y la unificación del régimen de acciones relativas a la filiación.

⁴⁹“La filiation est établie, à l’égard de la mère, para la designation de celle-ci dans l’acte de naissance de l’enfant”.

⁵⁰*Vid.* GARÉ T., “La réforme de la filiation. A propos de l’ordonnance du 4 juillet 2005”, *La Semaine Juridique*, n° 31-35, 3 agosto 2005, pág. 1492.

⁵¹Cfr. HAUSER J., “La mort civile de l’enfant”, *RTDC*, 1998, pág. 892.

Finalmente, la ley nº 93-22 de 8 de enero 1993, incorpora el parto anónimo al sistema legal⁵². Esta figura se mantiene en la última reforma de 2002, a la que haremos referencia.

Parece innegable admitir, que el parto anónimo favorece el tráfico de niños. El 13 de diciembre de 1989, la Casación francesa disolvió la Asociación *Alma Mater* y *EuroMater*. Esta, pagaba a las madres embarazadas una suma de dinero y tenía a su cargo el control y cuidado de ellas durante todo el embarazo. Permanecía anónima (accouchement sous X) y el niño se inscribía como hijo del padre (titular del material genético utilizado que lo reconocía en el mismo acto). Como expresó, “es ilícito el objeto de la Asociación que tiende a favorecer la conclusión y ejecución de convenciones que contravienen el principio de orden público de la indisponibilidad del estado de las personas a través de la renuncia y cesión, ambas prohibidas, de los derechos de la futura madre. La actividad de esta Asociación, conlleva el alejamiento del espíritu del instituto de la adopción, en tanto crea una situación de abandono. El derecho a casarse y a fundar una familia, no implica el derecho a concluir con un tercero convenciones que versen sobre la suerte del niño que va a nacer (...)”⁵³.

1.3.- LA ADOPCIÓN: ARTS. 354 Y 356 DEL CODE CIVIL

Desde otra perspectiva, la adopción se inscribe en el Registro del lugar de nacimiento del adoptado, con referencia al día, hora, sexo y lugar de nacimiento del nacido. También se menciona el nombre y apellidos de los adoptantes, así como su fecha y lugar de nacimiento (art. 354 Code civil)⁵⁴. Como resulta del artículo referido, la

⁵²Vid. NEIRINCK C., “L’ accouchement sous X: le fait et le droit”, *La Semaine Juridique*, 1996, nº 3922, pág. 149.

⁵³Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI A., “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13-12-2003, en el caso “*Odièvre c/France*”, en www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/AIDA, pág. 12.

⁵⁴“Dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l’adoption plénière est transcrite sur les registres de l’état civil du lieu de naissance de l’adopté, à la requête du procureur de la République.

Lorsque l’adopté est né à l’étranger, la décision est transcrite sur les registres de l’état civil du ministère des affaires étrangères.

La transcription énonce le jour, l’heure et le lieu de la naissance, le sexe de l’enfant ainsi que ses prénoms, tels qu’ils résultent du jugement d’adoption, les prénoms, noms, date et lieu de naissance, profession et domicile du ou des adoptants. Elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l’enfant.

La transcription tient lieu d’acte de naissance à l’adopté.

inscripción de nacimiento indica, en caso de adopción, el nombre de los adoptantes, fecha y lugar de nacimiento, profesión y domicilio del, o de los adoptantes. Ello, sin contener ninguna referencia a la filiación biológica o real del niño. Como se puede apreciar, dicha falta de referencia a la filiación biológica pone de manifiesto, la resistencia a que el adoptado conozca sus orígenes biológicos. En efecto, uno de los efectos de la adopción plena es que el adoptado, pierde todo vínculo con su familia de origen, como resulta del art. 356 del Code Civil⁵⁵ Sólo la copia integral de la inscripción de nacimiento contiene datos al respecto. Sin embargo, la tendencia que se sigue en la práctica, es que el adoptado no puede obtener copias integrales de su acto de nacimiento originario⁵⁶.

1.4.- ¿TÍMIDO AVANCE HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS? ESPECIAL MENCIÓN A LA LEY 2002-93, DE 22 DE ENERO DE 2002, RELATIVA AL ACCESO DE LOS ORÍGENES DE LAS PERSONAS ADOPTADAS Y PUPILLOS DEL ESTADO

Ante este estado de cosas, y la crítica de la doctrina francesa, que ha puesto de relieve la insatisfacción del Derecho actual en este punto⁵⁷, de un tiempo a esta parte, se atisba un intento de cambio, cuyo punto de partida hay que encontrarlo en los diversos informes o dictámenes públicos o privados, encargados en Francia para la revisión de esta materia elaborados en los años noventa⁵⁸. Sin embargo, el punto final de este

L'acte de naissance originaire conservé par un officier de l'état civil français et, le cas échéant, l'acte de naissance établi en application de l'article 58 sont, à la diligence du procureur de la République, revêtus de la mention "adoption" et considérés comme nuls".

⁵⁵ Vid. MAZEUD H. Y.L., MAZEUD J, CHABAS F., *Leçons de Droit Civil*, Tome I/Troisième Volume, La Famille, Laurent Leveneur, Paris, 2002, pág. 442.

Art. 356: "L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine: l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang (...)".

⁵⁶ Rép. Min. Justice n. 13436: *JO* déb. Sénat 31 oct. 1973, 1556). *Cfr.* Code Civil, Litec, Paris, 2002, pág. 238.

⁵⁷ Vid., por todos, RUBELLIN-DEVICHI J., "Secret de l'accouchement et revendications", *La Semaine Juridique*, 1999, n° 1, pág. 101.

⁵⁸ Por ejemplo, en 1990, un Informe del Consejo de Estado "Statut et protection de l'enfant", proponía la creación de un órgano de mediación (*conseil pour la recherche des origines familiales*), con la finalidad de permitir con el acuerdo de los interesados, la dación de información entre ellos.

En 1995, el Informe de M. Mattéi "Enfant d'ici, enfant d'ailleurs-l'adoption sans frontières", proponía el mantenimiento del secreto del parto y del nacimiento, pero con la posibilidad de recoger datos no identificativos.

cambio demandado viene de la mano de la reciente Ley n° 2002-93, de 22 de enero de 2002, relativa al acceso de los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado, que en lo que se refiere al tema que nos ocupa, resulta bastante alambicada⁵⁹. En nuestro estudio, interesa destacar el art. 1 de la referida Ley, por cuanto completa el título IV del Libro primero del Código de la acción social y de la familia, (capítulo VII, art. 147), mediante la creación de un Consejo Nacional para el acceso a los orígenes personales, encargado de facilitar el acceso a datos personales sobre el origen, dentro de las condiciones previstas en el capítulo citado. Los aspectos más interesante de esta Ley, pueden resumirse en los siguientes.

El Consejo Nacional es el órgano encargado de recibir una serie de documentos necesarios, para poner en marcha el procedimiento que, en su caso, concluirá con el acceso a los orígenes personales por parte del adoptado. Estos documentos son los que a continuación referimos.

En primer lugar, recibe la demanda de acceso al conocimiento de los orígenes del niño. Dicha demanda se formula por distintas personas, atendiendo a diversas circunstancias, fundamentalmente, la edad del menor. En atención a este dato, la puede formular, el mismo adoptado, si es mayor de edad, pero si está sometido a tutela, por su tutor. Si es menor de edad, se formulará, por su o sus representantes legales, o por él mismo con el acuerdo de éste. Finalmente, si el adoptado ha fallecido; la demanda la pueden formular sus descendientes mayores en línea directa⁶⁰. Dicha demanda, se formula por escrito a dicho Consejo Nacional, o al Presidente del Consejo General; y puede ser retirada en todo momento, dentro de la misma forma, esto es, por escrito⁶¹.

En 1998, los Informes de I.Théry, que llega a proponer la supresión del controvertido art. 341-1 del Code Civil, por las consecuencias negativas que comporta en caso de parto anónimo, al privar a su hijo de la filiación paterna y materna; y de Laurent Fabius, “Droits de l’enfant, de nouveaux espaces à conquérir”, que estima que es deseable adaptar el régimen del accouchement X para garantizar el derecho del hijo a conocer su origen, propone la conservación en una institución pública de datos relativos a la filiación biológica del hijo, la posibilidad de que el secreto fuera levantado unas veces por acuerdo de la madre y del hijo, y otras condicionado a la capacidad o a una edad mínima del hijo, entre otras variantes.

O, el de 1999, de la profesora Dekeuwer-Défossez “Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux relités et aux aspirations de notre temps”, que contenía un resumen relativo a la legitimidad del secreto, con diversas propuestas. A ellos se refieren, entre otros, RIVERO HERNANDEZ J., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen...”, cit., pág. 600, y, en el Derecho francés, RUBELLIN-DEVICHI J., “Secret de l’accouchement et revendications”, cit., pág. 101.

⁵⁹JO n° 19 de 23 de enero de 2002, pág. 1519, texto n° 2.

⁶⁰Vid. Art. L.147-2.1°

⁶¹Vid. Art. L. 147-3

En segundo lugar, dicho Consejo recibe, la declaración de la madre o, en su caso, la del padre biológico, por la cual cada uno de ellos autoriza el levantamiento de secreto de su propia identidad⁶².

En tercer lugar, las declaraciones de identidad formuladas por los ascendientes, descendientes y colaterales preferentes del padre o de la madre biológicos⁶³.

Tanto en esta hipótesis como en la anterior, esto es, cuando existe una declaración expresa de levantamiento del secreto del padre o la madre biológicos, o una declaración de identidad de los ascendientes, descendientes o colaterales privilegiados de aquéllos, son informados de que esta declaración no será comunicada a la persona concerniente (al adoptado) salvo que ésta misma, esto es el menor, haga una demanda de acceso a sus orígenes⁶⁴.

En cuarto lugar, el Consejo recibe la demanda del padre o madre biológicos inquiriendo su búsqueda eventual por el niño⁶⁵.

En virtud del art. L.147-4, el Consejo envía al Presidente del Consejo General, copia del conjunto de las demandas y declaraciones recibidas en aplicación del artículo L. 147-2.

Para satisfacer las demandas recibidas, el Consejo recoge copia de los elementos relativos a la identidad de las siguientes personas.

- 1º De la madre que ha demandado el secreto de su identidad y de su admisión, en caso de parto dentro de un establecimiento de salud, y llegado el caso, de la persona que ésta ha designado para este hecho, como madre del niño.
- 2º De la persona (o personas) que han pedido preservar el secreto de su identidad en el momento de la admisión de su hijo como pupilo del Estado, o de su acogida por el organismo autorizado para su adopción.
- 3ª De los padres del niño, cuyo nombre no ha sido relevado al oficial del estado civil en el momento de registrar el acto de nacimiento.

Asimismo, los establecimientos de salud y sus departamentos, así como los organismos autorizados y habilitados para la adopción, facilitan al Consejo Nacional, en su demanda, copia de los elementos relativos a la identidad de las personas mencionadas en los apartados que preceden, así como toda información sin llegar a desvelar el secreto de esta identidad, y que concierne la salud del padre y madre biológicos, los

⁶²Vid. Art. L. 147-2.2º.

⁶³Vid. Art. L. 147-2.3º.

⁶⁴Vid. Art. L. 147.3, in fine.

⁶⁵Vid. Art. L. 147-2.4º.

orígenes del niño y razones y circunstancias de su entrega al servicio de la ayuda social de la infancia u organismo habilitado⁶⁶.

Una vez que el Consejo tiene en su poder todos los datos referidos en las líneas precedentes, no procede a comunicar, en todo caso, a las personas mencionadas en el apartado 1º del art. L. 147-2 (esto es, atendiendo a quién haya formulado la demanda), la identidad de la madre y padre biológicos. Esta comunicación está sometida a varios requisitos. En efecto, además de seguir manteniendo su demanda, es necesario que concorra alguna de circunstancias referidas en el Art. L. 147-6. Estas son las siguientes. Que exista previamente una declaración expresa de levantamiento del secreto de identidad; que no haya habido una declaración voluntaria de preservar el secreto de su identidad, una vez verificada su voluntad; que uno de sus miembros o una persona mandada por él, haya recibido su consentimiento expreso respecto a su vida privada; y si la madre o el padre han fallecido, que no se hayan manifestado en contra de una demanda de acceso al conocimiento de sus orígenes. En este caso, uno de los miembros del Consejo o una persona designada por él, informa a la familia de la madre o del padre biológicos y les propone el cumplimiento⁶⁷.

Finalmente, el acceso de una persona a sus orígenes, no tiene efecto alguno sobre el estado civil y la filiación. Y no comporta, ni derecho ni obligación alguna a cargo de nadie⁶⁸.

Para terminar, el art. 2 de esta Ley que nos ocupa, añade al comienzo del art. L 222-6 del Código de la Acción Social y de la Familia, un apartado, a tenor del cual, “Toda mujer que pide, en el momento del parto, el secreto de su ingreso y de su identidad en su establecimiento de salud, es informada de las consecuencias jurídicas de esta demanda y de la importancia para toda persona de conocer sus orígenes y su historia. Se le sugiere, si ella acepta, entregar las informaciones sanitarias de ella y del padre, los orígenes del niño y las circunstancias del nacimiento, así como, en sobre cerrado, su identidad. Asimismo, se le informa de la posibilidad que tiene de levantar en cualquier momento el secreto de su identidad y que, en su defecto, su identidad sólo podrá ser comunicada en las condiciones previstas en el art. L 147-6. Igualmente, se le informa de que, en todo momento, ella puede dar su identidad bajo sobre cerrado o completar las informaciones que ella ha facilitado en el momento del parto. Los nombres propios

⁶⁶*Vid.* Art. L. 147-5.

⁶⁷*Vid.* Art. L. 147-6

⁶⁸*Vid.* Art. L. 147-7

puestos al niño y llegado el caso, la mención del hecho de que han sido dados por la madre, así como el sexo del niño y la fecha, lugar y hora de nacimiento, son mencionados en la parte exterior del sobre (...)”.

Para concluir, puede decirse que estamos ante una Ley que, si bien, *prima facie* intenta favorecer o facilitar la búsqueda del origen biológico del adoptado a través del Consejo nacional de acceso a los orígenes biológicos para proteger así el interés del menor, contemplando incluso la posibilidad de levantar el secreto de identidad, acaba, a la postre, dando prioridad al interés de la madre, por cuanto es a ella a quien se reserva la decisión última respecto al levantamiento del secreto sobre su identidad. Así, podrá ser invitada, pero nunca obligada a manifestarla. Dicho secreto se puede mantener, como hemos visto, incluso, después de su muerte, si esa es su voluntad. Parece, pues, que, lejos de alcanzar un equilibrio entre los intereses enfrentados, a saber, los de la madre biológica y los del menor adoptado, se sigue dando prioridad, al de la madre, aunque de una manera menos explícita o contundente, como ocurría hasta la entrada en vigor de dicha Ley⁶⁹.

2. ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA

Como ha puesto de relieve la doctrina, los problemas que plantea la figura del parto anónimo, se han trasladado a la jurisprudencia francesa⁷⁰. Así, desde las decisiones que optan por proteger el interés del niño a conocer sus orígenes, llegando a entregarlo al padre biológico⁷¹, se encuentran las que resuelven a favor de los adoptantes⁷².

⁶⁹*Vid.*, en el mismo sentido, RIVERO HERNANDEZ, “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003), cit., pág. 614 y 615.

En la doctrina francesa, *vid.* MALAURIE P., “La Cour européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines, *L’affaire Odièvre.*”, *La Semaine Juridique*, pág. 547. Afirma, con buen criterio, que “(...)Surtout, elle organise une sorte de médiation, au moyen d’une nouvelle institution qu’elle a créé “le Conseil national pour l’accès aux origines personnelles”, pensant que dans un domaine aussi sensible, le dialogue pouvait être pacifiant. **Mais le droit au secret accordé à la mère demeure; il ne peut disparaître si elle s’y oppose** (la negrita es nuestra)”.

⁷⁰*Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “*Odièvre c/France*”, cit., pág. 12, y *La Semaine Juridique*, 18-9-2002, nº 38, pág. 1617.

⁷¹La sentencia del Tribunal de Nancy, de 16 de mayo de 2003, declaró que el hecho que el niño conozca prontamente la verdad sobre sus orígenes y el traumatismo ligado a la existencia del padre que lo reclama

Para terminar, debe hacerse una breve referencia a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13-12-2003, (caso “*Odièvre c/France*”), por cuanto tiene su origen en la discusión efectuada en sede de la jurisdicción francesa inicialmente, que, a partir de un momento determinado, pasa de la Sala de la Sección Tercera, a conocimiento de la “Sala Grande”, desde que aquella invocó el art. 30 de la Convención Europea de Derechos Humanos (“cuestión grave relativa a la interpretación de la Convención”). Finalmente, juzga la adecuación al Convenio de Roma, del “*accouchement sous X*”, y de la ocultación de la maternidad a petición de la madre en la legislación francesa (suscrita por diez votos favorables contra siete). Sin ánimo de hacer estudio un exhaustivo de este caso, que ya se ha realizado por la doctrina⁷³, sólo quiero hacer algunas referencias de interés en nuestro estudio.

El caso a resolver era el siguiente. La Sra, Odièvre, nace en 1965 de una mujer que se acoge a la figura del parto anónimo. Fue adoptada por un matrimonio francés (Odièvre), que es su familia en todos los sentidos. Desde hace tiempo, ella busca sus orígenes biológicos. A pesar de que la autoridad administrativa le ha proporcionado alguna información general, no ha logrado obtener de ella datos individualizados sobre dichos orígenes. Recurre ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandando al Estado Francés por violación de los artículos 8 y 14 de la Convención. El Tribunal Europeo en la sentencia, hace referencia al nuevo sistema instaurado por la Ley de 2002, en el sentido de que si bien mantiene el parto anónimo, se ha reforzado la posibilidad de levantar el secreto de la identidad, al facilitar la búsqueda del origen biológico a consecuencia de la Creación del Consejo Nacional de Acceso al Origen Personal. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, lejos de alcanzar un justo equilibrio de los intereses en juego, se acabó dando prioridad a los derechos de la madre, del resto de

y lo reconoció antes de su nacimiento, no impide que deba ser entregado a su padre biológico, a pesar de que el menor estaba con una familia adoptiva desde hacia dos años. *Vid.* RUBELLIN DEVICHI J., “La filiation de l’enfant ayant fait objet d’une reconnaissance prénatale puis né sous X”, *La Semaine Juridique*, 2 de julio de 2003, pág. 1254 y 1255.

⁷²La sentencia del Tribunal de Nancy, de 23 de febrero de 2004, declara la inadmisibilidad de la demanda de restitución al padre natural de un menor nacido bajo parto anónimo y adoptado posteriormente en forma plena. *Vid.* la crítica que formula a esta sentencia, GARNIER M., “Irrecevabilité de la demande de restitution au père naturel et adoption plénière d’un enfant né sous X”, *La Semaine Juridique*, 12 de mayo de 2004, pág. 898 a 900.

Por su parte, la sentencia de la Corte de Casación de 6 de abril de 2004, ha negado la restitución a la madre biológica de un menor nacido bajo parto anónimo. *Vid.*, *La Semaine Juridique*, 28 abril 2004, pág. 763 y 764.

⁷³*Vid.* RIVERO HERNANDEZ F., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003), *cit.*, pág. 593 a 632.

miembros de la familia biológica, los de los padres adoptantes y los intereses públicos, sacrificando, por tanto, el derecho de la persona a conocer sus orígenes biológicos. Obviamente, esta decisión ha sido objeto de una crítica generalizada por la doctrina, que resumo brevemente en estas líneas. En primer lugar, se efectúa una incorrecta ponderación de los intereses en juego, pues mientras que el de la madre y su voluntad parecen estar supervalorados, el del hijo resulta infravalorado. En segundo lugar, se desatienden los derechos e intereses de otras personas, como son el padre, ascendientes y hermanos. En tercer lugar, resulta insuficiente el trato jurídico que se otorga al derecho de toda persona a conocer su origen. En cuarto y, último lugar, en la realidad de nuestros días, justificar el derecho de la madre a conservar el anonimato en aras de proteger su salud, o evitar el infanticidio, resulta, cuando menos, anacrónico⁷⁴.

IV. ITALIA

1.- RÉGIMEN JURÍDICO

1.1.- DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA POR VOLUNTAD DE LA MADRE EN LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA

En el ámbito del Derecho italiano, la determinación de la maternidad no matrimonial depende de la voluntad de la madre. Al subsistir la distinción entre filiación legítima e ilegítima, recibe cada una de ellas un tratamiento legal diverso. Si el nacimiento es de unión legítima, en la inscripción de nacimiento, deben constar junto a los datos generales, el nombre y otros datos identificadores del padre y de la madre (Ordenamento dell Stato Civile, RD 1939, arts. 71 y 73). Si, por el contrario, es de unión ilegítima, se harán constar sólo los datos que proporcionan el progenitor o progenitores que, personalmente, hagan la declaración del nacimiento, o que hayan consentido por documento público que su nombre aparezca. Para que conste la maternidad ilegítima, es necesario que quede determinada a través del reconocimiento

⁷⁴*Vid.*, RIVERO HERNANDEZ F., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003), cit., pág. 616. En la doctrina francesa, *vid.*, MALAURIE P., “La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines. L’affaire *Odièvre*, *La Semaine Juridique*, 26-3-2003, n° 26, pág. 548.

voluntario de la madre. Curiosamente, la sentencia de la Corte Costituzionale de 5 de mayo de 1994, permite a la madre casada ocultar su identidad en la inscripción de nacimiento del hijo. La diversidad de regímenes en el Derecho italiano, ha sido criticado por la doctrina italiana y en el ámbito legislativo⁷⁵.

1.2.- LA LEY SOBRE LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO DE MENORES DE 4 DE MAYO DE 1983: EN PARTICULAR, LOS ARTÍCULOS 27.3º Y 28.2º

Respecto a la adopción, ha de hacerse notar, que dicha Ley contiene algunos artículos de los que debe hacerse una somera referencia.

En primer lugar, aquélla se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento⁷⁶.

En segundo lugar, a tenor del art. 27.3º, con la adopción cesan las relaciones del adoptado hacia la familia de origen. Pero se omite, si el adoptado tiene derecho a conocer sus orígenes y, en consecuencia, buscar a sus padres biológicos. Se ha puesto de relieve, cómo la objetiva delicadeza del problema, es decir, su relevancia, se contraponen con el incomprensible silencio de la ley referida en este punto. Esta omisión ha propiciado, obviamente, la discrecionalidad de los Tribunales judiciales de menores, como veremos⁷⁷.

Por su parte, el art. 28 de dicha Ley, parece consagrar, con carácter general, la obligación de secreto para el oficial del estado civil referida a la adopción. En efecto, cualquier información del estado civil del adoptado, debe ser realizada con la indicación de sus nuevos apellidos y con exclusión de cualquier referencia a su filiación anterior y a su condición de hijo adoptivo, salvo que exista aprobación judicial⁷⁸. La importancia

⁷⁵Vid. RIVERO HERNANDEZ F., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003),” cit., pág. 604 y 605.

⁷⁶El art. 26.4º afirma, que “Il provvedimento che pronuncia l’adozione, divenuto definitivo, è trascritto a cura del cancelliere del tribunale per i minorenni, entro il decimo giorno successivo a quello della relativa comunicazione, sul registro di cui all’articolo 18 e comunicato all’ufficiale di stato civile **per l’annotazione a margine dell’atto di nascita dell’adottato**. A questo effetto, il cancelliere del giudice dell’impugnazione deve inviare immediatamente apposita comunicazione al cancelliere del tribunale per i minorenni”.

⁷⁷Vid. CENCI P., “Sul diritto dell’adottato di conoscere l’identità dei propri genitori naturale”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996-II, pág. 1555.

⁷⁸Art. 28.1. “Qualunque attestazione di stato civile riferita all’adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l’esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e della annotazione di cui all’ultimo comma dell’articolo 26.

L’ufficiale di stato civile e l’ufficiale de anagrafe debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo

que se confiere al secreto de dichas informaciones se pone de manifiesto, con la sanción que se atribuye en caso de revelación, que, a tenor del art. 73.1º de la precitada Ley, consiste en una pena de reclusión de hasta seis meses o de multa hasta 900.000 liras. En la hipótesis de que dicha revelación la realice un funcionario público, la pena es de seis meses a tres años (art. 73.2º).

La solución que contiene el art. 28 de la Ley que nos ocupa, relativa a la exigencia de aprobación judicial para que el oficial del estado civil proporcione informaciones o noticias relativas a la adopción, ha sido calificada de intermedia por la doctrina, entre las aspiraciones de anonimato de algunos progenitores y las de conocer su origen de algunos adoptados⁷⁹. Ha de observarse, también, que no distingue entre adoptado mayor o menor de edad. En efecto, quizá sería más adecuado, entender que está pensado para los supuestos en que el adoptado que demanda el acceso a sus orígenes es menor de edad.

Por lo que se refiere a la doctrina italiana, merece señalarse, que aquella previsión legal ha sido objeto de críticas, principalmente, por parte de los autores que defienden el derecho del adoptado a conocer su origen, sobre la base, fundamentalmente, de su importancia para el desarrollo de la personalidad⁸⁰.

Sin embargo, por si quedara alguna duda sobre la verdadera intención del legislador, la Circular del Ministerio de Gracia y Justicia n 335692/86⁸¹, ha expresado de manera contundente, que el art. 28 recoge la clara y precisa voluntad del legislador, en orden a la interrupción de las relaciones entre el menor adoptado y la familia de origen, para evitar, de un lado, que el armónico desarrollo de su personalidad pueda ser perturbado por una duplicación de las figuras parentales, y, por otro, que los padres puedan ser perturbados en el desempeño de su función, con los padres biológicos.

autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria”.

⁷⁹Cfr. GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho del adoptado a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 186.

⁸⁰Vid. CONSTANZO A., “Vicende di due principio costituzionalmente rilevante e affini”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1995-II, pág. 1143 a 1148, y SCOGNAMIGLIO C., “Sul diritto dell’adottato ad ignorare l’identità dei propri genitori naturale”, *Giur. It.*, 1988, I-2, pág. 111. Para el autor, el conocimiento por parte del adoptado de sus orígenes puede ser esencial, para el desarrollo de su personalidad.

⁸¹Vid. MINISTERIO DI GRAZIA E GIUSTIZIA- Ufficio per la giustizia minorile, Circolare 2 gennaio 1986 n° 335692: “Interpretazione dell’art. 28 della legge 4 maggio 1983 n° 184 circa l’Autorità giudiziaria competente a fornire l’autorizzazione a norma dell’art. 13 dell’Ordinamento dello stato civile”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987, pág. 904.

2. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

Ante este estado de cosas, puede ser útil, en nuestro estudio, adentrarse en el análisis de algunas decisiones de los Tribunales que han de aprobar el acceso a la información sobre los orígenes del adoptado (*ex art. 28.2º Ley sobre la Adopción*), a fin de determinar cuál es su postura. Pues bien, del análisis de algunas de ellas, se puede anticipar la inexistencia de una línea uniforme al respecto. Definamos, con un poco más de detalle, las diversas orientaciones seguidas por dichos Tribunales.

De una parte, en numerosos pronunciamientos, se ha excluido la posibilidad de relaciones entre el adoptado y su familia de origen. Así ocurre en la decisión del *Tribunale per i minorenni di Torino*, de 4 de febrero de 1986. Se trataba de una persona adoptada estando en vigor la antigua y derogada Ley de 5 de junio de 1967. El Tribunal se negó a dicha petición. Se impone, pues, el mantenimiento del secreto respecto a los datos de los padres biológicos⁸².

En esta línea, cabe situar también la decisión de 28 de febrero de 1990, de la *Corte di Appello di Torino*. Se vuelve a insistir en la necesidad de tutelar el interés del menor a integrarse y crecer en una familia idónea. En consecuencia, después de la declaración de adopción, no puede ser consentido el menor, al restablecimiento de contactos con los hermanos mayores biológicos. Parece ser, como se deduce del tenor de la decisión, que los padres biológicos habían tenido un comportamiento extremadamente negativo y destructivo con sus tres hijos que, posteriormente, fueron adoptados por otras familias⁸³. Al respecto, expresa, entre otras cosas, que:

“Ritiene questa Corte che le disposizioni da assumere in questa delicata materia vadano ispirate, di volta in volta, al fondamentale principio del preminente interesse del minore dichiarato adottabile. Ed oggi non vi è dubbio che il preminente interesse dei tre minori in questione consiste nell’essere tutelato da ogni interferenza lacerante che richiami loro il triste passato di violenze ed incida negativamente sulla serenità della loro nuova vita e del loro rapporto gli affidatari”.

En la decisión de 30 de enero de 1996, el *Tribunale per i minorenni Emilia Romagna*, deniega el acceso a la información para localizar a una hermana biológica,

⁸²*Vid. Il diritto di famiglia e delle persone*, 1986, pág. 187 a 192.1

⁸³*Vid. Il diritto di famiglia e delle persone*, 1991-II, pág. 548 a 550.

requerida por los padres adoptivos de un mayor de edad, enfermo de leucemia grave y que necesitaba un trasplante de médula ósea. Si bien el Ministerio Fiscal emitió un informe favorable al respecto, sólo condicionado a que la hermana consintiese el contacto, el tribunal se declaró incompetente, al haber superado el adoptado la minoría de edad⁸⁴.

La decisión del *Tribunale per i minorenni di Torino*, de 5 de febrero de 1997, también se opone al acceso del adoptado a la información sobre sus padres biológicos, en atención a unos argumentos, cuando menos, sorprendentes. En efecto, se llega a decir que la manifestación de los orígenes, además de ser contraria a la legislación vigente, puede suscitar la idea de que existe, además de la familia adoptiva, una familia de reserva, a saber, la familia biológica a la que recurrir en caso de dificultades. En concreto, se expresa en los siguientes términos:

“A ciò si aggiunga che la sola ipotesi di una conoscenza futura dell’adottato con i genitori di origine darebbe ai genitori adottivi e all’adottato stesso l’idea che l’adozione è bensì l’accezzazione e l’accoglienza dell’adottato “proprio come un figlio”; ma che, tuttavia, resta sempre sullo sfondo una famiglia “di riserva” (quella di origine, appunto), cui si penserebbe di fare ricorso in caso di difficoltà (ma, se poi ciò accadesse realmente, le conseguenze concrete sarebbero disastrose: una famiglia cui è stato dichiarato adottabile un figlio, di solito non migliora nel tempo, ma purtroppo corre verso un progressivo, maggiore sfacelo)”.

Y termina diciendo:

“Ancora una volta, non si nega la possibilità “futura” di un procedimento disciplinato al fine dello svelamento delle origini. Ma occorre che il legislatore si esprima. Allo stato attuale, nel totale silenzio procedurale, l’unica regola seria è quella del segreto, insuperabile (la negrita es nuestra).⁸⁵

⁸⁴Vid. GARRIGA GORINA, *La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen*, cit., pág. 188, en especial nota nº 406, y *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996-I, pág. 656 a 658.

⁸⁵Vid. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998-I, pág. 151 y 153.

Finalmente, en la misma línea cabe situar, la decisión del *Tribunale per i Minorenni di Roma*, de 30 de mayo de 1994. Se afirma que la petición de la copia integral del acto de nacimiento por parte del adoptado, a fin de conocer a sus padres biológicos requiere el consentimiento de éstos. Además, alude a razones negativas de orden psicológico, familiar y social que dicho conocimiento tendría en la familia de origen, para denegar dicha petición⁸⁶.

En otras decisiones se elude el problema cuando se afirma que:

“Le legge sull’adozione dei minori fa perno non sull’addebitabilità ai genitori e ad altri parenti di sangue dello stato di abbandono del minore, né sulla colpevolizzazione della famiglia biologica, ma sull’esigenza di tutelare l’interesse essenziale del minore ad inserirsi e crescere in una famiglia idonea allorché la famiglia di sangue sia certamente ed irreversibilmente inidonea a svolgere i propri compiti istituzionali. Pertanto, dopo la dichiarazione di adottabilità non può essere consentito al minore il ristabilimento di contatti con i propri fratelli germani maggiorenni, pur quando questi ultimi non abbiano alcuna responsabilità per lo stato di abbandono che la dichiarazione di adottabilità ha determinato” (Sentenza della Corte d’appello di Roma del 7 maggio 1991).

En una línea diametralmente opuesta, no han faltado decisiones en las que, atendiendo al bienestar físico del adoptado y, en orden a conseguir un tratamiento médico adecuado, se ha consentido la búsqueda de los padres biológicos y se ha concedido la aprobación judicial, llegándose a afirmar que se pretende tutelar así un derecho de rango constitucional, como es el de la salud. En particular, *la Corte de Apelación de Palermo*, en la sentencia de 11 de diciembre de 1992, afirma que :

“l’autorizzazione a fornire notizie, dati e documenti utili all’identificazione dei genitori biologici dell’adottato-il quale faccia valere posizioni costituzionali garantite, come il diritto alla salute-per la tutela concreta delle aquali sia indispensabile la

⁸⁶Vid. *diritto di famiglia e delle persone*, 1994-II, pág. 1315.

conoscenza dell'identità dei genitori di sangue, dovendosi procedere ad anmnesi familiare per una più adeguata terapia delle patologie che affliggono l'adottato"⁸⁷.

Dentro de esta tendencia cabe destacar las decisiones que han dado prioridad al bienestar psíquico del adoptado para consentir la búsqueda de los padres naturales, llegando a proponerse una interpretación teológica del art. 28 de la Ley de 1983, al ponerlo en relación con el art. 2 y 30 de la Constitución⁸⁸. Es lo que ocurre en la decisión del *Tribunale per i minorenni di Roma*, de 5 de julio de 1988, que se expresa en los siguientes términos:

“Il ricordo dei genitori naturali, ed eventualmente anche della casa natale e dell'antico ambiente di vita, ove resti solo con la realtà e di un recupero della verità, potrebbe, infatti, con ogni evidenza, essere estremamente dannoso allo sviluppo della personalità del bambino. Si ricordi, in proposito, che il c.d. “fantasma dell'origine”, gioca, com'è noto, un ruolo importante nella costruzione dell'immagine di sé, e che la negazione del passato diventa un ostacolo al completamento della formazione della persona ed alla costruzione di un adeguato senso di identità, premessa, questa, necessaria per il raggiungimento della futura autonomia idi individuo. Nel caso che ci occupa, i Servizi specialisti insistono sull'opportunità che i contatti del minore con la madre naturale non vengano, in futuro, preclusi, pur non auspicando che questi avvengano attualmente.

(...)

“È ben vero che l'art. 27 della legge n. 184/1983 stabilisce la cessazione dei rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine, salvi i divieti matrimoniali. Senonchè è da rilevare che il fatto di consentire l'instaurarsi di una frequentazione (che potrebbe essere anche sporadica, o, in iconcreto, non avvenire afatto) del minore con il nucleo d'origine non postula il permanere di rapporti giuridici , potendo ben essere tale frequentazione assimilata a quella che si ritenesse oportuna tra il minore e qualsiasi

⁸⁷Cfr. *Il diritto de famiglia e delle persone*, 1993-I, pág. 587 a 591.

⁸⁸Cfr. CONSTANZO “Vicende di due principio...”, cit., pág. 1148.

altra figura che, non essendo a lui legata da alcun vincolo di parentale, avesse in passto avuto con lui rapporti significativi.

A tal proposito, appare utile il riferimento, in via interpretativa, alle norme costituzionali (artt. 2 e 30, comma 1 e 2), che, nell'enunciare l'aspettativa, costituzionalmente protetta, del minore all'educazione –da intendersi come “promozione del diritto inviolabile all'integrale sviluppo della persona- non può che illuminare anche ai fini dell'interpretazione del predetto art. 27, nel senso di escludere ogni significato della norma che possa comportare una qualsiasi limitazione del diritto del'nfante alla completa disponibilità di ogni parte del proprio essere –e quindi del proprio vissuto- ogni qual volta essa appaia in concreto indispensabile ai fini della strutturazione della sua personalità attuale”.⁸⁹

Como conclusión, se puede afirmar, que los Tribunales de menores siguen una línea poco uniforme, cuando se trata de facilitar a un adoptado menor de edad, información relativa a sus orígenes biológicos. En unas ocasiones se alega la necesidad de tutelar el interés el menor a integrarse y crecer en una familia, como si el acceso a dichos datos, fuera contrario a este principio. O se aducen razones de tipo formal, como la de incompetencia del Tribunal de menores, al tratarse en el caso de un mayor de dad. Se ha argüido también, que manifestar dichos orígenes, además de ser contrario a la legislación vigente, puede favorecer la idea de que existe una familia de reserva a la que recurrir en caso de dificultades. Y, en fin, se han aducido razones de orden psicológico, familiar y social, dirigidas a la protección de la familia de origen, para negar el acceso a dichos datos.

Por su parte, cuando han accedido a la petición del menor, han tenido en cuenta, fundamentalmente, razones de tipo físico o psíquico. Es decir, siendo necesario aplicar un tratamiento médico adecuado a fin de proteger el derecho constitucional a la salud del menor, se permite conocer los orígenes biológicos del menor e incluso pedir ayuda, en su caso, a algunos de dichos familiares. De otra parte, se ha atendido también al bienestar o salud psíquica del menor para acceder a su demanda.

⁸⁹ *Vid. Il diritto di famiglia e delle persone*, 1990-I, pág. 105, 110 y 111.

3. LA LEY DE 28 DE MARZO DE 2001, QUE MODIFICA LA DE 4 DE MAYO DE 1983. EN PARTICULAR, EL ART. 24.

Parece claro, a la vista de esta situación poco definida en la actuación de los Tribunales de Menores, la necesidad de una normativa que dicte algunas pautas y, en definitiva, proporcione algo de luz al trascendental problema del conocimiento de los orígenes biológicos del adoptado. Pues bien, la situación referida en la que se han desenvuelto los Tribunales de Menores, ha dado paso a una mayor claridad desde la Ley de 28 de marzo de 2001, que ha modificado su precedente de mayo de 1983. Vamos a ver cómo resuelve este tema.

Merece destacarse, el art. 24 de la nueva Ley que contiene ocho apartados. Tiene la virtualidad de modificar el art. 28 de la Ley de 1983, ya analizado en las primeras líneas de este trabajo.

Pues bien, el apartado primero de dicho precepto, afirma, en primer lugar, que el menor adoptado es informado de su condición y sus padres adoptivos harán frente a ello, en los modos y términos que consideren más oportuno⁹⁰. Obsérvese, que se incorpora expresa mención de la obligación de informar al menor adoptado de su condición, que incumbe a los propios padres adoptivos.

Su apartado segundo, reza que cualquier certificación del estado civil referida al adoptado, debe ser expedida con la sola indicación del nuevo apellido y con exclusión de cualquier referencia a la paternidad y maternidad del menor. El tenor literal de este apartado coincide, en términos generales, con el apartado primero del art. 28 de la Ley de 1983.

En tercer lugar, se afirma que el oficial del estado civil (...), deberá negarse a proporcionar noticias, informaciones, certificaciones extractos o copias, de las cuales pueda resultar la relación de adopción, salvo autorización expresa de la autoridad judicial. No es necesaria la autorización en caso de que la demanda provenga del oficial del estado civil, para verificar si subsisten impedimentos matrimoniales. Este apartado

⁹⁰«Art. 28.-1. Il minore adottato è informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi nei modi e termini che essi ritengono più opportuni».

es similar, al párrafo segundo del antiguo art. 28. Son por ello, precisamente, los siguientes párrafos del precepto, los que incorporan más novedades.

Su apartado cuarto señala, además, que las informaciones concernientes a la identidad de los padres biológicos, pueden ser proporcionadas a los padres adoptivos, los cuales ejercen la patria potestad, bajo autorización del Tribunal de los Menores, sólo si existen graves y comprobados motivos. El Tribunal se asegurará que la información sea precedida y acompañada de la adecuada preparación y asistencia del menor⁹¹. Desde nuestro punto de vista, es plausible que el legislador esté pensando en la hipótesis de que un adoptado padezca una enfermedad importante. Hemos visto, como en estos casos, un contacto con la familia biológica puede ser determinante para proporcionarle un tratamiento médico adecuado y procurar su curación.

También resulta novedosa, la posibilidad de que el adoptado, alcanzada la edad de veinticinco años, pueda acceder a la información que se refiere a su origen y la identidad de los padres biológicos. Puede hacerlo también alcanzada la mayoría de edad (esto es, antes de cumplir los veinticinco años), si subsisten graves y comprobados motivos relativos a su salud psico-física. La instancia debe ser presentada al Tribunal de Menores del lugar de residencia.

El Tribunal de Menores, procederá a dar audiencia a las personas que considere oportuno, recoge toda la información de carácter social y psicológico, con la finalidad de valorar que el acceso a las informaciones sobre el origen, no comporte grave perturbación al equilibrio psico-físico del solicitante. Definida la información, el Tribunal para Menores autoriza mediante decreto el acceso a las noticias solicitadas. No se requiere dicha autorización judicial para el adoptado mayor de edad, si los padres adoptivos han fallecido o no han sido localizados⁹².

Seguidamente, el art. 28 en sus apartados 6, 7 y 8, se refiere a tres supuestos en los que el acceso a los orígenes biológicos, o, mejor dicho, el interés del adoptado a conocer sus orígenes, cesa respecto a otros intereses que se consideran prioritarios. Veámoslos.

⁹¹Art. 28.4. expresa que “Le informazioni concernenti l’identità dei genitori biologi possono essere fornite ai genitori adottivi, quali esercenti la potestà dei genitori, su autorizzazione del Tribunale per i minorenni, solo se sussistono gravi e comprovati motivi. Il Tribunale accerta che l’informazione sia preceduta e accompagnata da adeguata preparazione e assistenza del minore. Le informazioni possono essere fornite anche al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, ove ricorrano i presupposti della necessità e della urgenza e vi sia grave pericolo per la salute del minore”.

⁹²El art. 28.8 afirma que, “Fatto salvo quanto previsto dai commi precedenti, l’autorizzazione non è richiesta per l’adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irreperibili”.

En primer lugar, El Tribunal de Menores no concederá la información solicitada, incluso si el adoptado ha cumplido los veinticinco años si, en atención a la información que tiene en su poder, considera que el conocimiento de sus orígenes puede producirle un daño o perturbación a su equilibrio psico-físico. Obsérvese, que estamos ante un supuesto que, probablemente, propiciará una indeseada o no aconsejable discrecionalidad de los Tribunales de Menores.

En segundo lugar, el acceso a la información no será consentido, si el adoptado no se ha reconocido por la madre biológica.

Tampoco se proporcionará la información sobre los orígenes biológicos, si uno solo de los padres biológicos ha declarado que no quiere ser nombrado, o ha manifestado el consentimiento a la adopción de manera anónima⁹³.

V. SUIZA

1.- ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN MATERNA Y LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO: ARTS. 252 DEL CODE CIVIL Y 67.4 DE LA OEC

Situados en el ámbito del Derecho Suizo, nuestro punto de partida se encuentra en el Código Civil de 1907, y la Ordonnance sur l'état civile de 28 de abril de 2004, que ha entrado en vigor, con carácter general, el 1 de julio de este año. El art. 252 del primer texto legal, afirma, respecto a la madre, que la filiación resulta del nacimiento. Por su parte, con el nuevo Reglamento de 2004, si bien no encontramos un artículo similar al art. 67.4 del Reglamento del 1953⁹⁴, estamos en condiciones de afirmar, que el Derecho suizo está lejos de reconocer el derecho de la madre a mantener en secreto su identidad, así como el parto anónimo, a diferencia del Derecho francés. Cabe resaltar, a modo informativo, que desde el citado Reglamento, el estado se registra exclusivamente

⁹³El art. 28.7 reza que, "L'accesso alle informazioni non è consentito se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non voler essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo".

⁹⁴En el expresaba, que la inscripción de nacimiento, debía contener, entre otros extremos, mención al nombre y apellidos de la madre.

de forma electrónica (art. 15). Respecto al nacimiento, se incorpora, la fecha, hora, y lugar [(art. 8 e)]. Tienen obligación de anunciar el nacimiento, entre otros, los miembros de la familia o las personas delegadas al efecto (art. 34).

2. LA ADOPCIÓN: ARTÍCULOS 252 A 269 DEL CODE CIVIL. EN PARTICULAR, EL SECRETO DE LA ADOPCIÓN: ART. 268 B) DEL MISMO CUERPO LEGAL. POSICIONES DOCTRINALES.

En el caso de adopción, se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento y se crea una nueva inscripción, en la que consta solamente la filiación adoptiva. Esta se realiza en una hoja complementaria, que se superpone a la anterior inscripción de nacimiento, como preceptúa el art. 73 b) del Code Civil⁹⁵. A todos los efectos, los documentos que el registro expide, relativos a una persona adoptada, mencionan sólo a la familia adoptiva⁹⁶.

De otra parte, especial atención merece, en nuestro estudio, el art. 268 b) del mismo cuerpo legal, por cuanto consagra el secreto de la adopción. Dicho artículo reza, que “L’identité des parents adoptifs ne sera révélée aux parents de l’enfant qu’avec leur consentement”, es decir, los padres biológicos no pueden conocer la identidad de los padres adoptivos, sin el consentimiento de éstos. Este precepto, ha sido introducido por la ley federal de 30 de junio de 1972, vigente desde el 1 de abril de 1973. Su objetivo, es fundamentalmente, favorecer la integración del adoptado en su familia adoptiva, protegiendo a ésta, o mejor dicho, evitando las posibles intrusiones por parte de los padres biológicos. Sin embargo, hasta esta fecha, como la adopción simple permitía mantener vínculos entre el adoptado y su familia de origen, la divulgación de datos relativos a la identidad de los padres biológicos, era una práctica habitual. Por su parte, el mayor problema puede derivar de la aplicación práctica del art. 138.4° de la OEC. En

⁹⁵Art. 73.a: ”L’adoption est mentionnée en marge de l’inscription de naissance sur ordre de l’autorité cantonale de surveillance.

L’inscription originale est alors remplacée par une feuille complémentaire la recouvrant.

Art. 73 b: La feuille complémentaire énonce:

1. Le jour, le mois (en toutes lettres), l’année, l’heur et la minute de la naissance;
 2. Le lieu de naissance;
 3. Les nouveaux nom de famille et prénoms de l’enfant, ainsi que son sexe;
- (...).

⁹⁶Vid. art. 140 OEC y GARRIGA GORINA M., *La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen*, cit., pág. 189.

efecto, como expresa el artículo, la “divulgación de los datos personales correspondientes a inscripciones (...) ocultas (...) requiere la autorización de la autoridad de supervisión”. Como se ha advertido, esta normativa deja una puerta abierta a múltiples y, poco deseables, posibilidades, en los cantones suizos⁹⁷.

De lo dicho hasta aquí, no puede extraerse una conclusión clara respecto a cuál sea la posición del Derecho Suizo, en el tema relativo al derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. Es verdad, que el art. 268 referido, parece consagrar el secreto de la adopción respecto a los padres biológicos. Sin embargo, nada dice, con relación al adoptado, es decir, ¿puede el hijo adoptivo conocer la identidad de sus padres biológicos? Como ha señalado la doctrina⁹⁸ el precepto “no hace ninguna alusión (...) al derecho del niño de obtener información sobre la identidad de los padres adoptivos a este respecto. Por último, esta decisión tampoco proporciona indicaciones sobre los derechos de las diversas personas interesadas cuando, una vez integrado el niño, se comprueba que la revelación de la identidad de los padres no constituye una amenaza para el éxito de la adopción”.

Esta falta de claridad, ha favorecido distintas posiciones en la doctrina. Mientras que algunos afirman que existe un derecho incondicional al conocimiento del propio origen genético, que debe prevalecer sobre los demás intereses o derechos en conflicto, otros, son partidarios de valorar el derecho del adoptado a conocer su origen, teniendo en cuenta conjuntamente, los de otras personas, como los de los padres biológicos, quienes pueden resultar perjudicados, desde el punto de vista moral, al tenerse que enfrentar con esta situación de encuentro o contacto con el hijo que dejaron en adopción hace mucho tiempo, y para lo que, probablemente no estén preparados⁹⁹. En esta hipótesis, se ha defendido la actitud mediadora que debe prestar la autoridad competente en Suiza, entre el hijo adoptivo y los padres biológicos, advirtiéndole al primero de los posibles resultados negativos de las averiguaciones (por ej. rechazo de los padres). Asimismo, si los padres biológicos deciden no desvelar su identidad, la autoridad debe informar al hijo sobre ello. Si pese a ello, éste persiste en su búsqueda, la autoridad sólo

⁹⁷ Vid. “La búsqueda de los orígenes para personas adoptadas: trampas y perspectivas”, en DOCUMENTO PROCEDENTE DEL SERVICIO SOCIAL-CIR, pág. 5.

⁹⁸ Vid. WERRO F., “Quelques aspects juridiques du secret de l’adoption”, *RDC*, 1994, pág. 73 y ss.

⁹⁹ En nuestro Derecho, resume las posiciones de la doctrina suiza, GARRIGA GORINA, “*La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen*”, cit., pág. 190 y QUESADA GONZALEZ M.C., “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *ADC*, 1994-1, pág. 277 y 278, en especial nota n° 122 y 123.

proporcionará al hijo los datos que desea saber relativos a su filiación en el momento de la adopción por vía judicial¹⁰⁰.

Situados en el terreno práctico, se puede afirmar que, cuando una persona adoptada desea conocer sus orígenes biológicos, la autoridad competente debe ponderar los intereses en juego, y en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, decidir si cabe ejercitar o no el denominado *Akteneinsichtsrecht*, que alude al derecho a ver los autos o archivos en los que aparecen los datos relativos a la adopción. En caso de duda deben prevalecer los intereses del hijo. Sin embargo, algún autor, en este ámbito, ha señalado la necesidad de atender los intereses de los padres biológicos¹⁰¹.

Desde el punto de vista jurisprudencial, es importante la sentencia del *Bundesgericht* (Tribunal Federal suizo) de 5 de febrero de 1986. En el caso resuelto por la sentencia, un hombre de edad madura, hijo de madre soltera, solicitó, que se le dejara examinar los archivos donde constaban los datos relativos a su filiación. La autoridad competente no accedió a su petición. El interesado recurrió, pero su interés no fue atendido. En dicha sentencia, descansa la idea de que es necesario probar que se tiene un especial interés en hacer valer el *Akteneinsichtsrecht*, al ser un derecho de expresión de la libertad personal protegida por la Constitución, cuyos límites son el interés del Estado y de ciertas personas privadas en el secreto de los archivos¹⁰².

Por su parte, con carácter más reciente, el Tribunal Federal permitió que un hombre de cuarenta años, que sufría desde el punto de vista psicológico por desconocer la identidad de su padre biológico (que había sido ocultada por su madre ya fallecida), accediera a su expediente de curatela, y así pudiera conocer la identidad de los tres hombres con los que su madre había mantenido relaciones sexuales, en la época en que fue concebido¹⁰³.

¹⁰⁰Cfr. QUESADA GONZALEZ M. C., “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, cit., pág. 277, nota nº 122.

¹⁰¹Idem nota anterior.

¹⁰²Cfr. QUESADA GONZALEZ M.C “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico, cit., pág. 278.

¹⁰³Vid. DOCUMENTO PROCEDENTE DEL SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL –CIR, pág. 7.

3. EL ART. 119 G) DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LA CONFEDERACIÓN SUIZA, DE 18 DE ABRIL DE 1999

Desde otra perspectiva, si trascendemos el ámbito del derecho privado suizo, resulta de interés el art. 119 apartado g), de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 18 de abril de 1999 (que entró en vigor el 1 de enero del 2000). Aunque el precepto se enmarca dentro del tema relativo a la procreación médicamente asistida, es explícito, al afirmar que toda persona tiene acceso a los datos relativos a su ascendencia¹⁰⁴. Si bien pretende luchar contra la utilización abusiva de las técnicas artificiales de reproducción, la doctrina se ha mostrado partidaria de aplicar analógicamente, las garantías instituidas en materia de procreación asistida al ámbito de la adopción¹⁰⁵

4.- EL NUEVO APARTADO DEL ART. 268 DEL CODE CIVIL, INTRODUCIDO POR LA LEY FEDERAL DE 22 DE JUNIO DE 2001: EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS. LÍMITES

Pues bien, esta falta de precisión y, especialmente, de regulación legal respecto a las personas adoptadas de buscar y conocer sus orígenes, se ha visto superada, recientemente, por la Ley Federal de 22 de junio de 2001, relativa a la Convención de la Haya sobre la adopción y otras medidas de protección del menor en caso de adopción

¹⁰⁴Art. 119 Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain

1. L'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique.
2. La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants:
(...)

g) toute personne a accès aux données relatives à son ascendance. (la negrita es nuestra).

¹⁰⁵Vid. SCHWEIZER R.J., Comentario sobre la Constitución federal de la Confederación Suiza, art. 24 al.2, pág. 58 (pág. 43), en el DOCUMENTO PROCEDENTE DEL SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL-CIR, pág. 7

internacional (en vigor desde el 1 de enero de 2003). En efecto, dicha Ley, en el capítulo 2 de su anexo, ha introducido un nuevo apartado [(artículo 268 c)], que regula expresamente la información sobre la identidad de los padres biológicos. Dicho precepto se expresa en los siguientes términos:

Art. 268 c: “Información sur l’identité des parents biologiques.

1. A partir de 18 ans révolus, l’enfant peut obtenir les données relatives à l’identité de ses parents biologiques; il a le droit d’obtenir ces données avant ses 18 ans lorsqu’il peut faire valoir un intérêt légitime.
2. Avant de communiquer à l’enfant les données demandées, l’autorité ou l’office qui les détient en informe les parents biologiques dans la mesure du possible. Si ces derniers refusent de reconstruire l’enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité des parents biologiques.
3. Les cantons désignent un office approprié, que conseille l’enfant, à sa demande.

Veamos, con un poco más de detalle, cómo se articula dicho derecho.

En primer lugar, si el adoptado tiene dieciocho años cumplidos, éste puede obtener los datos o antecedentes solicitados relativos a la identidad de sus padres biológicos. Este derecho a obtener los datos referidos antes de los dieciocho años, lo puede hacer efectivo cuando pueda hacer valer un interés legítimo. Parece que con esta condición, el legislador está supeditando el conocimiento de dicha información a su carácter indispensable para el desarrollo de la personalidad del menor. Es decir, si la autoridad considera que en la demanda de dicha información no subyace un interés digno de protección, e incluso que dicha información podría ser perjudicial para el niño, y que, en definitiva, que no es indispensable para el desarrollo de la personalidad, podría negarse a dar los datos demandados.

Como se puede observar, la fijación del límite de edad en los dieciocho años, demuestra la intención del legislador de proteger a los adoptados menores de dieciocho años, al supeditar el otorgamiento de la información, a la existencia de un interés legítimo. Es decir, parece deducirse del tenor literal que, sólo en el caso de que dicha información sea positiva para el desarrollo de la personalidad y no le afecte negativamente, la autoridad procederá a proporcionarle dicha información. Obviamente, parece razonable entender que, en esta hipótesis, se tendrá en cuenta el interés de las

demás personas implicadas. En efecto, si los padres biológicos no quieren que su identidad sea revelada, y es un menor el que demanda dicha información, quizá puede causarle más daño enfrentarse a esa negativa, crucial para el desarrollo de su personalidad, que seguir sin saber quienes son sus padres biológicos. Por ello, desde nuestro punto de vista, habrá que ser muy cauteloso a la hora de resolver la demanda del menor. Con todo, pensamos que, cuando se trata un mayor de dieciocho años que demanda la información sobre la identidad de sus padres biológicos, aunque el precepto no dice nada al respecto, dicho interés legítimo existe. ¿Qué interés más legítimo que el de adoptado a conocer la identidad de sus padres existe? Pensamos, que la omisión del legislador en este punto, responde a la idea de que, a partir de mayoría de edad, se posee madurez suficiente para enfrentarse a esta situación, con todas sus posibles variantes desde la perspectiva de los padres biológicos.

Sin embargo, el artículo 268, después de formular la afirmación anterior, somete a algunas condiciones el otorgamiento de dicha información. Ciertamente, el precepto transcrito regula un procedimiento previo a la concesión de la información solicitada. En efecto, la autoridad u oficina que tiene en su poder los datos solicitados, relativos a la identidad de los padres biológicos, informarán a éstos de dicha demanda, en la medida de lo posible. Si estos últimos se niegan al encuentro con el adoptado, éste debe ser avisado e informado de los derechos de la personalidad de los padres biológicos. Como se puede observar, en la hipótesis, nada desdeñable de que los padres biológicos quieran que su identidad permanezca secreta, este interés subsistirá por encima del interés del menor. Aquí se invocan los derechos de la personalidad de los otros protagonistas-padres biológicos- (a su intimidad, al secreto de su identidad), que ponen de relieve, a la postre, que el legislador les ha otorgado un carácter preferente, más allá del interés del adoptado. Esta resistencia a proporcionar los datos relativos a la identidad de los padres biológicos, la ha recogido también el Reglamento del Estado Civil (art. 46.3º), cuando afirma que el derecho del adoptado a obtener dichos datos está reservada, haciendo una referencia al citado art. 268c) CC¹⁰⁶.

Como corolario de todo lo anterior, el legislador suizo, se ha decantado por la tendencia doctrinal más conservadora, defendida en este ámbito jurídico, en virtud de la cual, recordemos, se reconocía al adoptado el derecho al conocimiento de sus orígenes,

¹⁰⁶Art. 46.3º: “Le droit de l’enfant adopté d’obtenir des données relatives à l’identité de ses parents biologiques est réservé (art. 268c CC)”.

pero no con carácter incondicional, sino limitado por los derechos de la personalidad de las otras personas implicadas, a saber, los padres biológicos.

Finalmente, el apartado tercero del art. 268, señala que los cantones designarán una oficina adecuada, que asesore o aconseje la demanda del adoptado. Este artículo debe ser puesto en relación con el Reglamento de 29 de noviembre de 2002, sobre la “actividad de intermediario con vista a la adopción”, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2003. Bien es cierto, que este nuevo Reglamento, que ha derogado al de 28 de marzo de 1973, hubiera sido una buena oportunidad para afrontar la cuestión de la búsqueda por el adoptado de sus orígenes. Sin embargo, no ha sido así, y se limita a expresar, de forma similar, al Reglamento derogado los aspectos que seguidamente destacamos.

El art. 12, se refiere a la obligación del intermediario de proporcionar a los padres adoptivos todas las informaciones que posee respecto al hijo y sus padres biológicos. Asimismo, debe informar a los padres adoptivos, de las dificultades que puedan derivarse de la adopción. Hasta el momento de la adopción, debe darle consejos si lo solicitan (similar al derogado art. 11).

El art. 16.2º, que se refiere a la obligación que tiene el intermediario de suministrar, en caso de demanda, toda información útil sobre el adoptado, los padres adoptivos y biológicos, a las autoridades que menciona, entre las que se encuentra (apartado d), el oficial competente para asesorar al adoptado según el art. 268 c) del Code civil, referido. Sería este, el único inciso novedoso en la materia que nos ocupa, que por otra parte, no constituye una aportación relevante en nuestro estudio.

Por su parte, el art. 17 (similar al derogado 16 del Reglamento de 1973), consagra para el intermediario, la obligación de guardar secreto sobre los hechos de los que tenga conocimiento en el ejercicio de su actividad y que subsiste, incluso, una vez acabada su actividad.

A nadie escapa, lo impreciso de las normas contenidas en el reciente Reglamento de 2002, sobre la actividad del intermediario, de cara a la adopción.. Dicha imprecisión y falta de rigor en lo relativo a cuál debe ser su forma de proceder en caso de que el adoptado desee conocer sus orígenes, propiciará, a buen seguro, una diversidad de prácticas.

VI.- ALEMANIA

1. EL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONALIDAD DERIVADO DEL “DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD (ARTÍCULOS 1-I Y 2-I DE LA CONSTITUCIÓN)”

En el Derecho alemán, desde la entrada en vigor de la Constitución (Grundgesetz), el derecho a conocer el origen biológico tiene cabida en lo que la doctrina denomina, “derecho general de la personalidad”, por cuanto los artículos 1-I y 2-I, consagran la intangibilidad de la dignidad del hombre y reconocen el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, dentro del marco del orden constitucional, de la ley moral y del respeto debido a los derechos de los demás. Por ello, esta Ley Fundamental ha sido, como ha manifestado la doctrina, “la clave de bóveda que ha permitido construir definitivamente el derecho a conocer la filiación biológica, como uno de los particulares derechos de la personalidad, derivado del llamado derecho general de la personalidad”¹⁰⁷. Estamos, pues, ante un derecho constitucional protegido, que no se cohonestaba con la admisión del secreto del nacimiento, tan arraigado en el Derecho francés. Este parecer mayoritario, ha sido defendido, como era de esperar, por el Tribunal Constitucional Alemán en algunas sentencias, dignas de ser mencionadas. Detengámonos en ellas, brevemente.

La sentencia de 18 de enero de 1988, resuelve el caso en que una mujer de treinta años deseaba conocer el nombre de su padre por motivos de índole personal y económicos, en orden a hacer valer sus derechos hereditarios. El Tribunal no admitió el recurso planteado por la madre, y confirmó la decisión de los Tribunales inferiores, que estimaron que el hijo no matrimonial tiene derecho a conocer a través de su madre el nombre de su padre. Con esta decisión, obsérvese, se da prioridad al derecho del hijo a conocer su verdadero origen sobre el de la intimidad de la madre. Al entender del Tribunal Constitucional, el derecho del hijo no matrimonial a conocer a su padre, halla

¹⁰⁷Vid. QUESADA GONZALEZ M.C., “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, cit., pág. 241.

protección en el ámbito del derecho general de la personalidad. Merece destacarse, igualmente, la sentencia de 31 de enero de 1989. Trae su origen de un supuesto en que un hijo matrimonial mayor de edad, impugnó su filiación matrimonial, a pesar de que no concurría ninguno de los supuestos previstos legalmente. Además de declarar inconstitucionales algunos de los preceptos en que se contienen esos supuestos (& 1596 BGB), por contener límites al conocimiento del origen del hijo mayor de edad, resulta interesante, el entendimiento que hace de dicho derecho. En efecto, además de entender que cabe reconocerlo a los hijos matrimoniales, y no sólo a los extramatrimoniales, como se venía haciendo hasta esta sentencia, considera el Alto Tribunal, que, más allá del derecho a proporcionar información sobre su filiación, puede reclamarla sin que se admita una ocultación o reserva de dicha filiación, cuando la información demandada pueda ser obtenida¹⁰⁸.

2. ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN MATERNA EN LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO (ART. 21 DE LA PERSONENSTANDGESETZ)

Desde otra perspectiva, la maternidad queda establecida en la inscripción de nacimiento, una vez probado el parto y la identidad del hijo, como datos de los que se hace mención, entre otros, en el acta correspondiente (art. 21 de la *Personenstandsgesetz*). En efecto, fiel a la máxima tradicional de la “*mater semper certa est*”, el sistema jurídico alemán considera que la inscripción del nombre de la madre en el Registro Civil, es suficiente para probar la maternidad biológica. Ningún reconocimiento del hijo, ninguna formalidad tendente a la constatación de esta maternidad se exige. Sin embargo, la indicación del nombre de la madre en el acto de nacimiento, que establece la filiación materna, no es óbice para que aquélla, si no quiere hacerse cargo del nacido, lo entregue en adopción¹⁰⁹.

¹⁰⁸Vid. QUESADA GONZALEZ M.C., “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, cit., pág. 243 y 244, así como la bibliografía alemana que cita.

Igualmente, vid. RIVERO HERNANDEZ F., “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la STC 116/1999, de 17 de junio, al *affaire Odièvre*”, *Familia, Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, marzo-abril 2004, pág. 338, en particular, nota nº 11.

¹⁰⁹Cfr. FURKEL F., “Le droit a la connaissance de ses origines en République Fédérale D’Allemagne”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997-4, pág. 936.

De lo dicho hasta aquí, cabe concluir que en el derecho alemán, no existe la figura del parto anónimo, ni se contempla la posibilidad de que la maternidad se determine en atención a la voluntad de la madre¹¹⁰. En una óptica diametralmente opuesta, se ha llegado a sugerir, para garantizar el derecho del niño a conocer su filiación biológica, que sería posible amenazar a la madre con retirarle el ejercicio de la patria potestad si se niega a comunicar el nombre del padre¹¹¹.

3. EN CONCRETO, EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS. EL § 61, N° 2 DE LA PERSONENSTANDGESETZ

Si trasladamos este planteamiento al ámbito de la persona adoptada, la cuestión que surge, es la relativa a determinar si aquél tiene, asimismo, un derecho a conocer su origen biológico. Pues bien, cabe señalar que el § 61, n° 2, del *Personenstandsgesetz*, otorga al adoptado mayor de dieciséis años, la facultad de consultar directamente los libros del Registro Civil, que le informarán sobre su filiación natural o biológica. Sin embargo, a decir verdad, el dossier contiene los elementos de identificación necesarios. A mayor abundamiento, un sector doctrinal ha estimado que esta facultad del hijo adoptado debe ser considerada, como una particular concreción del derecho a conocer el propio origen biológico¹¹². Más discutida o criticada, por su parte, ha sido la fijación de la edad a los dieciséis años, a partir de la cual el menor ve reconocido el derecho de acceso a su pasado. Como ha señalado la doctrina, esta elección de los dieciséis años no es arbitraria, por cuanto responde a la edad mínima exigida para contraer el matrimonio. Sin embargo, para algunos autores, en consideración a los problemas psicológicos, a menudo precoces, de los interesados, hubiera sido deseable fijar un umbral de edad más bajo¹¹³.

¹¹⁰Vid. RIVERO HERNANDEZ F., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”, cit., pág. 601 y 602. Ello explica, como manifiesta el autor, que en mayo de 2002 se rechazara por el *Bundestag*, un proyecto de ley relativo al parto anónimo, así como que otro proyecto de ley del *land* de Baden-Wurtemberg, presentado ante el *Bundesrat* el 21 de junio de 2002, haya sido reenviado a las comisiones competentes para su presentación ante el *Bundestag*.

¹¹¹Idem nota anterior.

¹¹²Vid. QUESADA GONZALEZ M.C., “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen, cit., pág. 279, y nota n° 127.

¹¹³Cfr. FURKEL F., “Le droit a la connaissance de ses origines en République Fédérale D’Allemagne”,

Otra cuestión que se suscita en el Derecho alemán, es la relativa a determinar si, una vez terminado el procedimiento de adopción, el niño, plenamente adoptado, tiene derecho a buscar judicialmente a su padre biológico y hacer constatar la paternidad de éste. A diferencia del derecho francés y de muchos otros derechos extranjeros, la legislación alemana no es nada precisa en este punto. Algunos han sostenido la posibilidad para el niño, una vez adoptado plenamente, de intentar una acción en busca de paternidad al encuentro del progenitor. Las justificaciones esgrimidas, a tal fin, son variadas. Por un lado, un interés sobresaliente de orden pecuniario del niño, pues en caso de revocación de la adopción plena, los vínculos del adoptado con su familia adoptiva desaparecen y renacen, salvo en lo relativo a la autoridad parental, sus vínculos con los padres biológicos. (& 1764, al.3 BGB). De otra parte, un interés moral se evoca también, a saber, “que el niño sepa de donde viene”¹¹⁴.

De todo lo expuesto, parece que se puede afirmar que en Alemania existe un derecho fundamental, del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. No obstante, la doctrina se muestra partidaria de matizar su reconocimiento, en atención al cuál sea la filiación que exista en cada caso, por ejemplo, según esté fundadas sobre un vínculo de sangre o sobre la voluntad, como la adopción plena, o resulte de una procreación médica. En estos casos, el citado derecho al conocimiento de sus orígenes, significa esencialmente un derecho para el niño a conocer a su madre y a que esta le comunique, la identidad de su progenitor. No obstante, alguna sentencia ha afirmado que, en atención a la protección del matrimonio y de la familia, este derecho, no obstante, podrá verse suprimido. En este sentido, una decisión de la Corte Constitucional Federal, matiza la afirmación que había sentado en 1988, según la cual, el niño natural debía ser informado del nombre de su padre verdadero. En esta nueva sentencia, el interés de la madre a su intimidad está particularmente realzado. Este interés y el del niño a la divulgación del nombre de su progenitor, deben ser, en cada caso especial, valorados precisamente, para permitir al juez decidir. Sin embargo, parece que esta protección especial o relevancia de los derechos fundamentales a la intimidad, el matrimonio o la familia, frente al del niño al conocimiento de sus orígenes, opera en los supuestos de las filiaciones legítimas y naturales. No ocurre, así, por su parte, en el caso de filiación fundada sobre la adopción, ni en la procedente de una procreación artificial. Dentro de

cit., pág. 940.

¹¹⁴Cfr. FURKEL F., “Le droit a la connaissance de ses origines en République Fédérale D’Allemagne”, cit., pág. 940.

estas dos clases de filiación, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas, dan prioridad al derecho a conocer los orígenes biológicos. Pero incluso aquí, en lo relativo a la información del niño sobre su verdadero origen, la doctrina ha calificado de excesivos, los paralelismos establecidos en este país entre filiación adoptiva y asistida

SEGUNDA PARTE:

FUNDAMENTACIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES EN ESPAÑA

I. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

El derecho del adoptado a conocer sus orígenes carece de un reconocimiento expreso en el Derecho común español, aunque se ha querido ver en el art. 180.4 CC “un caso de verosímil permisibilidad de investigación del origen biológico del adoptado, es decir, la posibilidad de buscar, investigar quiénes son sus progenitores, sin que ello afecte a su filiación jurídica, la adoptiva”¹¹⁵.

Sin embargo, podemos entender que dicho derecho, a pesar de su falta de regulación expresa, **es un derecho de la personalidad que debe considerarse vigente en el ordenamiento jurídico español.**

En efecto, aunque de *lege ferenda* propugnamos su reconocimiento legal, ya sea mediante una ley de ámbito nacional (sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas) o a través de su inclusión en el Código Civil español, ello no obsta para que pueda concluirse que dicho derecho pueda fundamentarse en diversos textos legales de ámbito internacional, nacional y autonómico.

A la luz de dichos textos y de la nueva línea jurisprudencial existente podemos concluir que el derecho a la identidad de la persona en su manifestación más genuina o

¹¹⁵ Vid. RIVERO FERNÁNDEZ, F., “La constitucionalidad del anonimato de gametos y el derecho de la personal al conocimiento de su origen biológico de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al *affaire odièvre*”. *Familia, Revista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*. Giuffrè Editore, marzo-abril-2004, pág. 342, que señala que la acción para tal investigación es personalísima del adoptado y, en principio ejercitable en cualquier tiempo por éste.

esencial como es el derecho al conocimiento del origen biológico ha iniciado un camino que conducirá de manera incontestable a su definitivo reconocimiento legal en el Derecho español.

En dicho sentido, “el derecho fundamental al conocimiento del propio origen”, puede fundarse en los textos legales y doctrina jurisprudencia que seguidamente analizaremos:

- 1 Convenios Internacionales.
- 2 Constitución española.
- 3 Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- 4 Código Civil.
- 5 Legislación del Registro Civil.
- 6 Reconocimiento en el Derecho Civil especial y autonómico.
- 7 Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros.

2.- CONVENIOS INTERNACIONALES

Los Instrumentos Internacionales que a continuación se enumeran, han sido ratificados por España y vinculan, por tanto, al Estado Español.

Dichos convenios consagran derechos fundamentales de la persona que afectan al “derecho al conocimiento de los orígenes”.

2.1.- CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

Art. 8:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrán haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

Art. 14:

«1. El goce los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, nacional o social, pertenencia a una minoría nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»¹¹⁶.

¹¹⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero 2003). *Actualidad Civil*, nº 23, 2 a 8 de junio, 2003, pág. 606, señala:

«Tiene particular relevancia porque dio lugar a la importante sentencia del TEDH, de 13 de junio 1979 (*asunto Marekx*) (28), de amplia repercusión. Dijo que “el Tribunal no puede dejar de tener en cuenta que la gran mayoría de los Ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa han evolucionado y continúan haciéndolo, junto con los más importantes documentos internacionales, hacia el pleno reconocimiento jurídico de la máxima *mater semper certa est*”; e hizo otros notables pronunciamientos: “el art. 8 debe aplicarse a la vida familiar de la familia ilegítima de igual forma que a la de la familia legítima”. “Al proclamar en el párrafo 1º el respeto a la vida familiar de cada uno, el art. 8 supone en primer lugar que el Estado no puede interferir en el ejercicio de ese derecho más que de acuerdo con los términos que estrictamente establece el párrafo 2º del mismo artículo [...]. Ello significa, entre otras cosas, que cuando el Estado establece en su Ordenamiento Jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal. Tal como se concibe en el art. 8, el respeto a la vida familiar implica concretamente, según la opinión del Tribunal, la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la intervención del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento. Es cierto que el Estado puede satisfacer esta necesidad con los medios que juzgue más oportunos, pero en la medida en que ello no se realiza atenta contra el art. 8.1, sin que siquiera haya lugar a contemplarlo desde la perspectiva del párrafo 2º».

Sobre dicha sentencia vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario a las reformas del Derecho de Familia* (Tecnos) pág. 888; DÍEZ DEL CORRAL, “La inscripción de la filiación en el Registro Civil”, *RDNot.*, 1984, págs. 17-18; y FOSAR BELLOCH, “El Derecho de Familia y la política familiar del Consejo de Europa. Análisis de algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo y decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en materia de Derecho de Familia”, *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988, págs. 372 y ss.

2.2.- CONVENIO DE BRUSELAS, NÚM. 6 DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO CIVIL (12 SEPTIEMBRE 1962) SOBRE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES¹¹⁷

Conforme a dicho Convenio rige el principio *mater semper certa est*, reconocido en su artículo 1:

“*Cuando una persona es designada en la inscripción del nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna queda determinada por tal designación. Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada*”.

En dicho sentido, en España siguiendo la orientación de la trascendental Sentencia en la materia del Tribunal Supremo 21-9-199, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de los arts. 47 Ley del Registro Civil, y 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil, declarando que la filiación materna queda determinada por el parto, siempre que la madre quede identificada, y obligó a modificar el cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil, OM 10-11-1999, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12-7-2000, 24-10-2000, 17-3-2001 y 8(2ª)-11-2001, entienden que el principio *mater semper certa est* estaba en vigor en España desde la ratificación por nuestro país (BOE 17-4-1984) del Convenio núm. 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (C/EC) de 12-9-1962, sobre determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales.¹¹⁸

En dicha línea, la vigente Orden de 10 de noviembre de 1999 sobre cuestionario par la declaración de nacimiento en el Registro Civil, contiene dos innovaciones fundamentales:

¹¹⁷ Acerca de la aplicación del Convenio de Bruselas en las respectivas legislaciones nacionales en Italia y Francia. Véase a CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, *Comentario alla riforma del diritto di famiglia*, t. I-2ª, Padova, 1977, pag. 660; MENGONI (VV. AA.), “La filiazione fuori del matrimonio”, en AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, págs. 138 y ss.; y, en Francia, René SAVATIER, “Est-ce possible?” *Recueil Dalloz*, 1963, Chornique, págs. 229 y ss.

¹¹⁸ DÍEZ DEL CORRAL, J., “La inscripción de la adopción internacional en el Registro Civil”, en *Estudios Homenaje al profesor Díez Picazo*, 200., pág. 466, not. 2, afirma: “Es de destacar que esta determinación de la filiación materna por identificación de la madre en el momento del parto la aplica la Dirección General tanto a las inscripciones de nacimiento dentro de plazo como a las de fuera de plazo. Además la vigencia en Cataluña del mismo principio en cuanto a la maternidad resulta de los artículos 87 y 94 del Código de familia catalán, aprobado por la Ley 9-1998, de 15-7”.

1) La primera consiste en suprimir la referencia marginal al párrafo 2º del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil “*El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad*”.

Dicha suspensión acata la doctrina de la referida Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 que declaró la inconstitucionalidad de un precepto reglamentario como el citado, que permitía a la madre, por su sola voluntad, ocultar la maternidad, lo que vulneraba el derecho del hijo a conocer su identidad biológica.

En consecuencia, respecto a la identidad de la madre no puede consignarse el término “desconocida” previsto en la anterior Orden de 15 de noviembre de 1996 (nota marginal nº. 15).

2) La segunda innovación consiste en la introducción de dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre, con la misma finalidad de reforzar la identidad biológica del nacido.

2.3.- CONVENIO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989

Si bien es cierto que en los trabajos preparatorios del Convenio se reconocía de forma más explícita que en el texto finalmente aprobado, el derecho del niño a conocer a sus progenitores¹¹⁹, el reconocimiento de determinados derechos del menor en el

¹¹⁹ GARRIGA GORINA, *La adopción y el Derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 2000, págs. 216-217, explica:

“Los trabajos preparatorios del Convenio muestran cómo el texto anterior al definitivo reconocía el derecho de todo niño a conocer a sus progenitores de forma mucho más clara, con el texto siguiente: «The child shall have the right from his birth to know and belong to his parents, as well as the right to a name and acquire a nationality». La redacción definitiva fue consecuencia de la iniciativa del representante de los Estados Unidos de América. Esta representación, junto con las de la República Democrática Alemana y la Unión soviética, expresaron que el reconocimiento de este derecho era contrario a sus legislaciones, que impiden al adoptado conocer la identidad de los progenitores por naturaleza.

Notas 489, 490:

- Basic working text, 1981 Working Group (E/CN.4/139, pg.2). La delegación egipcia propuso en el año 1989 la siguiente redacción: «The child shall have the right from his birth to know and belong to his parents, as well as the right to a name and to acquire a nationality». 1989 Working Group (E/CN.4/1989/WG.1/wp.4). Los trabajos preparatorios pueden consultarse en Detrick, Sharon: *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the “travaux préparatoires*». Dordrecht, Martin Nijhoff Publishers, 1992, pgs. 123 y ss.

citado Convenio, y el principio prevalente del “interés superior del niño”¹²⁰, permiten argumentar –a mi juicio- sólidamente, el reconocimiento en la referida Convención de los Derechos del Niño de 1989, del derecho del menor a su identidad, y, como una de sus principales manifestaciones, al conocimiento de sus orígenes.

En apoyo del citado reconocimiento, pueden invocarse los siguientes preceptos de la Convención de los Derechos del Niño:

De carácter específico (arts. 7, 8 y 9)

De carácter general (arts. 2 y 3.1)

De carácter específico:

Art. 7:

«1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apartida.».

- 1989 Working Group (E/CN.4/1989/48, pgs. 18-22). El texto propuesto por la delegación norteamericana era el siguiente: «The child shall be registered immediately after birth and shall have a righth form birth to a name, the righth to acquire a nationality and, as far as posible, the righth to know and be cared for by his or her parents».

¹²⁰El principio “del interés superior del niño” se consagra como directriz básica en toda la legislación de menores y, en particular, en los textos internacionales:

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (art. 1^a), 4.b), 16.1.d), 21.1, 24).

Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1^o, 9.1^o, 9.3^o, 18.1^o, 21, 37.c) y 40).

Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. 8 de julio de 1992. Punto 8.14

Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea. 12 de diciembre de 1996.

Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores. 5 de octubre de 1961 (art. 4).

Convenio de La Haya núm. XXIV sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 (arts. 5 y 6).

Convenio de La Haya núm. XXVIII sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (Preámbulo).

Recomendación del Consejo de Europa 1121(1990) sobre los derechos del niño. 1 de febrero de 1990.

Recomendación del Consejo de Europa 1286(1996) relativa a una estrategia europea para los niños de 24 de febrero de 1996.

Art. 8:

«1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

Art. 9:

«1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño, o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas».

De carácter general:

Art. 2:

«1. Los Estados Partes en la presente Convención respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas, o las creencias de sus padres, de sus representantes legales o de sus familiares.»

Art. 3:

«1. En todas medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

2.4.- CONVENIO DE LA HAYA SOBRE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE 20 DE MAYO DE 1993

En relación con el conocimiento de los orígenes, pueden citarse los preceptos siguientes:

Art. 16:

«1. Si la Autoridad del Estado Central de origen considera que el niño es adoptable preparará un informe que contenga información sobre la identidad del niño, su adaptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y la de su familia, así como las de sus necesidades particulares.

2. Esta autoridad central transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los

consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse identidad».

Art. 29.1.c:

«Los Estados Partes convienen en que la educación del niño debería estar encaminada a:

c/ inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores...»

Art. 30:

«1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia.

2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la Ley de dicho Estado».

La adopción internacional se rige en nuestro país por el citado Convenio de La Haya, que consta de 48 artículos, divididos en 7 capítulos, y en cuyo art. 1 se reflejan los principios que presiden dicha figura:

Art. 1:

El presente Convenio tiene por objeto:

a). Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional.

b). Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de menores.

c). Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

La legislación autonómica sobre protección del menor también se ha ocupado del tema de la Adopción Internacional. En dicho sentido, las autoridades centrales encargadas de dar cumplimiento a las obligaciones que imponen el Convenio de La Haya (art. 6) (de acuerdo con el instrumento de ratificación de España de 30 de junio 1995) son cada una de las 17 Comunidades Autónomas, en el ámbito de su territorio y en relación a los residentes en el mismo.

En el panorama autonómico abordan “la adopción internacional”, los arts. 124-126 del Código de Familia de Cataluña¹²¹, art. 31 Ley 3/1997, de 9 de junio, de

¹²¹ Artículo 124. Adopción de menores extranjeros.

Las personas menores extranjeras sólo pueden ser adoptadas si las autoridades del estado de origen confirman que:

- a) El menor puede ser adoptado.*
- b) La adopción responde al interés del menor.*
- c) Los consentimientos requeridos para la adopción han sido dados libremente y sin recibir ningún tipo de contraprestación, con conocimiento de las consecuencias y los efectos que deriven de la misma, especialmente en lo que se refiere a la ruptura de todo vínculo jurídico con la familia de origen.*
- d) El menor, si tiene suficiente conocimiento, ha sido oído.*

Artículo 125. Tramitación.

1. Si no hay convenio internacional en la materia, el organismo competente sólo tramita las adopciones de menores originarios de los países en los que quede suficientemente garantizado el respeto a los principios y normas de la adopción internacional y la intervención debida de sus organismos administrativos y judiciales.

2. A fin de garantizar el pleno respeto a los derechos de los menores, en el caso de adopciones internacionales, el organismo competente ejerce las siguientes funciones:

- a) Tomar las medidas para evitar lucros indebidos e impedir prácticas contrarias al interés del menor.*
- b) Reunir y conservar la información relativa a los adoptados y sus orígenes y, en la medida permitida por la legislación vigente, garantizar su acceso.***
- c) Facilitar y seguir los procedimientos de adopción.*
- d) Asesorar sobre la adopción y, en caso necesario y en la medida permitida por la legislación vigente, realizar el seguimiento de las adopciones, cuando lo exija el país de origen de la persona que se quiere adoptar.*
- e) Seleccionar a las personas y familias demandantes valorando su idoneidad según criterios y procesos establecidos, dirigidos a favorecer el éxito del proceso adoptivo.*

Artículo 126. Funciones de mediación.

1. Sólo puede intervenir con funciones de mediación para la adopción internacional el organismo competente de la Generalidad. No obstante, la Generalidad puede acreditar a entidades colaboradoras para el ejercicio de estas funciones en los términos y con el cumplimiento de los requisitos que se establezcan por reglamento. En todo caso, estas entidades deben ser sin ánimo de lucro, deben estar legalmente constituidas, tener como finalidad la protección de los menores y deben defender el interés primordial del menor por encima de cualquier otro, de acuerdo con las normas de derecho internacional aplicables. Deben someterse a las directrices, inspección y control del organismo competente.

2. Cuando se trate de una adopción constituida en el extranjero sin la intervención del organismo competente de la Generalidad, éste procede, a instancias de la autoridad judicial competente, al estudio y valoración de la persona o personas que quieren adoptar, para determinar si reúnen las condiciones necesarias de idoneidad a fin de procurar el desarrollo integral del menor y una adecuada aptitud educadora.”

Por su parte, la Ley 8/1995, de 27 de julio de atención y protección de los niños y adolescentes de Cataluña, en su disposición adicional séptima introduce un nuevo Capítulo IV a la Ley 37/1991, que contiene un régimen sancionador. De posible aplicación a “la adopción internacional” es el art. 37.1 b) y c), 2 d) y 3 c) y d)

“Artículo 37.

Galicia¹²², art. 77 Ley 1/1997, de 7 de febrero de Canarias¹²³, art. 67 Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor de la Rioja¹²⁴, y arts 75-79 Ley 7/1999, de 28 de abril, de Cantabria.

1. Se consideran infracciones leves, en el ámbito de la presente Ley, las siguientes acciones u omisiones:
b) **Incumplir, los profesionales que intervienen en la constitución de la acogida o de la adopción, el deber de confidencialidad respecto a los datos personales de los menores acogidos o adoptados, de acuerdo con lo que establece el artículo 34.**

c) Emitir informes sociales o psicológicos destinados a formar parte de expedientes para la tramitación de adopciones internacionales no autorizados por el organismo competente en materia de protección de menores desamparados de la Generalidad.

2. Se consideran infracciones graves, en el ámbito de la presente Ley, las siguientes acciones u omisiones:

d) Recibir un menor ajeno a la familia de las personas receptoras con la intención de su futura adopción cuando en la entrega del niño no ha intervenido el organismo competente en materia de protección de menores desamparados.

3. Se consideran infracciones muy graves las siguientes acciones u omisiones:

c) Intervenir, personas físicas o jurídicas, con funciones de mediación para la acogida o la adopción mediante precio o engaño o con peligro manifiesto para la integridad física o psíquica del menor.

d) La infracción grave tipificada en el apartado 2.d) mediante precio o engaño o con peligro para la integridad física o psíquica del menor.”

¹²² Artículo 31. La adopción internacional.

En los procesos de adopción internacional, corresponden a la consellería competente las siguientes actuaciones:

a) La recepción, registro y tramitación de las solicitudes de adopción que se reciban, ya sea directamente o a través de entidades debidamente habilitadas que realicen su función de mediación en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

b) La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad del solicitante o solicitantes, previa valoración de la misma.

c) Cuando así lo exija el país de origen del menor adoptado, la expedición de un certificado por el que se comprometa a realizar el seguimiento de la adopción.

d) La habilitación, control, inspección y elaboración de las directrices de actuación de las entidades colaboradoras de mediación en el ámbito de la Comunidad Autónoma.”

¹²³ Artículo 77. Adopción internacional.

1. Las personas que deseen adoptar a un menor en el extranjero deberán formular la oportuna solicitud, que será tramitada y valorada por el órgano competente de la Administración autonómica.

2. Las entidades colaboradoras de adopción internacional podrán cooperar en este procedimiento en los términos establecidos en la legislación estatal.

3. Tendrán la consideración de entidades colaboradoras de adopción internacional aquellas que se acrediten con arreglo al procedimiento previsto en la presente Ley.

4. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, se hubiere constituido una adopción en el extranjero por adoptantes españoles residentes en Canarias, y no fuera reconocida en España al no haberse declarado previamente la idoneidad de los adoptantes, para obtener la misma deberán dirigir la oportuna solicitud al órgano competente de la Administración autonómica, quien determinará la idoneidad o no de los adoptantes con arreglo a los criterios de valoración fijados para la adopción y atendiendo a las circunstancias concretas de los menores extranjeros adoptados”.

¹²⁴ Artículo 67. Adopción Internacional.

1. Las adopciones de menores originarios del extranjero sólo pueden tener lugar cuando las autoridades del Estado de origen del menor hayan establecido:

a) Que el menor es adoptable.

b) Que la adopción internacional responde al interés del menor.

c) Que los consentimientos requeridos para la adopción han sido dados libremente, sin recibir ningún tipo de pago o contraprestación y con conocimiento de las consecuencias de la adopción, especialmente en lo que se refiere a la ruptura de todo vínculo jurídico con la familia biológica.

A lo anterior, debe añadirse la regulación complementaria de las Comunidades Autónomas relativa a la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional¹²⁵.

d) Que teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, ha sido oído y se han tenido en cuenta sus deseos y opiniones.

2. Para garantizar el pleno respeto a los derechos de los menores, en el caso de adopciones internacionales, el Gobierno de La Rioja ejerce las siguientes funciones:

a) Tomar las medidas para evitar lucros indebidos e impedir prácticas contrarias al interés del menor.

b) Reunir y conservar la información relativa al adoptado y sus orígenes y, en la medida permitida por la legislación vigente, garantizar su acceso.

c) Facilitar y seguir los procedimientos de adopción.

d) Asesorar sobre la adopción y, en caso necesario y en la medida permitida por la legislación vigente, realizar el seguimiento de las adopciones.

e) Seleccionar a las familias demandantes según unos criterios y procesos establecidos.

3. Sólo puede intervenir con funciones de mediación para la adopción internacional el organismo competente del Gobierno de La Rioja. No obstante, el Gobierno de La Rioja puede acreditar entidades colaboradoras para el ejercicio de dichas funciones en los términos y con el cumplimiento de los requisitos que se establezcan por reglamento. En todo caso, dichas entidades deben ser sin ánimo de lucro, estar legalmente constituidas, tener domicilio legal, o delegación en la Comunidad Autónoma de La Rioja o persona responsable, tener como finalidad la protección de menores y defender el interés primordial del menor por encima de cualquier otro, de acuerdo con los principios inspiradores de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y de normas internacionales aplicables. Deben someterse a las directrices, inspección, control y registro del organismo competente del Gobierno de La Rioja.”.

¹²⁵ANDALUCIA.

Decreto 454/1996, de 1 de octubre, de habilitación de instituciones colaboradoras de integración familiar y acreditación de entidades colaboradoras de adopción internacional (B.O.J.A. nº 120, de 19 de octubre).

ARAGON.

Decreto 16/1997, de 25 de febrero, que regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional (BOA nº 26, de 5 de marzo).

ASTURIAS.

Decreto 5/1998, de 5 de febrero, de aprobación del Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades colaboradoras de adopción internacional (BOPA nº 41, de 19 de febrero).

BALEARES.

Decreto 187/1996, de 11 de octubre, que regula la habilitación y actividades a desarrollar por entidades colaboradoras de mediación familiar en materia de adopción internacional (BOCAIB nº 141, de 14 de noviembre).

CANARIAS.

Decreto 200/1997, de 7 de agosto, que regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional (BOCA nº 109, de 20 de agosto).

CANTABRIA.

Decreto 47/1998, de 15 de mayo, de acreditación y funcionamiento de las entidades de mediación en adopción internacional (BOC nº 105, de 27 de mayo).

CASTILLA Y LEON.

Decreto 207/1996, de 5 de septiembre, que establece y regula la habilitación de entidades colaboradoras para funciones de mediación en adopción internacional (BOCL nº 176, de 11 de septiembre).

CASTILLA – LA MANCHA

Decreto 35/1997, de 10 de marzo, de acreditación de las entidades colaboradoras de Adopción Internacional. (DOCM nº 11, de 14-3-1997).

CATALUÑA

Decreto 337/1995, de 28 de diciembre, de acreditación y funcionamiento de las instituciones colaboradoras de integración familiar y de las entidades colaboradoras de adopción internacional (DOGC nº 2153, de 12 de enero de 1996).

En el ámbito del Derecho Comparado, destaca el tratamiento de la adopción internacional en el Derecho italiano (legge 4 maggio 1983 n° 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori arts. 29-43), enriquecido por abundante bibliografía¹²⁶ y jurisprudencia.

EXTREMADURA

Decreto 142/1996, de 1 de octubre, de régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de entidades colaboradoras en la adopción internacional (DOE n° 119, de 15 de octubre; corrección de errores en DOE n° 122, de 27 de octubre).

MADRID

Decreto 192/1996, de 26 de diciembre, de acreditación y funcionamiento de las instituciones colaboradoras de adopción internacional (BOCM n° 2, de 3 de enero de 1997).

MURCIA

Decreto 66/1997, de 12 de septiembre, de acreditación y actuación de las instituciones colaboradoras de integración familiar y de las entidades colaboradoras en adopción internacional (BORM n° 220, de 23 de septiembre).

NAVARRA

Decreto Foral 256/1996, de 24 de junio, que regula la habilitación de las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional (BON n° 89 de 24 de julio).

PAIS VASCO

Decreto 302/1996, de 24 de diciembre, que regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (BOPV n° 2, de 3 de enero de 1997).

RIOJA

Decreto 29/1997, de 9 de marzo, que regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional (BOR n° 58, de 15 de mayo).

VALENCIA

Decreto 168/1996, de 10 de septiembre, que regula la acreditación de las entidades de mediación de adopción internacional (DOGV n° 2831, de 20 de septiembre).

¹²⁶ AUTORINO STANZIONE, G., *Diritto di famiglia*, G. Giappichelli Editore-Torino, 1997, Adozione internazionale, págs. 303-312.

BERGHÉ LORETI, A., *Adozione internazionale: considerazioni sulle innovazioni introdotte nell'ordinamento giuridico italiano*, Giust. Civ. 1984, II, 274.

CARLINI, G., *Spunti per un inquadramento dell'adozione internazionale prevista dal titolo III della legge 4 maggio 1983 n. 184*, Giur. Merito 1986, 206.

CICHELLA, C., *Considerazioni in tema di adozione internazionale: incertezze connesse all'applicazione della legge 4 maggio 1983 n. 184*, Dir. famiglia 1986, 372.

FINOCCHIARO A.- FINOCCHIARO, M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Milano 1983, pag. 377 ss.

FRANCHI, G., *Adozione internazionale dei minori*, Quadrimestre, 1984, 1 y *L'adozione nel diritto processuale civile internazionale*, Giur. it 1985, IV, 376.

MANERA, G., *L'adozione e l'affidamento familiare*, Napoli, 1983, ppg, 194 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, F., *Brevi note in tema di adozione internazionale*, Dir. famiglia, 1984, 754.

MOSCONI, S., *Riflessi internazional-privatistici della nuova legge sull'adozione*, Dir. famiglia 1985, II, 690.

PAGANO, E., *Cittadinanza e adozione, una svista o un ripasamento?*, *Rass.dir.civ.* 1986, 334.

SACCHETTI, L., *Adozione e affidamento dei minori*, Rimini, 1985, pág. 108.

SAULLE, M.R., "L'adozione internazionale nella nuova legge sull'adozione e sull'affidamento dei minori", *Riv.dir.internaz.*, 1984, 299.

2.5.- CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, APROBADA POR RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 8 DE JULIO DE 1992 (A3-0172/92)

En el ámbito de la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos del Niño, reconoce de una forma explícita el derecho a la identidad en la esfera relativa al conocimiento de los orígenes.

En dicho sentido, el art. 8.10, dispone:

“Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad, y, en su caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las que se dará al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros”.

3.- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El derecho a la identidad en su manifestación como derecho de toda persona a conocer su origen biológico encuadrable en la categoría de los derechos fundamentales puede invocarse a partir de algunos de los derechos, valores o principios consagrados en la Norma Fundamental, y que son esencialmente los siguientes:

Art. 10 Constitución que reconoce la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad.

En dicho sentido, la consagración en el texto constitucional de “la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad”¹²⁷, permite el reconocimiento de derechos fundamentales, que tradicionalmente no habían sido recogidos por la doctrina científica y los tribunales, como sería el derecho a la identidad en su manifestación principal, es decir, el derecho de toda persona a conocer su origen biológico.

¹²⁷ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil I, parte General*. Volumen segundo. Personas. Cuarta edición, revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J .DYKINSON, Madrid, 2004, pág. 51, señala que “la dignidad de la persona (art. 10 Const) exige que se le garantice el goce y el respeto de su propia entidad e integridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales. A este fin se dirige el reconocimiento de los “derechos de la personalidad”.

Art. 14 Constitución que garantiza la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin discriminación por razón de su nacimiento... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Art. 15 Constitución que consagra el derecho a la integridad física y moral.

Art. 20.1.4) Constitución que reconoce el derecho a la información.

Art. 39.2 Constitución ubicado en el Cap. III, Sección II “Principios rectores de la política social y económica”, que dispone la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y, de las madres, cualquiera que sea su estado civil, así como la libre investigación de la paternidad.

Por su parte, el art. 39.4, establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos”.

4.- LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, rubrica su Título I “De los derechos de los menores”, regulando dicha materia en el Capítulo II (arts 3-9).

El art. 3 de la citada ley remite genéricamente a los derechos reconocidos al menor en la Constitución y tratados Internacionales, en los siguientes términos:

“Referencia a Instrumentos Internacionales.

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte¹²⁸ y, especialmente, de acuerdo

¹²⁸ DERECHOS DEL NIÑO. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL. NACIONES UNIDAS.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Convenio de la OIT (nº 79), relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales, de 9 de octubre de 1946.

Convenio de la OIT (nº 90) relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria, de 10 de julio de 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Convención sobre el Estatuto de Refugiados, de 28 de julio de 1951.

Convenio número 103 de la OIT, relativo a la Protección de la Maternidad, de 28 de junio de 1952.

Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.

Convenio de las Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956.

Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos, de 7 de diciembre de 1965.

Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 10 de diciembre de 1962.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, de 11 de diciembre de 1969.

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, de 20 de diciembre de 1971.

Convenio número 138 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 26 de junio de 1973.

Recomendación, número 146 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 26 de junio de 1973.

Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición de 17 de diciembre de 1974.

Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, de 14 de febrero de 1974.

Declaración de los Derechos de los Impedidos, de 10 de noviembre de 1975.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing).

Declaración de los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de 3 de diciembre de 1986.

Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, de 30 de septiembre de 1990.

Directrices de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, de 14 de diciembre de 1990. 68ª sesión plenaria de las Naciones Unidas (Resolución 45/113)

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), 14 de diciembre de 1990. 68ª sesión plenaria (Resolución 45/112).

Declaración de Estocolmo contra la explotación sexual infantil con fines comerciales, de 31 de agosto de 1996.

CONVENIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Convenio de La Haya número X, sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961.

Convenio de La Haya número XXIII, sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias respecto a menores, de 2 de octubre de 1973. Instrumento de ratificación de 28 de mayo de 1987 (BOE nº 192. De 12 de agosto de 1987).

Convenio de La Haya número XXIV, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, de 2 de octubre de 1973.

Convenio de La Haya número XXVIII, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. Instrumento de ratificación de 28 mayo 1987 (BOE nº 202, de 24 de agosto de 1987).

Convenio de La Haya número XXXIII, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Convenio de Ginebra (IV), relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

Protocolo Adicional (I) a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de

los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977.

Protocolo Adicional (II) a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977.

ORGANIZACIONES EUROPEAS.

Consejo de Europa.

Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961.

Convención europea en materia de adopción de niños, de 24 de abril de 1967.

Resolución del Consejo de Europa (76)6, sobre recomendaciones a los Gobiernos para la prevención de los accidentes que sobrevienen a los niños, de 18 de febrero de 1976.

Resolución del Consejo de Europa (77)3, sobre el acogimiento de menores, de 3 de noviembre de 1977.

Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa (78)62, sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978.

Recomendación del Consejo de Europa (79)17, sobre protección de los niños contra los malos tratos, de 13 de septiembre de 1979.

Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el establecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980. Instrumento de ratificación de 9 mayo 1984 (BOE nº 210, de 1 de septiembre de 1984).

Recomendación del Consejo de Europa (81)3, relativa a la recogida y a la educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años, de 23 de enero de 1981.

Recomendación del Consejo de Europa 107(1988), relativa a la protección de la infancia, de 23 de marzo de 1988.

Recomendación del Consejo de Europa 1121(1990), sobre los derechos del niño, de 1 de febrero de 1990.

Recomendación del Consejo de Europa 1286(1996), relativa a una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996.

Unión Europea.

Directiva del Consejo de Europa 77/486/CEE, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores emigrantes, de 25 de julio de 1977.

Resolución del Parlamento Europeo número C 148/37, sobre una Carta Europea de los niños hospitalizados, de 16 de junio de 1986.

Recomendaciones de la Comisión Hospitalaria de la CEE, respecto al tratamiento de los niños hospitalizados, de 3 de julio de 1987.

Directiva del Consejo 88/378/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros, sobre la seguridad de los juguetes, de 3 de mayo de 1988.

Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación, relativa a la educación en pro de la salud en las escuelas, de 23 de noviembre de 1988.

Directiva del Consejo 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, de 3 de octubre de 1989.

Resolución del Parlamento Europeo A3-314/92, sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea, de 31 de diciembre de 1991.

Recomendación del Consejo 92/241/CEE, sobre el cuidado de los niños y niñas, de 31 de marzo de 1992.

Resolución el Parlamento Europeo A3-0172/92, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992.

Directiva del Consejo 94/33/CEE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, de 22 de junio de 1994.

Resolución del Parlamento Europeo A4-0392/96, sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados Miembros en materia de adopción de menores, de 12 de diciembre de 1996.

Resolución del Parlamento Europeo A4-0393/96, sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

Declaración Americana sobre derechos y deberes del hombre, de 2 de mayo de 1948.

Convención Americana sobre derechos del hombre, de 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).

Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, de 24 de mayo de 1984.

con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley a la mencionada normativa internacional”.

Los preceptos sucesivos (arts. 4-9 de la ley Orgánica 1/1996)¹²⁹ regulan determinados derechos de los menores de edad (derecho al honor, intimidad y propia imagen, derecho a la información, libertad ideológica, derecho de participación, asociación y reunión, derecho a la libertad de expresión y derecho a ser oído).

Lógicamente, si la pretensión del legislador de 1996 según la Exposición de Motivos de la citada ley era “*construir un amplio marco jurídico de protección de la infancia*”, el capítulo relativo a los derechos del menor habría de regular el nuevo estatuto jurídico de la infancia en España.

Pues bien, a mi juicio, dicho capítulo como derecho estatutario del menor es sumamente imperfecto.

La enumeración legal de los derechos del menor es 1º redundante, 2º parcial y 3º defectuosa por las siguientes razones:

1. En primer lugar, es redundante puesto que el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996 se remite a la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, y demás Tratados Internacionales ratificados por España, amén del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales (arts. 14 y ss. Constitución)

Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, de 15 de julio de 1989.

Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, de 20 de noviembre de 1989.

Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, de 18 de marzo de 1994.

Código de la niñez y la adolescencia. Ley nº 7739. Costa Rica. 3 diciembre 1977. Publicado en la Gaceta el 6 de febrero de 1998.

ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA.

Declaración sobre los derechos y bienestar del niño africano, de 20 de julio de 1979.

Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño, de 11 de julio de 1990.

¹²⁹ En la elaboración parlamentaria de la Ley Orgánica de 1996 se puede observar como el proyecto de ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil de 16 de mayo de 1995, no contenía referencia alguna a los derechos del menor.

Dicho Proyecto únicamente regulaba en once preceptos (que se corresponden con el Título II de la ley actual), actuaciones de situación en desprotección del menor y subsiguiente tutela, guarda, acogimiento y adopción, para modificar posteriormente el articulado del Código civil relativo a dichas figuras. El Título I (Derecho de los menores) se añade en el Dictamen de la Comisión.

Por tanto, sería suficiente la referencia a dichas normas ya que la Ley Orgánica 1/1996 (arts. 4-9) no añade nada en orden a los derechos de la infancia, salvo, si acaso, su preocupación por el derecho a la audiencia del niño (art. 9).

En dicho sentido, ALONSO PÉREZ¹³⁰ manifiesta que “*sobra en gran medida su regulación pues todos ellos figuran en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1898, ratificado por España y, por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico nacional (arts. 96 CE y 1.5 CC). Además que están reconocidos para todos los ciudadanos españoles en nuestra ley Fundamental (arts. 14 y ss)*”.

En pura técnica legislativa, como corrobora RIVERA FERNÁNDEZ¹³¹ la serie de derechos atribuidos al menor (Cap. II, Título II de la Ley 1/1996) es totalmente innecesaria.

2. En segundo lugar, es parcial

En efecto, si la ley 1/1996 (no obstante la remisión a los Tratados Internacionales y a la Constitución) ha optado por ofrecernos un elenco de los derechos del menor, resulta llamativo que omita algunos de los derechos fundamentales más importantes (v.gr. derecho a la vida y a la protección de su integridad física y psíquica, derecho a la educación¹³², derecho a la identidad y a la nacionalidad¹³³...).

Como contrapunto, y a título ejemplificativo, el art. 8 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia enumera con

¹³⁰ ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras”, *Actualidad Civil*, nº 2, 6 de enero de 1997, pág., 26.

¹³¹ RIVERA FERNÁNDEZ, “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, *RGD*, junio 1996, pág, 6504.

¹³² Derecho a la educación.

Vid. - Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio reguladora del Derecho a la Educación.

- Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

- Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes.

- Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, sobre Derechos y Deberes de los Alumnos y normas de convivencia.

¹³³ La Enmienda nº 52 del Grupo Federal IU-IC al Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil, finalmente rechazada, contemplaba los siguientes derechos del menor (arts. 3-16): Derecho a la identidad y la nacionalidad, derecho a la protección de la salud, derecho a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la educación, derecho a la información, libertad de pensamiento, derecho a la asociación, derecho de reunión, derecho al juego y al tiempo libre, derecho a la libertad de expresión, derecho al medio ambiente, derecho a ser oído, derecho a la protección social y jurídica, y derecho a la identidad cultural).

exhaustividad los derechos de la infancia y adolescencia de especial protección¹³⁴.

¹³⁴ Artículo 8.

Derechos de la infancia y de la adolescencia de especial protección.

A los efectos de la presente ley se considerarán como derechos de la infancia y de la adolescencia sujetos a una especial protección y tutela por los poderes públicos de Galicia los siguientes:

a) El derecho a la vida y a la protección de su integridad física, psíquica y moral, debiendo ser protegidos contra toda forma de maltrato, violencia, manipulación o abuso sexual.

b) El derecho a ser protegido contra cualquier clase de explotación laboral, incluida la práctica de la mendicidad.

c) El derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad. Los poderes públicos habrán de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para velar por el cumplimiento de este derecho y para garantizar al niño o a la niña o al adolescente la preservación de su identidad.

En este sentido, los centros sanitarios, públicos o privados, en que se produzcan nacimientos o se operen técnicas de reproducción asistida dispondrán de las garantías suficientes para asegurar la inequívoca identificación de los nacidos o concebidos.

d) El derecho a una adecuada atención por parte de sus padres, tutores o guardadores en el ejercicio de sus facultades o deberes, habiendo de adoptar los poderes públicos las medidas necesarias para garantizar la efectividad del mismo.

e) El derecho a la educación con arreglo a lo establecido en la Constitución y en la normativa vigente, así como a recibir una formación integral. Las administraciones públicas colaborarán con la familia en el proceso educativo del niño o de la niña y del adolescente o de la adolescente y emprenderán las acciones necesarias para evitar el absentismo escolar y conseguir su integración en el sistema educativo.

Los niños y las niñas y los adolescentes y las adolescentes con necesidades educativas especiales o que presenten dificultades de inserción en la vida social por condiciones personales o circunstancias familiares tendrán derecho a la asistencia y formación necesarias que les permitan su adecuado desarrollo y realización personales.

Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias que garanticen dicho derecho.

f) El derecho a expresarse libremente en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor.

En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende:

A la publicación y difusión de sus opiniones.

A la edición y producción de medidas de difusión.

Al acceso a las ayudas que las administraciones públicas establezcan a tal fin.

El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que contemple la ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, de la salud, de la moral o del orden público.

g) El derecho a expresarse en su lengua propia, de origen o de libre elección, sin discriminaciones por razón de la misma.

h) El derecho a la protección y promoción de su salud y a la atención sanitaria de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente.

i) El derecho a que se respete su vida privada, familiar y social, y a que se proteja la misma de toda injerencia arbitraria o ilegal, así como todo ataque en su honra o a su imagen.

Se prohíbe la difusión o la utilización de imágenes o nombres de los niños o de las niñas y de los adolescentes o de las adolescentes en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, aunque presten su consentimiento ellos mismos o sus representantes legales.

La Junta de Galicia promoverá la difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores que respeten los criterios enunciados, a la vez que faciliten el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales.

De manera especial velará porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a los menores promuevan mensajes de valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, evitando imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen trato degradante o sexista.

j) El derecho a ser informado de forma comprensible para su edad de sus derechos y su situación personal, así como de las medidas que pretendan adoptarse en su interés y para su protección. Se le

3. Finalmente, el régimen jurídico de derechos del menor es defectuoso.

Y así resulta notoria la superioridad técnica de los preceptos de la convención de los derechos del niño, respecto a los derechos regulados expresamente en los artículos 4-9 de la ley Orgánica 1/1996.

Habida cuenta de que el cuadro de los derechos del menor regulado en la Ley Orgánica 1/1996 es sumamente imperfecto, por las razones ya expuestas **de *lege ferenda* sería deseable la construcción de un marco jurídico de protección del menor a través de una Ley de atención a la infancia y adolescencia, de ámbito nacional, completa y rigurosa.**

Precisamente y a través de una nueva Ley Orgánica de protección del menor que corrija la criticada LO 1/1996, podría abordarse la regulación de los derechos del niño y adolescente, entre los que habría de proclamarse “el derecho a la identidad personal y familiar”, garantizándose el ejercicio del derecho a conocer los orígenes en función de la edad y capacidad de discernimiento del menor¹³⁵.

5.- LEGISLACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

Antes de analizar el derecho del adoptado a conocer sus orígenes en la legislación del Registro Civil (cuyo reconocimiento además es meramente tácito, es excesivamente tímido en el Derecho Registral Civil), nos parece conveniente abordar sucesivamente las siguientes cuestiones:

- Inscripción de la adopción.
- Publicidad formal del Registro Civil.
- Supuestos de publicidad restringida.

reconoce asimismo el derecho a ser escuchado en todas las actuaciones que se promuevan para la protección y tutela de sus derechos, tanto administrativos como judiciales, todo ello sin perjuicio de los casos en que el menor deba prestar su consentimiento cuando legalmente proceda. En caso de no disponer de suficiente juicio, podrá acordarse la audiencia a través de su representante legal.

k) El derecho a la asistencia pública en casos de abandono, marginación, malos tratos o necesidad. Se prestará una especial atención a la defensa de los derechos de la infancia y de la adolescencia frente a todo tipo de actuaciones que atenten contra su integridad física y moral (v. arts. 10-20 Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y adolescencia, de Cantabria).

¹³⁵ Vid Infra Proposición *de lege ferenda*. Derechos del niño y adolescente.

- Publicidad de la adopción. Reconocimiento tácito del derecho a conocer los orígenes.

5.1.- INSCRIPCIÓN DE LA ADOPCIÓN

La adopción es inscribible al margen de la inscripción del nacimiento del adoptado (artículo 46 de la ley del Registro Civil)

Lo anterior supone que en el mismo folio registral se superpongan la filiación anterior o la ausencia de filiación del adoptado, y la nueva filiación adoptiva.

Para salvaguardar la intimidad familiar la Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado permite, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, que la filiación adoptiva sea objeto de una inscripción principal, extendiéndose una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptados y la oportuna referencia al matrimonio de éstos.

En la nueva inscripción se hará referencia en la casilla destinada a observaciones, exclusivamente a los datos registrales de la inscripción anterior (libro, número, folio número, página número), la cual será cancelada formalmente.

La Instrucción del 1 de julio de 2004 DGRN, modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero, sobre constancia registral de la adopción, mediante la adición de un segundo párrafo, quedando redactada dicha regla de la siguiente manera:

“Una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que entonces corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos.

En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar que en la nueva inscripción, conste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado¹³⁶

¹³⁶ Según la exposición de motivos de la Instrucción de 1 de julio de 2004 DGRN:

La Resolución (1º) de 30 de junio de 2000, sobre inscripción de adopción señala que: *“también aunque haya un único adoptante puede cancelarse la inscripción de nacimiento con marginal de la de adopción para extender una nueva inscripción en la que consten sólo los datos del adoptante”*.

El título para la inscripción de la adopción es la resolución judicial firme aprobatoria del expediente de adopción, que debe ser remitida de oficio al Registro Civil competente.

Tanto la Ley como el Reglamento del Registro Civil no han adaptado sus preceptos a la Ley de adopción de 11 de noviembre de 1987, y a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Dicha situación produce un desfase entre la legislación registral (v. gr. artículo 175 del Reglamento del Registro Civil) y el régimen jurídico de la adopción (artículos 175-180 del Código Civil), con la complicación añadida de la legislación autonómica en materia de adopción y otras instituciones de protección de menores.

Los artículos 201-204 del Reglamento del Registro Civil regulan los apellidos de los hijos adoptivos, que han quedado derogados por la Ley de 11 de noviembre de 1987.

A falta de norma expresa, dada la equiparación entre filiación por naturaleza y adoptiva, resultan aplicables a ésta última las normas generales de filiación (artículos 108 y siguientes); y, en particular, el artículo 109 del Código Civil. En consecuencia, la

“La Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre constancia registral de la adopción (BOE nº 52/1999, d3 2 de marzo) supuso un importante avance en la protección de la intimidad personal y familiar, al establecer una serie de medidas tendentes a evitar la publicidad de las filiaciones adoptivas.

Dicha Instrucción tiene su causa en el artículo 21 del Reglamento del Registro Civil que no permite, sin autorización especial, la publicidad de la filiación adoptiva o de las circunstancias que puedan descubrir este carácter. Se trata de preservar, en interés del menor, que se conozca dicha filiación o cualquier otra circunstancia de la que ésta pueda deducirse.

Una de las circunstancias reveladora de una filiación adoptiva puede ser la relativa al lugar de nacimiento, especialmente, cuando éste ha acaecido en un país remoto. Por ello, es conveniente que la publicidad de este dato quede limitada y sujeta a la autorización especial que el citado artículo 21 del Reglamento establece y, a tal efecto, procede que se permita que no conste en la inscripción de la adopción el lugar real del nacimiento del adoptado y que en sustitución pueda solicitarse que conste el correspondiente al domicilio del adoptante o adoptantes, por atribución a éstos de la facultad similar que el apartado 2 del artículo 16 de la Ley del Registro Civil otorga a los padres biológicos.

La Instrucción citada no previó este supuesto, pero el notable incremento experimentado por las denominadas adopciones internacionales, que han pasado a ser, con diferencia, mayoritarias respecto de las nacionales, aconseja que sea ahora contemplado para que la finalidad perseguida por dicha Instrucción continúe siendo efectiva.

adopción determina el cambio de apellidos del adoptado que adquirirá los de los adoptantes o adoptante.

Uno de los principales problemas que se plantea respecto a la inscripción de adopciones es el reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes españoles.

En los últimos años, existe una clara tendencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado que prohíbe la inscripción en el Registro Civil español de instituciones adoptivas extranjeras cuyos efectos no se corresponden con lo previsto en la legislación española (Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 23 de abril de 1993, 24 de junio, 13 y 25 de octubre de 1995, 27 de enero, 1 y 29 de febrero, 1 y 22 de abril, 16 de septiembre de 1996, 24 de enero, 14 de febrero, 6 y 11 de marzo de 1997, 22 de enero de 1998, 6 de mayo de 1999 y 20 de mayo de 2000).

En estos supuestos, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos españoles, puede ser objeto de anotación en el Registro Civil español, por tratarse de un supuesto de acogimiento -artículo 154.3 del Reglamento del Registro Civil- (v. gr. Resolución de 27 de enero de 1996, rechaza la inscripción en el Registro Civil español de adopción constituida en El Salvador en marzo de 1995 por matrimonio de españoles, a favor de menor de edad de nacionalidad salvadoreña, por ser la institución salvadoreña radicalmente distinta a la española, admitiendo su anotación al amparo del artículo 154.1º del Reglamento del Registro Civil).

Siguiendo la citada línea jurisprudencial, el artículo 9.5 del Código Civil modificado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, dispone lo siguiente:

“No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por el adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española...”

Introduciendo una mayor flexibilidad, la Ley 18/1999, de 18 de mayo, añade un párrafo final al artículo 9.5 del Código Civil que permite que se reconozca validez en España a las adopciones constituidas en países cuyas leyes otorguen a los adoptantes la posibilidad de revocar la adopción durante la minoría de edad del hijo, siempre que el

adoptante renuncie al derecho de revocación en documento público o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

5.2.- PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO CIVIL

La publicidad formal está regulada en los arts. 6 de la Ley del Registro Civil y 17 y ss del Reglamento del Registro Civil. V. Instrucción de la D.G.R.N. de 9 de enero de 1987 sobre legitimación de los particulares para obtener certificaciones del Registro Civil.

Existen distintas formas de publicidad: la manifestación y examen de los libros (art. 6.1 L.R.C.), la nota simple informativa (art. 19.1 R.R.C.), y las certificaciones que son muy variadas y representan el medio normal de publicidad registral (arts 7 L.R.C. y 17, 23 y ss R.R.C.).

El art. 7.1 L.R.C. dispone: *“Las certificaciones son documentos públicos”*.

El art. 317 de la L.E.C. 1/2000, señala: *“A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:*

6º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o Entidades.”

En orden a la legitimación para expedir certificaciones, el art. 17.1 R.R.C. establece: *“El Encargado y, por su delegación, el Secretario son los únicos funcionarios que pueden certificar los asientos del Registro Civil. Están, además, obligados a informar a los interesados para facilitarles la publicidad registral”*

En los Registros Civiles de las poblaciones en que haya más de un Juzgado de primera instancia, cabe la posibilidad de que certifique el Oficial habilitado de la Administración de justicia, en quien el Secretario, a su vez delegue, previa autorización del Encargado (art. 44. 3ª R.R.C.).

En los Registros a cargo de Juez de Paz las certificaciones se firmarán conjuntamente por el Juez y el Secretario (art. 46 R.R.C.).

Las certificaciones pueden solicitarse en el Registro que ha de expedirlas o en la Oficina registral correspondiente al domicilio del peticionario.

A tenor del art. 23 R.R.C.: *“Para obtener certificaciones no es necesario solicitud por escrito, excepto:*

1º Si la busca ha de exceder de dos años.

2º Para las que requieren autorización previa.

3º Para las negativas, que necesariamente se referirán al tiempo expresamente indicado por el solicitante.

4º Cuando se pretenda que, en su caso, se formalice resolución denegatoria.

5º Cuando se presente en oficina distinta de la que ha de librar la certificación.

La solicitud contendrá los datos necesarios para la busca”.

El art. 24 R.R.C. dispone: *“Las certificaciones que se soliciten con urgencia se expedirán o denegarán en 24 horas.”* (excepción art 364,7º R.R.C.).

Sobre denegación de la certificación. Vid. art. 25 R.R.C.

El contenido de las certificaciones y sus clases se regulan en los arts 27 y 28 R.R.C.

Art. 27 R.R.C.: *“En las certificaciones constarán:*

1º. El Registro, con indicación en los Municipales, del término y provincia, y en los Consulares, de la población y Estado.

2º. Las menciones de identidad del inscrito que aparezcan en la inscripción principal.

3º. La página y tomo del asiento, o el folio y legajo correspondiente.

4º Las demás circunstancias exigidas.

5º La fecha, el nombre y firma del Encargado o del Secretario que certifique, y sello de la oficina.

Los defectos o lagunas del asiento se harán constar en caracteres destacados por el subrayado o diverso color o tipo de letra.”

Art. 28 R.R.C.: *“Las certificaciones pueden ser positivas o negativas y de asientos o de documentos archivados.*

Las positivas de asientos pueden ser literales o en extracto.

Las literales comprenden íntegramente los asientos a que se refieren, con indicación de las firmas.

Las certificaciones en extracto u ordinarias, contienen los datos de que especialmente hace fe la inscripción correspondiente, según resulte de las inscripciones ulteriores modificativas, sin expresión de éstas, y ,también , las notas marginales de referencia a las inscripciones o anotaciones de matrimonio, tutela, representación o defunción del nacido o la de nacimiento.” (Cfr. Arts. 29-35 R.R.C.)

En materia de certificaciones existen numerosas disposiciones complementarias de la D.G.R.N. (Resolución de 4 de octubre de 1983, por la que se dictan instrucciones sobre utilización de las certificaciones plurilingües del Registro Civil; Circular de 11 de marzo de 1984, sobre expedición por fotocopia de certificaciones literales del Registro Civil; Instrucción de 9 de enero de 1987, sobre legitimación de los particulares para obtener certificaciones del Registro Civil).

Finalmente, y en cuanto a la expedición de certificaciones por medios informáticos, el art.6 de la Orden de 19 de julio de 1999, dispone:

“1. Las certificaciones, tanto literales como en extracto, se expedirán directamente a partir de los datos almacenados en las bases informatizadas, previo cotejo de los mismos, en su caso, con los que figuren en los libros y bajo la firma y responsabilidad de quien expida. En caso de discrepancia entre los mismos, prevalecerán los que figuren en los libros y se practicarán las correspondientes rectificaciones en aquéllos para su debida concordancia con los libros.”

Completando lo anterior, el art. 4 de la Orden de 1 de junio de 2001, "De las certificaciones expedidas por los Registros Civiles Informatizados", dispone:

"1. El tamaño y formato de las certificaciones de los asientos extendidos en los Registros Civiles mediante el empleo de la aplicación informática a que se refiere el art. 1 de esa Orden será el correspondiente al estándar DIN-A4. En su confección se utilizará papel de gramaje y composición adecuadas para garantizar una larga conservación y durabilidad, e incorporará elementos de seguridad como marcas de aguas, textos en microimpresión u otros que aseguren su autenticidad.

2. El papel empleado en tales certificaciones se encabezará con el escudo de España y la leyenda "Ministerio de Justicia", que figurará en su margen superior izquierdo, y a la misma altura y en su margen derecho la de "Registro Civil de España" que aparecerán preimpresos. En el margen izquierdo de la última línea figurará la numeración seriada que le sea asignada por la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre. El resto del papel figurará en blanco hasta su efectiva utilización.

3. Los citados certificados responderán a los modelos oficiales aprobados por las disposiciones vigentes, pero incluirán a continuación de la cita de éstas, referencia a la Orden de 19 de julio de 1999 y a esta misma Orden".

5.3.-SUPUESTOS DE PUBLICIDAD RESTRINGIDA

El art. 6,1º de la L.R.C. proclama que *"El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos"*, interés que se presume por el solo hecho de solicitar la certificación.

La anterior regla tiene una excepción en los supuestos de publicidad restringida previstos en el art. 21 R.R.C. y para los que se requiere una autorización especial.

Si bien, a su vez dicha excepción tiene una contraexcepción en el art. 22 R.R.C., que regula los casos en que por tratarse de personas directamente afectadas, no es precisa dicha autorización.

El art. 21 del R.R.C. dispone: *"No se dará publicidad sin autorización especial:*

1.º De la filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter, de la fecha del matrimonio que conste en el folio de nacimiento, si aquél fuese posterior a éste o se hubiere celebrado en los ciento ochenta días anteriores al alumbramiento, y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes.

2.º De la rectificación del sexo.

3.º De las causas de nulidad, separación o divorcio de un matrimonio o de las de privación o suspensión de la patria potestad.

4.º De los documentados archivados, en cuanto a los extremos citados en los números anteriores o a circunstancias deshonorosas o que estén incorporadas en expediente que tenga carácter reservado.

5.º Del legajo de abortos.

La autorización se concederá por el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla. La certificación expresará el nombre del solicitante, los solos efectos para que se libra y la autorización expresa del Encargado. Este, en el registro directamente a su cargo, expedirá por si mismo la certificación”

Vid. Instrucción de 9 de febrero de 1987 de la D.G.R.N. sobre legitimación de los particulares para obtener certificaciones del Registro. Rs. D.G.R.N. 4-4ª Y 21-1ª de octubre de 1996, 7 de septiembre de 1998, 3 de mayo de 1999.

El art. 22 R.R.C., excepcionando el citado art. 21, señala:

“No obstante, no requieren autorización especial para obtener certificación:

*1º. Respecto de los extremos a que se refiere el número primero del artículo anterior, el propio inscrito o sus ascendientes, descendientes o herederos. **Respecto de la adopción plena, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herederos, ascendientes y descendientes de uno y otro.***

2º. Respecto de la rectificación de sexo, el propio inscrito.

3º. Respecto de las causas de privación o suspensión de la patria potestad, el sujeto a ésta o sus ascendientes o descendientes o herederos, y respecto de las de

nulidad de matrimonio o de separación o divorcio, los cónyuges o sus herederos, además, en su caso, de aquellos.

4º. Respecto de los documentos archivados, las personas antes referidas en los distintos supuestos, y cuando se trate de resolución notificada, el destinatario de la notificación.

5º. Respecto del legajo de aborto los padres.

Tampoco requieren autorización los que tienen bajo su guarda las personas antes referidas y los apoderados especialmente por aquéllos o éstas. Aunque el apoderamiento escrito o la guarda no consten fehacientemente, el Encargado discrecionalmente podrá estimarlos acreditados.

En la certificación se expresará en todos los supuestos de este artículo, el nombre del solicitante”

Sobre la obtención de certificación literal de nacimiento que refleje una adopción, la Resolución 4-1ª de julio de 2000, en su Fundamento II, declara:

“Una certificación literal de nacimiento en la que constan datos de publicidad restringida – en este caso... una adopción- solo puede ser expedida a solicitud del adoptante o del adoptado mayor de edad, o excepcionalmente a solicitud de tercero que justifique interés legítimo y razón fundada para pedir la autorización necesaria al Encargado (cfr. Arts. 21 y 22 R.R.C.). Como la adopción rompe los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia por naturaleza no puede bastar para justificar ese interés legítimo especial la alegación de que el solicitante es hermano biológico del adoptado, y tampoco puede bastar a estos efectos la alegación... de que se está tramitando la declaración de herederos abintestato del padre y de que el hijo adoptivo no debe ser llamado a esta herencia...”

5.4.- PUBLICIDAD DE LA ADOPCIÓN. RECONOCIMIENTO TÁCITO DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES

Respecto a la publicidad de la adopción, debe tenerse presente la Instrucción de 15 de febrero de 1999 de la D.G.R.N. modificada por la Instrucción 1 julio 2004, que

permite que la adopción sea objeto de una inscripción principal, extendiéndose una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos.

En este caso, de la nueva inscripción de filiación adoptiva, se podrán expedir certificaciones literales a favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento.

El régimen de publicidad restringida (arts 21 y 22 R.R.C.), afecta al anterior asiento cancelado, en el que constará la filiación anterior o la ausencia de filiación.

En relación con el derecho al conocimiento de los orígenes se ha querido ver un reconocimiento tácito del mismo en la legislación registral, al disponer el art. 22.1 RRC (Reglamento del Registro Civil), excepcionando el art. 21 RRC, que el adoptante y el **adoptado mayor de edad, no requieren autorización especial para obtener certificación, ya sea de la filiación adoptiva (art. 21.1 RRC), ya sea de documentos archivados en cuanto a los extremos citados en los números anteriores (vg. filiación adoptiva), que estén incorporados en expediente y que tengan carácter reservado (art. 21.4 RRC).**

En todo caso, la fórmula del art. 22.1 RRC que prevé como legitimados para obtener la certificación (amén de a los adoptantes) exclusivamente a los adoptados que sean mayores de edad, resulta a todas luces incorrecta.

En efecto, admitido que el derecho a la identidad personal y familiar en su manifestación como derecho al conocimiento de los orígenes, es un derecho de la personalidad, como posteriormente expondremos, **será el propio menor, el que a partir de una determinada edad y grado de discernimiento deberá ejercitar dicho derecho de la personalidad.**

Una adecuada interpretación del art. 162 Código Civil¹³⁷ en relación con los arts. 2.2 y 3 a 9 de la Ley Orgánica 1/1996, potencia y legitima la intervención de los menores de 18 años en el ejercicio de los derechos de la personalidad.

Por tanto será el niño quien a partir de una concreta edad y grado de discernimiento decidirá profesar o no una confesión religiosa o ser ateo, recibir o no un

¹³⁷ El art. 162.1 del Código Civil excluye la representación legal de los padres: “*Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo*”.

determinado tratamiento médico, constituir una asociación, cambiar su nombre y apellidos¹³⁸, acceder a sus orígenes..., siempre que ello no sea contrario al interés superior del propio menor (por ejemplo, negativa a recibir atención médica en casos de anorexia) y a su formación integral, y que respete los derechos de los demás¹³⁹.

6.- CÓDIGO CIVIL

El Código Civil no reconoce expresamente el derecho de los adoptados al conocimiento de su origen biológico.

No obstante, el art. 180.4 CC dispone que la *“determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la filiación”*.

Dicho precepto reconoce claramente la determinación legal de la filiación biológica del adoptado que, en principio, no crea vínculos con la familia de sangre así conocida, es decir, no extingue la adopción previamente constituida.

Al respecto, y como sostiene VARGAS CABRERA¹⁴⁰ *“en nuestra legislación el derecho a instar, averiguar o determinar la verdadera filiación o paternidad biológica se muestra como un valor que convive con la adopción, aunque sin afectarle como regla general”*.

¹³⁸ La Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado reiteradamente, en relación con la facultad de invertir los apellidos de los mayores de edad (anterior artículo 109, 2º inciso del Código Civil), que dicha inversión es un derecho personalísimo (Resoluciones de 19 mayo, 11 julio, 20 octubre de 1998; 4 febrero, 4 marzo, 10 abril y 14 mayo de 1999).

En dicho sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 1995 señala: *“No ha de importar que la petición la haya formulado la propia hija mayor de 16 años puesto que el cambio de apellidos ha de entenderse comprendido en la excepción del artículo 162.1º del Código Civil...”*.

En la misma línea, las Disposiciones Transitorias de la Ley 40/1999 y del Real Decreto 193/2000 prevén la audiencia de los hijos menores que hubieran cumplido los 12 años, si los padres al amparo del nuevo artículo 109.2 del Código Civil (reformado por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre), deciden anteponer el apellido materno.

¹³⁹ El art. 2.1º de la Ley Orgánica 1/1996 que proclama la primacía del interés superior del niño, y el art. 158 CC que permite adoptar al juez cualquier medida o disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, constituyen un límite en el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor cuando dicho ejercicio sea contrario a sus intereses.

¹⁴⁰ VARGAS CABRERA, B.: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Ed. Comares. Granada 1994, pág. 296. Sobre compatibilidad de inscripción de filiación biológica y adoptiva. Vid. Resolución DGRN 23-abril-1993 (R. 3243).

El art. 39.2 Constitución, según el citado autor, aboca a esta interpretación, particularmente, el derecho de los hijos a conocer su identidad biológica y de modo reflejo el de sus padres, a determinarla o esclarecerla.

De otra parte, en sede de filiación¹⁴¹, los arts. 132 y 133 CC, legitiman al hijo para ejercitar la reclamación de la filiación matrimonial (art. 132) y no matrimonial (art. 133) durante toda su vida.

Por tanto, a pesar de la falta de reconocimiento expreso del ejercicio de acciones por el adoptado tendentes a investigar su origen biológico, cabría invocar las acciones de reclamación de la filiación (habitualmente no matrimonial).

Al respecto, al art. 133 CC dispone que si no hay posesión de estado, la acción corresponde al hijo durante toda su vida.

Como señala LACRUZ¹⁴² “*el objeto de este proceso, el hecho a probar es... la paternidad o maternidad real: no lo dice el Código, pero así resulta de la naturaleza de esta acción conjugada con el principio de veracidad del art. 127.1 CC*”¹⁴³.

¹⁴¹ En materia de filiación habrán de tenerse en cuenta los artículos 14 y 39 de la Constitución, 108-141 del Código Civil, redactados por la Ley 1/1981, de 13 de mayo, 5-1º de la Ley 35/1988, de 11 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, Disposiciones Transitorias 1ª a 11ª de la Ley 11/1981, artículos 47-52 de la Ley del Registro Civil, 181-191 del Reglamento del Registro Civil, Circular de 2 de junio de 1981 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre consecuencias registrales del nuevo régimen de filiación; y 748-755, 764-768 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Los artículos 112-126 del Código Civil regulan “la determinación y prueba de la filiación”.

El legislador no define lo que se entiende por “determinación de la filiación” y confunde lo que son “títulos de atribución” y “títulos de legitimación” de la filiación.

Respecto de la determinación de la filiación, los artículos 115-119 del Código Civil regulan la determinación de la filiación matrimonial, y los artículos 120-126 del Código Civil la determinación de la filiación no matrimonial.

En orden a la prueba de la filiación, el artículo 113 del Código Civil (en armonía con los artículos 2 de la Ley del Registro Civil y 327 del Código Civil), proclama como título de legitimación de la filiación, la inscripción en el Registro Civil, añadiéndose otros medios de prueba, que en realidad son títulos de atribución.

Artículo 113 del Código Civil: “*La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento (artículo 120. 1 y 2 del Código Civil) o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a las anteriores se estará a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil*”.

¹⁴² LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV*, 4ª ed., Bosch, 1997, págs. 508-509

¹⁴³ Vid. STC 1/1994, de 17 enero (BOE núm. 33, de 17 febrero).

El 127 Código Civil ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dicha Ley regula, entre otros, los procesos de filiación, paternidad y maternidad en el Título I, Libro IV (arts. 748 a 755 y 164 a 768).

Art. 767 LEC 1/2000, dispone: “*En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*”.

7.- DERECHO CIVIL ESPECIAL Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

7.1.- DERECHO CIVIL ESPECIAL

Cataluña

La Ley Catalana 37/1991, (cuyo Capítulo II fue derogado por la Ley 9/1998, del Código de Familia), ya señalaba en su art. 28 que el adoptado, desde su mayoría de edad, podía ejercitar acciones para averiguar quiénes eran sus progenitores biológicos sin que ello afectara a la filiación adoptiva.

El mismo reconocimiento expreso se contempla para el adoptado en la **Ley 9/1998 de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña** (BOE nº 198, de 19 de agosto de 1998). Así el art. 129 de dicho Código dispone:

“1. La persona adoptada, a partir de la mayoría o emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.

2. El adoptado o adoptada puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado o adoptada es menor de edad.

3. El ejercicio de los derechos especificados en los apartados 1 y 2 se llevarán a cabo sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones”¹⁴⁴.

En opinión de RIVERO HERNÁNDEZ¹⁴⁵ *“Esta norma permite la búsqueda de la filiación biológica del adoptado, tanto en la vía y procedimiento administrativo (ante*

¹⁴⁴ El art. 34 LPMA, establece que *“todas las personas que, prestando o no servicios en el organismo competente de la Generalitat o en las instituciones colaboradoras, intervienen en la constitución del acogimiento preadoptivo o la adopción, están obligadas a guardar secreto de la información que obtengan y de los datos de filiación de las personas acogidas o adoptadas, con el objeto de evitar que la familiar de origen conozca a la preadoptiva o a la adoptiva”*. El incumplimiento de este deber comporta la comisión de una infracción leve, descrita en el art. 37.1b). La Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los menores y adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991 se refiere a la confidencialidad de estos datos en el art. 36.7, según el cual: *“Los medios de comunicación social que emiten o tienen difusión en el territorio de Cataluña no pueden divulgar datos relativos a la filiación de los menores y adolescentes acogidos o adoptados”*.

¹⁴⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *“La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico, de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio al*

la entidad o servicio social que tuvo a su cargo el adoptado con anterioridad) o jurisdiccional, sea ésta contra la decisión de la Administración, sean ante los tribunales civiles directamente”. Añadiendo dicho autor que “no es una acción de filiación propiamente dicha (reclamación de esa relación jurídica), sino que sólo busca conocer la identidad de los progenitores (si no consta en el Registro Civil)”. Por tanto, concluye “es meramente declarativa de esa relación biológica, pero no de una relación de filiación, y sin plazo de caducidad para su ejercicio por el adoptado”.

Sobre la aplicación práctica del art. 129 del Código de Familia de Cataluña puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de abril de 2000, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la actora, la cual, junto con su padre, habían instado expediente de jurisdicción voluntaria para conocer éste los datos de su origen biológico, pues había sido adoptado tras su nacimiento, y aquella, ejercitaba acción similar respecto a la filiación biológica de su madre fallecida, pretendiendo conocer la identidad de los abuelos maternos para ejercitar las acciones de filiación respecto a la persona de su difunta madre. El Juzgado de instancia admitió a trámite la primera solicitud, denegando la segunda, que fue recurrida, dando la AP la razón al Juzgado de Instancia, por entender que la actora no tenía legitimación para ejercer las acciones que pretendía.

Sin embargo, la pretensión de aquél, solicitando averiguar sus orígenes, fue correctamente calificada por el Juzgado de Instancia al incoarse el expediente por los trámites de jurisdicción voluntaria, de acuerdo a los arts. 1881 t ss. LEC, en relación con el art. 129 del Código de Familia de Cataluña, facilitándosele los datos solicitados de la madre biológica que se encontraban en el archivo público de la Diputación de Barcelona¹⁴⁶.

La vía más utilizada para la revelación de la información sobre los orígenes es la solicitud de autorización judicial (jurisdicción voluntaria).

affaire Odievre”, cit, pág. 343.

¹⁴⁶ En la misma línea, el Auto de la AP Barcelona, 22 de febrero de 1996, reconoce el derecho de la actora a tener información sobre sus orígenes biológicos en base al art. 39.2 CE que posibilite la libre investigación de la paternidad y el art. 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, debiendo primar dicho derecho sobre el derecho a la intimidad personal proclamado en el art. 18 CE.

Al respecto señala GARRIGA GORINA¹⁴⁷ que: *“las solicitudes suelen resolverse favorablemente, previa valoración de los intereses en juego en cada supuesto y partiendo, por regla general, del derecho del adoptado a conocer su origen, superior, según los Jueces, a los otros derechos en conflicto. Ahora bien, hay que remarcar que siempre se toman en consideración las circunstancias del caso para valorar el sentido de la resolución, y por tanto, las autorizaciones no se otorgan de forma automática con base en un derecho absoluto al conocimiento del origen. Las diferentes resoluciones ponen de manifiesto que hay que concretar en cada caso los límites de este derecho. Se intenta siempre conciliar los intereses de las partes, mediante la localización de las personas a las que se refiere la información. Los Jueces intentan favorecer una solución consensuada y, en lo posible, citan a la persona reticente a descubrir su identidad, con la finalidad de escuchar sus razones e informarle sobre el contenido del derecho del hijo, pero no se consideran vinculados por una posible negativa¹⁴⁸”*.

¹⁴⁷ GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer...*, cit., págs. 240-241

¹⁴⁸ El JPI núm. 15 de Barcelona denegó el acceso a la información sobre su origen, a un hombre de unos sesenta años, que había acudido previamente a la Diputación de Barcelona. Las razones que aducía eran la satisfacción de la curiosidad y razones de salud no graves. El Ministerio Fiscal informó favorablemente, a pesar de los el JPI denegó el acceso con base a la protección de la intimidad de la familia por naturaleza. Según el Auto, *“la solicitud ha de responder a motivos razonables, lógicos,, fundamentados y no se ve motivo serio en el animo del señor... que avale la necesidad de su solicitud. El mero deseo no es suficiente para invadir la intimidad de la persona que hizo dejación de su derecho de contacto biológico. Incluso reconociendo el derecho de una persona sobre sus orígenes biológicos, no cabe duda de que el derecho de una persona tiene como límite el del otro a los demás; que el derecho a la intimidad está amparado por el art. 18 y que el contenido del art. 28 no puede contravenir tal norma constitucional. Habiendo fallecido la madre y no siendo posible descubrir cual sea su interés, merece respecto la actitud que ha mantenido durante toda su vida ignorando tal hijo, no se considera oportuno ir en contra de la voluntad de los muertos”*. Auto JPI núm 15 de Barcelona, de 29 de mayo de 1995. Apelada la Sentencia por el Ministerio Fiscal, la AP Barcelona revocó el Auto y resolvió que *“(1) a pretensión del demandante encuentra cumplida respuesta, no ya sólo en el art. 39.2 CE que ampara el derecho a investigar la paternidad, sino específicamente en la Ley 37/1991, al disponer en su Exposición de Motivos como principios reguladores que deben presidir en materia de adopción, la regla de equiparación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza y el principio de la verdad biológica que permiten al adoptado indagar y averiguar la identidad de los padres, aunque sea a los simples efectos del conocimiento y que ha encontrado acogida en el art. 28 LPMA”*... Añade que el derecho al conocimiento del origen es superior al derecho constitucional a la intimidad... por ser éste el espíritu que se desprende en el citado art. 28 de la Ley 37/1991... Auto AP de Barcelona (12ª), de 22 de febrero de 1996.

7.2.- LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

a) **Ley 1/1998, de 20 de abril de los derechos y atención al menor de Andalucía (BOJA nº 53, 12 mayor 1998)**

Art. 5. Identificación

1. En los Centros de atención sanitaria en los que se produzcan nacimientos se establecerán las garantías para la inequívoca identificación de los recién nacidos.

b) **Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla-La Mancha**

Art. 9: Derecho a la identidad

“Para garantizar adecuadamente el derecho a la identidad de todos los menores se llevarán a cabo las siguientes actuaciones:

a) En los Centros sanitarios públicos o privados en que se produzcan nacimientos se establecerán las garantías suficientes para la inequívoca identificación de los recién nacidos.

b) Los poderes públicos de Castilla-La Mancha adoptarán las medidas oportunas para la inscripción del nacimiento de un menor en el Registro Civil cuando quienes tienen la obligación de promover tal inscripción no lo hagan”.

c) **Ley 1/1998, de 19 de marzo, del menor de La Rioja (BOR nº 36, 24 de marzo de 1998).**

Art. 9: Derecho a la identidad y a la nacionalidad

Comprende los siguientes derechos mínimos:

- **A conocer su ascendencia familiar mediante el ejercicio de acciones de filiación.** No obstante, la Ley garantiza el secreto de los expedientes que conducen al establecimiento de la filiación adoptiva.

- A ser correctamente identificados al tiempo de su nacimiento

d) **Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción y atención a la infancia de Castilla y León (BOE núm. 197, 17 agosto 2002)**

Art. 14, ubicado en el Título I, Capítulo II: **Derechos específicos de especial protección y promoción** dispone:

Artículo 14. Derecho a la identidad

1. *En los centros sanitarios, públicos o privados, en los que se produzcan nacimientos se establecerán garantías suficientes para la inequívoca identificación de los recién nacidos.*

2. *Cuando quienes se hallen obligados legalmente a promover la inscripción del nacimiento de un menor en el Registro Civil no lo efectúen, las Administraciones Públicas de Castilla y León adoptarán las medidas necesarias para lograr tal inscripción.*

La efectividad en el ejercicio del derecho a conocer los propios orígenes debe ser garantizada en función de la edad del menor y de su capacidad para comprender, y ha de hacerse compatible con el secreto que afecta a los expedientes que conducen al establecimiento de una filiación adoptiva.

Art. 45. Derechos especiales de los menores protegidos, ubicado en el Título III **De la acción de protección**, Capítulo I:

El menor, en relación con la actividad de protección de la Administración y junto a los derechos que el ordenamiento jurídico y esta ley reconocen a todos los niños y adolescentes, será titular específicamente de los siguientes:

*k) **A conocer, en función de su edad y capacidad, su historia personal y familiar**, y, si ha sido separado de su familia de origen de manera definitiva, sus antecedentes culturales y sociales, que serán en todo caso respetados. Alcanzada la mayoría de edad, **el derecho a acceder a su expediente y a conocer los propios orígenes**, incluida entre éstos la identidad de la madre biológica, no tendrá otras limitaciones que las derivadas de la necesidad de mantener el anonimato de las personas denunciantes de la situación de desprotección y de respetar los derechos legítimos de terceros.*

*l) **A la total confidencialidad y reserva acerca de sus circunstancias personales y las de su familia**, salvo en lo estrictamente necesario para asegurar una intervención eficaz y siempre en su interés.*

Art. 108. Servicios de mediación, Capítulo V, Sección 7ª **De la adopción**

A fin de hacer efectivo el derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes, regulado en el artículo 45.k) de esta ley, dispensarles el apoyo necesario que requiera su ejercicio y facilitar, en su caso, la mediación en el encuentro entre aquéllas

y la familia biológica, se regularán las actividades profesionales que puedan llevarse a cabo con tal objeto, garantizando los principios de voluntariedad de las partes, respeto al derecho de ambas a la intimidad y cualificación e imparcialidad de la actuación, estableciéndose igualmente los requisitos que hayan de reunir las entidades que realicen estas funciones.

e) Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción, de Andalucía

Art. 10, núm. 2, dentro del Título II **De los derechos de los menores en relación con el acogimiento familiar y la adopción** dispone:

Al alcanzar la mayoría de edad, los menores adoptados tendrán derecho a acceder a un servicio de mediación conforme al procedimiento que se habilite al efecto, con la finalidad de conocer a su familia biológica y su historia personal.

f) El Anteproyecto de Ley de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco

Reconoce expresamente el derecho al conocimiento de la identidad de los niños y adolescentes dentro del más genérico derecho a la identidad que incluye, además, el derecho a un nombre y a una nacionalidad (art. 11).

El desarrollo de dicho derecho a conocer la identidad de los padres biológicos se regula en el art. 84 del citado Anteproyecto el “**Acceso a la información**”.

Art. 11 Derecho a la identidad

*1. Los niños, niñas y adolescentes, **tienen derecho a conocer su identidad, a tener un nombre y una nacionalidad, debiendo ser registrados desde su nacimiento.***

2. Los poderes públicos habrán de adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho y, en particular, velar por el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) La identificación de la madre en el parte médico de nacimiento.

b) La inscripción de la filiación materna en el Registro Civil, debiendo extenderse dicha inscripción, de conformidad con la normativa registral.

c) La facilitación del acceso de las personas adoptadas a la información de la que cualquier Administración Pública disponga sobre su filiación de origen, en los términos regulados en el artículo 84 de esta ley.

3. Las personas extranjeras menores de edad que se encuentren en territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su filiación en la Comunidad Autónoma, no pudiendo ser privadas de su documentación salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en la Ley.

Si se diera el caso de que dichas personas estuvieran indocumentadas, tendrán derecho a que la Administración competente para ello les documente debidamente.

Art. 84: Acceso a la información

1. las personas que presten servicios en la Entidades Públicas o en las entidades colaboradoras están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los adoptados.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y en garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer la identidad de sus padres biológicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de esta Ley, en el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño y cooperación en materia de adopción internacional, las Administraciones Públicas facilitarán a las personas adoptadas, si éstas lo solicitaran los datos de los que dispusieran con respecto a su filiación biológica, debiendo adoptarse al efecto las medidas adecuadas; en particular, un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto la persona adoptada como sus padres biológicos serán informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte en relación con su posible encuentro.

El acceso efectivo a esta información, en el caso de las personas menores de edad, quedará condicionado a la adecuación del momento evolutivo en el que se encuentre la persona menor de edad y a que tenga suficiente juicio y capacidad para comprender.

Desde que a una persona como adoptante se le asigne un menor, podrá solicitar que la entidad proporcione los datos que posea sobre el niño, niña o adolescente,

tanto sobre su alud, su educación, como sobre otros aspectos atinentes al mismo, con la salvedad de las informaciones relacionadas con sus datos de filiación.

El procedimiento de mediación al que se refiere el apartado 2 se determinará en el marco de la regulación de la mediación prevista en el artículo 47.3

II.- FUNDAMENTACIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE RECONOCER Y REGULAR EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES

1.- EN TORNO A LA CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

El derecho del adoptado a conocer su identidad biológica es un derecho de la personalidad¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Vid. Sobre los derechos de la personalidad. ALBADALEJO, *Derecho Civil I*, Barcelona 2002, págs. 472-473. Nota bibliográfica. BELTRÁN DE HEREDIA, J., *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad* (discurso de ingreso en la R. Academia de Jurisprudencia y Legislación), 1976; BESSONE, "Diritto soggettivo, e "droit de la personnalité"", en *R.T.D.P.C.*, págs. 1175 y ss.; BORMANN, *Die Praxis des Persönlichkeitsschutze in Frankreich verglichen mit dem Recht der Bundesrepublik Deutschland*, 1974; CAEMMERER, *Die privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschen Recht, en Festschrift Hipoe*, 1967, págs. 22 y ss.; CASTAN, "Los derechos de la personalidad", en *R.G.L.J.*, 1952 Ii, págs. 5 y ss. y ed. Separada, 1952; DE CASTRO, "Los llamados derechos de la personalidad", en *A.D.C.*, 1959, págs. 1237 y ss.; CLAVERIA, "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo", en *A.D.C.*, 1983, págs. 1243 y ss., y "Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad", en *Estudios Beltrán*, 1984, págs. 101 y ss.; DEGNI, *Le persone fisiche ed i diritti della personalità* (en Trattato de Vassalli), 1939; DÍEZ DÍAZ, "¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?", en *R.G.L.J.*, 1963, t. 214, págs. 858 y ss.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, dos vols., 2ª ed., 1982; DECOCO, *Essai d'une theorie generale des droits sur la personne*, 1960; GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, 1986; GROSSEN, *La protection de la personnalité en Droit privé*, 1960; HUBMANN, *Das persönlichkeitsrecht*, 1953; IGARTUA, *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la personalidad*, tesis doctoral, 1987; KAYSER, *Les droits de la personnalité. Aspectos theoriques et pratiques*, en *R.T.D.C.*, 1971, págs. 445 y ss.; LARENZ, "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", en *R.D.P.* 1963, págs. 639 y ss.; LINDON, *Les droits de la personnalité*, 1974; LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1990; LÓPEZ JACOISTE, "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", en *A.D.C.* 1986, 1059 y ss.; DI MAJO, "Profilli dei diritti della personalità", en *R.T.D.P.C.*, 1962, págs. 69 y ss.; MOCHY ONORY, *Studi sulle origini storiche dei diritti essenziali della persona*, 1937; NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, 1939, págs. 505 y ss., bibliografía, y "La protección de la personalidad en el derecho privado francés", en *R.G.L.J.*, 1961, I, págs. 7 y ss.; O'CALLAGHAN, "Sinopsis de los derechos de la personalidad", en *A.C.*, 1986, págs. 1885 y ss.; ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, 1965; ROGEL, *Bienes de la personalidad*,

En efecto, entre los derechos básicos o fundamentales de la persona el derecho a la identidad y, en concreto, al conocimiento del propio origen encuentra su razón de ser en la necesidad de todo ser humano de conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores.

Al respecto y como afirma ALBADALEJO “*el Derecho protege a aquellos bienes o intereses que, como la vida, la libertad, el honor, etc..., podríamos llamar personales –por contraposición a los patrimoniales-, y que son los más importantes para el individuo*”.

Según dicho autor “*el objeto de tales derechos no sería la persona (con lo que se soslaya la objeción hecha por algunos autores, de que la admisión de la personalidad supondría la aceptación de que el ente al que se confiere el poder – sujeto: la persona – es precisamente el ente sobre el que éste recae – objeto: la persona -, cosa considerada inaceptable) sino ciertas manifestaciones, cualidades o atributos de la personalidad, que son concebibles como algo distinto de la propia persona en sí misma*”¹⁵⁰.

Pues bien, uno de los atributos o cualidades de la personalidad, dignos de especial tutela jurídica, sería “la identidad”, entendida en sus diversas manifestaciones (identificación personal –nombre-, identidad cultural, social, identidad biológica...).

DE CUPIS destaca, como carácter más notable de los derechos de la personalidad el de su preeminencia personal que se traduce “*en la inherencia jurídica de la persona la cual no puede ser despojada de los derechos de la personalidad*”.

Siguiendo al mismo autor, el objeto de dichos derechos “*se identifica con los bienes más elevados de la persona, ligados a ella como un nexo que puede decirse de naturaleza orgánica*”.

Inherencia jurídica a la persona que –entiendo- plenamente trasladable al bien de la personalidad o derecho a la identidad.

Dentro de la categoría genérica del “derecho a la identidad” puede encuadrarse “el derecho al conocimiento de los orígenes”.

derechos fundamentales y libertades públicas, 1985; ROMEO COLOMA, *Los bienes y derechos de la personalidad*, 1985.

¹⁵⁰ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I*,...cit, págs. 473-474.

Y así, “el derecho a la identidad”, que, por otra parte, se reconoce en numerosos textos legales como derecho fundamental, tendría diversas manifestaciones que podrían clasificarse del siguiente modo:

1.1. EL DERECHO A LA INDIVIDUALIDAD PERSONAL O IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA. DERECHO AL NOMBRE

Entre los derechos básicos o fundamentales de la persona el derecho al nombre encuentra su razón de ser en la necesidad imperiosa de individualizar a cada uno de los miembros de la sociedad¹⁵¹, permitiendo así su identificación personal.

El derecho al nombre se enmarca dentro de los derechos de la personalidad, participando de la naturaleza y atributos de dichos derechos.

Como tal derecho de la personalidad se entiende y estudia el nombre en los tratados generales y obras específicas que abordan la materia¹⁵².

¹⁵¹ Debemos distinguir dentro del nombre civil, *el nombre propio, de pila o nombre “stricto sensu”* cuya función genuina es permitir la individualización del sujeto en el seno de la propia familia, y *los apellidos o nombre “patronímico” o “gentilicio”* que hacen posible básicamente el reconocimiento de la personal en la esfera social.

Esta función identificadora del nombre es común a cualquier época histórica, si bien la forma y los elementos que componen aquél varían sustancialmente en virtud del momento histórico y de la cultura concreta en que centremos nuestra observación.

Desde esta óptica, el estudio del nombre nos conduce a sus orígenes que son prueba evidente de su relevancia.

En efecto, la utilización de un “signo distintivo” que identifique a cada individuo se remonta a las más primitivas agrupaciones humanas. Inicialmente, y *en los pueblos antiguos* (hebreos, griegos, íberos...I el nombre constaba de un solo elemento que equivalía al actual nombre propio o individual, baste citar los nombres bíblicos: David, José, Isaac, Jacob, Noé, o los de algunos personajes ibéricos: Argantonio, Mandonio, Alcón, Viriato..., si bien, en ocasiones y para evitar confusiones, se añadía al vocablo único el nombre del padre, la denominación de la gens, o se aludía a alguna característica peculiar del sujeto o del lugar de nacimiento o procedencia.

En Roma, el sistema de designación, que originariamente fue de nombre único (Rómulo, Remo, Fáustulo...) posteriormente alcanza mayor desarrollo, llegándose a hacer hereditario.

Y así, el hombre de los ciudadanos romanos en la época clásica, estaba constituido por tres elementos.

- El *praenomen*, designación individual o nombre propio que distinguía a los miembros de una misma familia (Marco, Aurelio, Cayo)

- El *nomen gentilicium* que hacía referencia al linaje o parentela (gens) (por ejemplo, estirpe Julia o Cornelia).

- El *cognomen*, servía para diferenciar las distintas ramas de la gens (así había Cornelios Escipiones, Cornelio Balbos y Cornelios Cossos).

Estas tres denominaciones formaban los *tria nomina*, si bien, en el caso de los patricios, éstos llevaban además una cuarta designación, normalmente de carácter nobiliario u honorífico (tal es el ejemplo de Publio, Cornelio. Scipión, Africano).

¹⁵² M. ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil I*, vol. II. Ed. Bosch., Barcelona, 1991. Clasifica el nombre, dentro de los derechos de la personalidad en la esfera espiritual del hombre, pp. 53-62.

M. BATLLE, “El derecho al nombre”, *RGLJ*, tomo 159, septiembre 1931. Ed. Reus, Madrid, pp. 284

En dicho sentido, son varios los tratados internacionales que consagran el derecho al nombre como derecho básico del individuo desde su nacimiento¹⁵³

1.2.- EL DERECHO A PRESERVAR LA IDENTIDAD CULTURAL, NACIONAL, LINGÜÍSTICA, RELIGIOSA... (arts. 8.1, 29.1.c), 30, Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989)

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1988. Nombre de la persona y derecho al nombre, pp. 365-372.

J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, vol. 1, 1987, "El nombre", pp. 231 y ss.

O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil I*, Parte general, Madrid, 1986, pp. 192 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ, SANCHO, LUNA DELGADO Y RIVERO: *Elementos de Derecho Civil I*, vol. II, 1990, Barcelona. Derechos de la personalidad, 127. Identificación de la persona: el nombre (pp. 95-100).

C. ROGEL VIDE: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales, libertades públicas*, Bolonia-Madrid, 1985. Manifiesta: "No todos los bienes tradicionalmente considerados como de la personalidad aparecen expresamente recogidos en el texto constitucional a pesar de que los mismos sean susceptibles de ser considerados también desde la óptica de los derechos fundamentales", citado este autor, entre ellos: "el derecho a la identidad, a la individualidad personal (nombre, apellidos, seudónimos y heterónimos)".

J. SCALLS PELLICER, "Nombre", *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Ed. Seix XVII, Barcelona, 1982.

F. LUCES GIL, Autor de una amplia monografía sobre este tema: *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 76-77, mantiene una posición en cierto modo ecléctica (así la califica Scalls Pellicer), al considerar que: "Este derecho a un nombre en abstracto puede encuadrarse en la categoría de derechos fundamentales o esenciales de toda persona, es decir, entre los llamados bienes de la personalidad. Pero el nombre atribuido a utilizado en concreto por un sujeto determinado no es más que un instrumento convencional al servicio de ese bien de la identidad personal, al que no cabe atribuir las mismas cualidades y naturaleza".

LINACERO DE LA FUENTE, M., *El nombre y los apellidos*, Ed. Tecnos, 1992, págs. 19-20, sostiene: "En nuestra opinión, acaso quepa defender el carácter híbrido del nombre civil en cuanto constituye, sin duda, un *derecho de la personalidad* pero al mismo tiempo, resulta ser una *institución de orden público* en razón del interés general existente en la correcta identificación de los ciudadanos".

¹⁵³Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 diciembre 1966.

Artículo 24, 2ª. "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre".

Criterio reiterado Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 7º, comienza diciendo: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre".

c) *Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;*

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, y a profesar y practicar su propia religión o emplear su propio idioma.

1.3.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD “STRICTO SENSU” O DERECHO AL CONOCIMIENTO DE LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Acaso no haya nada más esencial para indagar, revelar o descubrir la identidad del ser humano como el conocimiento de sus propios orígenes¹⁵⁴, en definitiva, el derecho a conocer a sus progenitores, todas demás manifestaciones del derecho a la identidad: el nombre, la identidad cultural, religiosa, lingüística, la nacionalidad..., derivan del conocimiento de dónde venimos, si bien son habitualmente determinados en función de la filiación legalmente reconocida (vg. adquisición de la nacionalidad *Ius sanguinis*¹⁵⁵, criterios de atribución de apellidos¹⁵⁶).

Considerado como derecho de la personalidad, el derecho a conocer los orígenes, estaría adornado de los caracteres propios de los llamados derechos de la

¹⁵⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen...,cit., pág. 597, señala:

“*De la importancia del conocimiento del propio origen, y de los problemas psíquicos que conlleva su desconocimiento o la dada a ese respecto, se han ocupado antropólogos, psicólogos y juristas en relación, particularmente, con los hijos adoptivos (caso de P. Odièvre) y en cuanto al derecho de éstos a conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores*”.

Cfr. Entre otros, M.T. MEULDERS-KLEIN (coord.), *Adoption et formes alternatives d'accueil. Droit belge et Droit comparé*. Bruselas (Ed. Story Scientia), 1990; P. VERDIER-M. SOULÉ, *Le secret sur les origines*, PARÍS, 1986; G. VOGÜE-E. RICARD, *L'enfant a droit à son père*, París, 1994. Pueden verse también los autores y trabajos citados en la nota 2. Me ocupé de esta cuestión en mi ponencia “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX*, Vitoria, 1987, págs. 161-162, y luego en “¿*Mater semper certa est?*” *Problemas de la determinación de la maternidad...*”.

¹⁵⁵ LINACERO DE LA FUENTE, M., *El Derecho del Registro Civil*. Ed. Calamo 2002, págs.195-197.

¹⁵⁶ LINACERO DE LA FUENTE, M., *El nombre y los apellidos*. Ed. Tecnos, 1992, págs.108-119.

personalidad¹⁵⁷ y en particular, de la especial tutela que el ordenamiento brinda a dichos derechos¹⁵⁸.

2.- FUNDAMENTACIÓN SOBRE LA NECESARIA REGULACIÓN DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES

La consagración en el art. 10 Constitución española de “la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad” como derecho fundamental del ser humano permite el reconocimiento de derechos fundamentales que tradicionalmente no han sido considerados como tales por la doctrina y la jurisprudencia.

¹⁵⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I*, cit., pág. 475, enumera dichos caracteres necesarios, inseparables a la persona, originarios o innatos, absolutos, extrapatrimoniales.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil I*, Vol. 1º, 11ª ed. 2003, págs. 329-330.

LACRUZ BERDEJO; *Elementos de Derecho Civil*, vol. 2º, págs. 37-38,

LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, págs. 192-193, señala:

“De los derechos de la personalidad se pueden predicar los caracteres siguientes:

1º. Son derechos innatos u originarios, en cuanto nace y se extinguen con la persona, sin necesidad de que concurra circunstancia, requisito o formalidad alguna. En el caso de que se admita (es discutible) que el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad, se trataría de una excepción a la regla general, ya que aquél se adquiriría cuando el autor da a la luz la obra: escribe la novela, hace el invento, etc...

2º. Son derechos necesarios, en cuanto corresponden a toda persona y, por tanto, el Ordenamiento tiene que reconocerlos necesariamente; si bien pueden suprimirse o suspenderse total o parcialmente, como es caso del derecho a la vida del condenado a muerte, o el derecho a la libertad del condenado a prisión.

3º. Son derechos privados, en cuanto garantizan a su titular el disfrute y protección de su propia persona en la esfera del Derecho Privado; sin perjuicio de que sean también protegidos por el Derecho Público (Derecho administrativo, Derecho penal, etc...)

4º Son derechos absolutos o de exclusión, en cuanto son oponibles frente a todos, incluso frente al Estado (*erga omnes*); es decir, confieren un poder inmediato y directo sobre el bien de que se trate y cualquiera tiene la obligación de respetarlos y no lesionarlo. No son, en cambio, absolutos (ilimitados) en cuanto a su contenido, pues, -como dice CASTÁN. “Están condicionados por las exigencias de orden moral y las de orden público que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común.

5º. Son derechos extrapatrimoniales, en cuanto no son susceptibles de valoración económica; sin embargo, aunque no contienen en sí una inmediata utilidad de orden económico, ante la imposibilidad de reparación *in natura*, se admite la reparación económica por los daños morales a que haya dado lugar la violación del derecho, aparte de la reparación en dinero de los posibles daños económicos.

6º. Son derechos inherentes a la persona (*cfr.*, art. 10 C.), en cuanto se encuentran necesariamente vinculados a la persona, razón por la cual se les denomina derechos personalísimos o de la personalidad. De esta nota se derivan, a su vez, otros caracteres de orden negativo: a) son intransmisibles e indisponibles (cabe excepción a la intransmisibilidad); b) son irrenunciables; c) son inexpropiables e inembargables; d) son imprescriptibles, y e) no son susceptibles de acción subrogatoria. (*cfr.* Art. 1.111 C.c).

¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil I*, cit., págs., 331-3332. **Tutela de los Derechos de la personalidad.**

LACRUZ VERDEJO, *Elementos de Derecho Civil I*, vol. 2º, págs. 38-40

El derecho a la identidad y, dentro del mismo, el derecho a conocer los orígenes biológicos, como manifestación “del libre desarrollo de la personalidad”, inherente al ser humano y del que no puede ser despojado, debería tipificarse en el ordenamiento jurídico español¹⁵⁹.

La consideración del derecho al conocimiento de los orígenes como derecho de la personalidad, y, la necesidad de su reconocimiento legal expreso en el ordenamiento jurídico español, se fundamenta en diversos textos legales de ámbito internacional, nacional y autonómico, así como en la última doctrina del Tribunal Supremo y Dirección General de los Registros del Notariado, que fueron analizados en el primer capítulo de este trabajo y que sucintamente formulamos¹⁶⁰:

1. Convenios Internacionales

- A) Arts. 8 y 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
- B) Art. 1 del Convenio de Bruselas, núm. 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (12 de septiembre de 1962) sobre determinación de la filiación materna de los hijos extramatrimoniales, vigente en España desde el 17-4-1984.
- C) Arts. 2, 3.1º, 7, 8 y 9 del Convenio de las Naciones Unidas sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.
- D) Arts. 16, 29.1.c), y 30, del Convenio de La Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 20 de mayo de 1993.
- E) Art. 8.10 de la Carta Europea de los derechos del niño de 8 de julio de 1992.

2. Constitución Española

Arts. 10, 14, 15, 20.1, y 39 de la Constitución.

¹⁵⁹ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, 2003, pág. 329 dice que: “*los derechos de la personalidad van siendo tipificados por los ordenamientos jurídicos en lugar de proclamar un único derecho de la personalidad*”.

¹⁶⁰ A lo anterior debe añadirse la tendencia de otros sistemas jurídicos favorable al reconocimiento del derecho a conocer el propio origen (cuestión que será abordada en el Capítulo relativo al Derecho Comparado).

En todo caso puede reseñarse que son varios los sistemas jurídicos en los que la maternidad queda determinada directamente, conocido el parto y la identidad de la madre (Alemania, Austria, Suiza, Países Bajos, Grecia, Portugal, Bélgica, Sistema Anglosajón).

Otros sistemas como el francés o italiano, hacen depender de la voluntad de la madre la determinación de la filiación materna.

Vid. RIVERA HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre el derecho a conocer...”, cit., 2003, págs. 601-605.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C., “Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del siglo XXI”, *Estudios Homenaje al prof. Díez Picazo*, T III, 2003, págs. 4859 y ss.

3. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor

Arts. 3-9 de la Ley Orgánica 1/1996

4. Legislación del Registro Civil

Art. 46 del Registro Civil. Instrucción DGRN de 15 de febrero de 1999, modificada por Instrucción de 1 de junio de 2004.

Art. 22.1 y 21.4 del Reglamento del Registro Civil.

Reforma general sobre publicidad registral:

Arts. 6 Ley del Registro Civil y 17 y 55 del Reglamento del Registro Civil.

Instrucción DGRN de 9 de enero de 1987 sobre legitimación de los particulares para obtener certificaciones del Registro Civil.

Expedición de certificación por medios informáticos (art. 6 de la Orden de 19 de julio de 1999 sobre informatización de los Registros Civiles, y art. 4 de la Orden 1 de junio de 2001 sobre Libros y Modelos de los Registros Civiles informatizados).

5. Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil

Art. 180.4 del Código Civil en sede de adopción; arts. 108-141 del Código Civil en sede de filiación (en concreto, arts. 132 y 133 CC).

Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad: arts. 748 a 755 y 764 a 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (en concreto, art. 767 LEC 1/2000).

6. Derecho Civil especial y autonómico

A) Cataluña

Art. 129 Código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998.

B) Legislación autonómica

Art. 5 Ley 1/1998, d2 20 de abril, de los derechos y atención al menor de Andalucía

Art. 9 Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla-La Mancha.

Art. 9 Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor de la Rioja.

Arts. 14 y 45.K Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción y atención a la infancia de Castilla y León.

Art. 10.2º Decreto 282/2002, de 12 de noviembre de acogimiento familiar y adopción de Andalucía.

Arts. 11 y 84 del Anteproyecto de Ley de atención y protección a la infancia y adolescencia del País Vasco.

7. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 776/1999, de 21 de septiembre de 1999 deroga por inconstitucionalidad sobrevenida los arts. 47.1 LRC y 167 y 168 RRC.

La referida sentencia originó la publicación de una Orden Ministerial de 10 de noviembre de 1999 sobre cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil (BOE núm. 280, de 23 de noviembre 1999).

Sentencias del Tribunal Supremo de 30-1-1993, 23-3-2001, 3-12-2002, 15-9-2003, 27-5-2004, que han iniciado una línea de interpretación para dar prioridad a la verdad biológica.

Resoluciones Dirección General de los Registros y del Notariado de 12-7-2000, 24-10-2000, 17-3-2001, 8(2ª)-11-2001, que declaran vigente en España desde la ratificación del Convenio nº 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (17-4-1984), el principio de “mater semper certa est”.

El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes como derecho de la personalidad debe tener como límite el respeto a los derechos de los demás, y, especialmente, el derecho a la intimidad de las partes (18 CE)¹⁶¹.

Asimismo debe subrayarse, la necesaria confidencialidad y reserva en las actuaciones de las Administraciones Públicas dirigidas al acceso a la información de los datos sobre la filiación biológica.

¹⁶¹ La cuestión que se plantea aquí es si el derecho a conocer los orígenes tiene prevalencia sobre el derecho a la intimidad de los padres biológicos.

Si se reconoce el derecho a conocer los orígenes, en principio, éste tendría prioridad frente al derecho a la intimidad de los padres biológicos, en el sentido de que no se podría negar la información a la persona que solicite datos sobre su filiación natural.

Cuestión distinta es la necesaria reserva de actuaciones y el respeto de los derechos legítimos de terceros.

3.- EL EJERCICIO DEL DERECHO AL CONOCIMIENTO DE LOS ORÍGENES POR LOS MENORES DE EDAD

3.1.- FUNDAMENTACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES POR LOS MENORES DE EDAD

Admitido que el derecho a conocer los orígenes es un derecho de la personalidad, corresponderá al menor de edad en función de su edad y capacidad de discernimiento el ejercicio de dicho derecho.

En efecto, una adecuada interpretación del art. 162 CC (que excluye la representación legal de los padres en los actos relativos a los derechos de la personalidad), en relación con los artículos 2.2 y 3 a 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, potencia y legitima la intervención de los menores de edad en el ejercicio de los derechos de la personalidad.

En consecuencia, y, como queda expuesto, será el niño el que a partir de una determinada edad y grado de discernimiento pueda decidir recibir o no un tratamiento médico, constituir una asociación, cambiar sus apellidos, **acceder a sus orígenes...**, salvo que sea contrario al interés superior del propio menor y a su formación integral y respete los derechos de los demás.

En dicho sentido la intervención del menor en aquellos asuntos que le afecten (bien mediante el derecho de audiencia, prestación de consentimiento, facultad de instar determinadas medidas...), viene siendo reconocida progresivamente en nuestro ordenamiento en distintos ámbitos jurídicos:

- En el marco de las relaciones paterno-filiales (arts. 154.2º, 156.2º, 157, 158, 159, 162, 164.3º, 166.3º, 167 CC)
- Acogimiento familiar (art. 173.2 CC).
- Adopción (arts. 177.1º y 3º nº 3)
- Procedimientos matrimoniales (arts. 92.2 y 159 CC).
- Tutela ordinaria (arts. 231, 248, 273 CC).
- Emancipación (arts. 317, 320 y 321 CC).
- Filiación (art. 121 CC)
- Asuntos de índole patrimonial: otorgar a partir de los 14 años, testamento, salvo ológrafo (arts. 663.1º y 688.1º CC), adquirir la posesión (art. 443 CC), aceptar

donaciones salvo que sea condicionales u onerosas (arts. 625 y 626 CC), consentir si hubiese cumplido 16 años en documento público determinados actos en relación con su patrimonio que requieren autorización judicial (art. 166.3º CC), administración ordinaria de los bienes del hijo mayor de 16 años adquiridos con su trabajo o industria (art. 164.3º).

- Actos relativos a derechos de la personalidad (art. 162.1º CC) u otros que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo.
- Contratos que obliguen al menor a realizar prestaciones de carácter personal (art. 162.3 CC)
- Alteración del orden de apellidos (Disposición transitoria única. Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos y Disposición transitoria única Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos).
- Procesos matrimoniales y de menores (arts. 770,4º y 777,5º LEC).

De otra parte, dentro de la minoría de edad se distinguen etapas bien diferentes como son la infancia y adolescencia que no pueden ser tratadas de idéntica forma (STC 24 febrero 1994)¹⁶².

La jurisprudencia y la doctrina, así como las sucesivas reformas del Derecho de familia, preconizan un mayor grado de autonomía de los menores, y por tanto, coinciden en otorgar relevancia jurídica a las opiniones de aquellos a partir de una determinada edad o grado de madurez.

Reflejo de dicha orientación es el art. 9 de la LO 1/1996:

Derecho a ser oído.

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

¹⁶² ST TC. 24 febrero 1994.

“Entre las distintas etapas que componen sucesivamente la biografía del ser humano hay una, la infancia, cuyo límite con la adolescencia pone nuestro Ordenamiento jurídico entre los doce y los catorce años”.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos”¹⁶³.

En todo caso, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 que proclama la primacía del interés superior del niño y el art. 158 CC que permite adoptar al juez cualquier medida o disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, constituyen un límite al ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor cuando dicho ejercicio sea contrario a sus intereses.

¹⁶³ Artículo 12 Convención de los Derechos del Niño

“1. Los Estados Partes garantizarán, al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Por su parte, el art. 40.b) iii) de la citada Convención dispone:

“Los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes, se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

iii) Que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al mejor interés del niño, teniendo en cuenta su edad o situación, sus padres o representantes legales”.

3.2.- PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Por su especial relevancia en todos los temas que afectan a menores y, en particular, en lo atinente al derecho a conocer los orígenes, conviene precisar qué debe entenderse por “interés superior del menor”.

El principio prevalente “del interés superior del niño”¹⁶⁴ se consagra como directriz básica en toda la legislación de menores (Art. 39.4 de la Constitución¹⁶⁵, textos internacionales¹⁶⁶, numerosos preceptos del Código civil después de las reformas de 1981¹⁶⁷, Derecho comparado¹⁶⁸ y leyes autonómicas de atención a la infancia¹⁶⁹), y se

¹⁶⁴ Vid. DÍEZ PICAZO, “El principio de protección integral de los hijos” (Tout pour l’enfant) en la obra colectiva *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1991, págs. 194-195.

¹⁶⁵ Art. 39.4 Constitución: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

¹⁶⁶ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (art. 1º, 4.b), 16.1.d), 21.1, 24).

Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1º, 9.1º, 9.3º, 18.1º, 21, 37.c) y 40).

Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. 8 de julio de 1992. Punto 8.14

Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea. 12 de diciembre de 1996.

Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores. 5 de octubre de 1961 (art. 4).

Convenio de La Haya núm. XXIV sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 (arts. 5 y 6).

Convenio de La Haya núm. XXVIII sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (Preámbulo).

Recomendación del Consejo de Europa 1121(1990) sobre los derechos del niño. 1 de febrero de 1990.

Recomendación del Consejo de Europa 1286(1996) relativa a una estrategia europea para los niños de 24 de febrero de 1996.

¹⁶⁷ Así, entre otros, arts. 92.2, 154.2º, 156.5º, 159, 161, 170.2º, 172.4º, 176.1º, 180, 216 y 224 del Código civil.

¹⁶⁸ Derecho comparado.

Francia.

Loi n° 70-459 relative à l’autorité parentale.

Loi n° 75-617, 11 juill 1975 portant réforme du divorce.

Loi 87-570, 22 juill 1987 sur l’exercice de l’autorité parentale.

Loi 93-22, 8 janv. 1993 Etat civil famille et droits de l’enfant, juge aux affaires familiales.

Loi 96-604, 5 juill 1996. Adoption.

Gran Bretaña.

Children Act 1989

Italia.

Ley 1 de diciembre de 1970, n° 898, procedimiento de disolución del matrimonio (modificada por leyes 1 agosto 1978, n° 436 y Ley 6 marzo 1987, n° 74).

Ley 19 mayo 1975, n° 151 de reforma del Derecho de familia.

Con carácter ejemplificativo, STANZIONE, P.: “Interesse del minore e statuto dei suoi diritti”, Guiffre, Ed. 1994, pg. 1776, cita los siguientes preceptos del Código Civil italiano y leyes especiales: arts. 155.1, 158.2, 250.4, 251.2, 252, 268, 284.1, 316.5, 317 bis. 2, art. 4, 8 y 6, 2 ss 17 diciembre 1970, n° 898, modificada por la Ley 6 marzo 1987, n° 74.

Ley 4 mayo 1983, n° 184 Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori.

refleja incesantemente en la jurisprudencia¹⁷⁰, por tanto, no sorprende que la Ley 1/1996 lo erija en principio rector (arts. 2.1 y 11.2, a).

Alemania

Primera Ley de reforma del matrimonio y la familia 14 junio 76 y la Ley de reforma de 18 julio 1979.

El 1 de julio de 1998 entraron en vigor una serie de leyes que han cambiado sustancialmente el derecho de familia en Alemania: Ley de reforma del Derecho de la infancia, Ley de manutención de los hijos, Ley de compensación del derecho a la herencia (en vigor desde 1 abril 1998), Ley de limitación de responsabilidad de los menores, Ley sobre prestaciones (Beistandsschaftsgesetz).

Portugal

Novo regime jurídico da adopção (Dec-Lei nº 185/93, de 22/05). C. Civil arts. 1973-2002

Suiza

Ley sobre filiación 25 junio 76 que reformó el Código Civil suizo.

Austria

Ley sobre filiación 30 junio 1972

Bélgica

Leyes 1 julio 1974 y 14 julio 1976 que dan nueva redacción al Título IX del Libro I del Código civil denominado “De la puissance paternelle”.

Leyes de 26 enero, 27 abril y 20 mayo 1987 en materia de adopción.

Canadá

Ley sobre la protección de la juventud de 1 marzo 87.

¹⁶⁹ Art. 2 de la Ley 10/1989, de Aragón; art. 3 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Extremadura; art. 3 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de Valencia; art. 4 de la Ley 7/1995, de las Islas Baleares; art. 4 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de Murcia; art. 3 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Madrid; art. 6.2,b de la Ley 1/1995, de 27 de enero, del Principado de Asturias; art. 3 de la Ley 5/1995, de 27 de julio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, art. 4.2º de la Ley 1/1997, de 7 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias., art. 3.1 Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega, de la familia, de la infancia y de la adolescencia, art. 3.1 Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención al menor, de Andalucía, art. 4.a) Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla-La Mancha.

¹⁷⁰ Sentencias del Tribunal Supremo 17-5-86, 18 marzo, 20 abril y 5 noviembre 1987, 19 febrero, 8 marzo y 10 noviembre 1988, 9 marzo 1989, 30 abril y 11 noviembre 1991, 12 febrero 1992, 21 mayo y 22 junio 1993, 17 julio 1995, 11 junio 1996, 5 marzo 1998, 11 junio 1998. 22 junio 1998, 6 mayo 1998, 27 enero 1998 y 10 febrero 1999, 27 de marzo 2000, 27 abril 2000.

Sentencias del Tribunal Constitucional 4 diciembre 1985, 3 octubre 1994.

Audiencias Provinciales.

Audiencia Provincial Barcelona: 30 septiembre 1991, 28 septiembre 1992, 16 noviembre 1993, 19 abril y 22 diciembre 1994.

Audiencia Provincial Cádiz: 21 diciembre 1992.

Audiencia Provincial Córdoba: 18 mayo 1993.

Audiencia Provincial Tarragona: 16 diciembre 1993 y 13 enero 2000.

Audiencia Provincial Málaga: 17 febrero 1995

Audiencia Provincial Huesca: 16 noviembre 1993, 24 mayo 1994, 13 febrero 1998

Audiencia Provincial Álava: 9 mayo 1995

Audiencia Provincial Navarra: 2 marzo 1993

Audiencia Provincial Sevilla: 11 enero 1994, 5 marzo 1996

Audiencia Provincial Vizcaya: 1 junio y 15 septiembre 1995

Audiencia Provincial Cuenca: 3 diciembre 1993

Audiencia Provincial Coruña: 1 septiembre y 12 noviembre 1993

Audiencia Provincial Madrid: 27 octubre y 30 noviembre 1992, 18 y 25 marzo 1993 y 9 mayo 1995.

Audiencia Provincial Valladolid: 28 octubre 1997

Audiencia Provincial Valencia: 2 octubre 1997

Audiencia Provincial Jaén: 20 febrero 1998

Audiencia Provincial Ávila: 6 mayo 1998

Audiencia Provincial Castellón de la Plana: 17 junio 1998

Audiencia Provincial La Coruña: 23 marzo 1999

Audiencia Provincial Zaragoza: 21 junio 1999

Admitida la supremacía del “favor minoris” sobre cualquier interés legítimo., sin embargo, la dificultad principal estriba en determinar qué significa dicho concepto abstracto e indeterminado.

Como señala DAGNINO: “*Qué debe entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podría hacerlo satisfactoriamente habida cuenta de que toda precisión a priori podría pecar por exceso o por defecto...*”¹⁷¹.

Por su parte, AUTORINO STANZIONE¹⁷² manifiesta: “*Per quanto concerne la nozione di interesse del minore, se ne è piú volte discorso, nei termini che valgono a maggior ragione per la materia che qui si tratta. Esso si profil come nozione a contenuto variabile, la cui valutazione deve tenere conto della concreta situazione del minore, soggettiva ed oggettiva*”.

Evidentemente, su fijación vendrá dada por las circunstancias de hecho de cada caso concreto, teniendo en cuenta asimismo “*la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia*” (ATC 127/1986, de 12 de febrero)¹⁷³.

A la hora de determinar el principio favor filii resulta ilustrativo y contrasta con los sistemas europeos continentales (germánicos y latinos), como señala RIVERO HERNÁNDEZ¹⁷⁴: “*La mayor concreción que sobre el “interés del menor” existe en los*

Audiencia Provincial Córdoba: 26 mayo 1999.

Audiencia Provincial Murcia: 13 enero 2000.

Audiencia Provincial Sevilla: 3 febrero 2000

Audiencia Provincial Guipúzcoa: 30 abril 1999 y 3 enero 2000

Audiencia Provincial Toledo: 9 febrero 2000

Audiencia Provincial Cáceres: 1 febrero 2000.

Audiencia Provincial Lleida: 28 febrero 2000

Audiencia Provincial Álava: 23 marzo 2000

¹⁷¹ DAGNINO, “Potesta parentale e diritto di visita”, *Dir Fam.* E Per., 1975, pág. 1.525

¹⁷² AUTORINO STANZIONE, G., *Diritto di familia*. G. Giappichelli. Editore Torino 1997, p. 280.

¹⁷³ MARIANO AGUILAR BENITEZ DE LUGO, El ATC 127/1986, de 12 de febrero, señala la “amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia, teniendo en cuenta” como criterio básico y preferente el interés de los hijos” (Estudios del Ministerio de Justicia. Boletín de información núm. 1766 de 15 de enero de 1996)

¹⁷⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, cit., págs 164-165.

Vid. DIEZ-PICAZO: “El principio de protección integral de los hijos, tout pour l’enfant” en la *Tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, págs. 127 y ss. Incide en que “el interés del menor” es un concepto jurídico con un amplio “halo de indeterminación”. Para precisarlo el juzgador debe atender a la edad, las condiciones económicas y las relaciones afectivas del menor. Unas y otras habrán de ser evaluadas y recurrirse a los usos sociales generalizados sobre lo que se considera más beneficioso”.

IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial..*, cit., págs. 65-66, señala que en términos un tanto abstractos “el concepto de “interés del menor” lejos de cualquier arbitrio o capricho del mismo, estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección hacia el futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal...”.

VARELA GARCÍA, C., “Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica

ordenamientos anglosajones tanto en el británico como en los de Estados Unidos de Norteamérica donde sus modernas leyes (*Acts y Statutory Law*), y en su jurisprudencia se manejan criterios explícitos y se hacen precisiones sobre el *child's best interest* que sorprenden un tanto al jurista español”.

Así, en el Derecho inglés los criterios “que reflejarían lo que la sociedad considera como los factores más importantes del interés de los niños” son, entre otros (*Section 1 [3] de Children Act 1989*): a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento), b) sus necesidades físicas, educativas y emocionales, c) Su edad, sexo, ambiente, y cualquier otra característica suya que el tribunal considere relevante, e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo...¹⁷⁵.

Sin embargo, dichas reglas también han sido cuestionadas alegando que son *standards inapropiados*¹⁷⁶.

Llegados a este punto, y admitiendo que sólo la casuística puede perfilar el concepto indeterminado del “interés del menor”, mi opinión sobre el particular es la siguiente¹⁷⁷:

1º La noción del interés del menor –partiendo de su carácter abstracto y genérico– debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989 (derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario al interés del menor; derecho a la identidad biológica, derecho del niño impedido física o mentalmente a recibir cuidados especiales...)¹⁷⁸

del menor: principios programáticos y normas de conflicto”, *AC*, nº 12, marzo 1997, pág. 264: “Para su determinación podría citarse: la realidad social, las exigencias del bien común, los derechos individuales y colectivos y la condición peculiar del niño o adolescente como persona humana en proceso de desarrollo”.

BORRAS RODRÍGUEZ, A., *Revista jurídica de Cataluña*, 1994, pág. 92: “es el interés del menor un concepto jurídico abstracto, indeterminado, cuya concreción supone un margen de discrecionalidad de apreciación judicial que, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, aconseja la adopción de soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas”.

¹⁷⁵ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ob.cit.*, págs. 165-166.

¹⁷⁶ BROMLEY, P.M. y LOWE, N.V., *Family Law*, 7ª ed., Londres, 1987, págs. 322 y ss.

¹⁷⁷ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Ed. Montecorvo, 2001, págs. 54-67.

¹⁷⁸ STANZIONE, P.: “Interesse del minore e statuto dei suoi diritti”, *Studi in memoria de Gino Gorla, Tomo II*, Guiffré editore, 1994, pág. 1767 señala: “L’apprrezzamento dell’interesse del minore dev’essere lasciato alla valutazione casistica delle circostanze presenti nell’ipotesi concreta, sì da individuare di volta

Se trata de que l'notion magique (CARBONNIER) del "interés del menor" ("tout pour l'enfant", "child's best interest", "interesse del minore") se materialice tomando como guía el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce al niño el Derecho Internacional.

2º En todo caso, aunque la valoración judicial del "interés del menor" sea discrecional ello no justifica resoluciones arbitrarias.

La discrecionalidad del juzgador debe tener como límite a) la racionalidad en la apreciación de los hechos¹⁷⁹; b) Evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual (son

in volta l'effettiva tensione di sviluppo. E mi sembra che sia la strada imboccata da tempo dalla giurisprudenza italiana.

Aumentano quindi le perplessità nei confronti della definizione di cui all'art. 5 dis. legge e da un duplice punto di vista. Innanzitutto, l'interesse del minore fuoriesce sicuramente dall'ambito in cui l'identificazione con la sola relazione parentale vuole restringerlo. Il rilievo è tanto più fondato in quanto si consideri che è lo stesso disegno di legge a prevedere specifici e interessanti ambiti di tutela per il minore, anche sulla scorta delle disposizioni della Convenzione di New York: si pensi all'interno titolo II, dal diritto alla salute specialmente con riferimento ai servizi socio-sanitari obbligatori, dal diritto alla formazione culturale e professionale con i richiami ai doveri delle istituzioni scolastiche, dal diritto all'educazione fisica ai rapporti con i mezzi di comunicazione, dove è contenuto (art. 13.1) un espresso riconoscimento della riservatezza del minore. E alla fin fine, la pretesa definizione in positivo dell'interesse del minore si risolve anch'essa —sia pure nei limiti appena denunciati— in una clausola generale, l'unica a consentire flessibilità e necessario adattamento ad una personalità in formazione com'è quella del minore”.

¹⁷⁹ **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998.**

PATRIA POTESTAD: privación: procedencia: incumplimiento grave por el padre de los deberes legales: interés del menor.

Disposiciones estudiadas: CC, art. 170.

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña María José M.E. contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, confirmando la dictada por el Juzgado de 1ª. Instancia núm. 6 de dicha capital, recaída en los autos del juicio de menor cuantía seguidos contra dos Angel Fermín M.B., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En septiembre de 1992, doña María José M. E. presentó demanda en solicitud de que se privase a don Angel-Fermín M. B. de la patria potestad sobre Vanessa M. M., hija extramatrimonial de ambos, basando su petición en el incumplimiento por el demandado de los deberes inherentes a dicha patria potestad, que permite tal privación conforme al artículo 170 del Código Civil; el Juzgado acogió íntegramente la demanda, pero la Audiencia, declarando haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por el demandado, le privó sólo parcialmente de la patria potestad de su hija Vanessa, confiando la guarda y custodia de la misma, así como su educación, a la madre doña María José M. E., que es quien recurre en casación. Para llegar al fallo, señala la Audiencia que la patria potestad «es institución que en el derecho actual se inspira y así lo proclama principalmente el párrafo segundo del artículo 154 del Código Civil, en el bien del hijo que aparece como determinante», pero después de tan cierta afirmación recoge sólo, como base fáctica y valoración jurídica, que «el padre ha incumplido sus deberes legales, pero es de tener en cuenta que cesó la convivencia de los padres no casados unos meses después del nacimiento de la hija en agosto de 1988; y que en beneficio de ésta, no resulta procedente la privación total de la patria potestad del padre, que ha satisfecho alimentos en algunas épocas», terminando aquí toda su fundamentación.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se formula al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia como infringido el artículo 170 del Código Civil, en cuanto establece que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, quedando clara la dejación por parte del padre de dichos deberes, pues jamás se preocupó o veló por la situación de la niña y desde su

nacimiento en 1988 hasta 1991 no satisfizo cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por sentencias de Tribunales. Es cierto que a continuación de cuanto queda expuesto el recurso analiza la prueba de confesión, extremo que viene vedado en casación, al no ser una tercera instancia, y que tampoco se alega como infringido precepto legal valorativo de tal prueba; también lo es que jurisprudencia pasada, sobre todo la muy antigua, tiene establecido que **la amplitud del contenido del precepto (incumplimiento de los deberes de la patria potestad) y la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación que, como tal, tiene, igualmente, difícil acceso a la casación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento**, lo que, sin duda, obligaba a la Sala de instancia a razonar al respecto, cosa que no hace, pues se limita a afirmar que el interés de la niña «es privar parcialmente de la patria potestad al padre y confiar la guarda y custodia a la madre», pero después de dejar sentado que «el padre ha incumplido sus deberes legales» y que «ha satisfecho alimentos en algunas épocas». Surge así de la propia resultancia probatoria que contempla la sentencia recurrida la duda, racional y lógica, de si existe una inadecuada valoración de la prueba, pues parece justificar o centrar la no privación de la patria potestad y el interés de la niña en que «el padre ha satisfecho alimentos en algunas épocas», como si el privarle totalmente de dicho derecho-deber, concebido como función, justificase el no pago de pensión en el futuro, lo que en modo alguno ocurre y se puede afirmar teniendo en cuenta que, según el artículo 110, el deber de prestar alimentos subsiste y que la recuperación de la patria potestad, cuando se ha privado de ella, sólo puede acordarse «cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación» (artículo 170, p. 2.º), lo que implica mayor seguridad para el cumplimiento si se priva al progenitor de la patria potestad, dado que, si realmente tiene interés en cumplir sus deberes para con la niña, cumplirá y, de no ser así, parece ajustarse al interés de ésta que no ostente la tan aludida patria potestad. Todo cuanto antecede obliga a acoger el motivo, para que esta Sala, una vez recuperada competencia para actuar como si lo fuese de instancia, dados los intereses en juego, pueda examinar directamente las actuaciones. Cumplido cuanto se apunta en el párrafo anterior, procede confirmar la sentencia del Juzgado de Familia, que privó de la patria potestad a don Angel Fermín M. B., previa consignación de que «desde el día 31 de agosto de 1988, en que nació la menor, los únicos deberes que ha probado el señor M. haber cumplido respecto a su hija son el pago de algunas mensualidades de pensión de junio de 1991 a mayo de 1992, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente alimentos para su hija. Tampoco es cierto a tenor de la prueba testifical y aún de su misma confesión, que la madre le haya impedido ocuparse de la hija y visitarla, llegando a manifestar el demandado en su confesión (posiciones 6 y 7) que carece de interés en tratar a la hija, y llegó a proponer a la señora M. renunciar a la patria potestad a cambio de que se le eximiera de pagar la pensión de alimentos, por lo que procede estimar la demanda», conclusiones a las que llega igualmente esta Sala, que considera grave el incumplimiento especificado, que no impide ni el control previsto en el artículo 158 del propio Texto Legal, reiterado en la Ley de Protección Jurídica del Menor, Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero (RCL 1996,145), ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil ya citado, que, sin duda, trasciende a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones constitucionales contenidas en su artículo 39 (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875): «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos... » y «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda», de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (artículo 170, párrafo segundo, del Código Civil).

Finalmente, el examen del informe del Equipo Psicosocial del Juzgado de Familia aconseja igualmente la privación de la patria potestad, pues que, como pone de relieve, el señor Murcia nunca ejerció su derecho de visitas, que no reclama hasta que la señora M. inicia el pleito para privarle de la patria potestad, de manera que cabe deducir que trata de perturbar la normal y pacífica convivencia de la señora M. con otro varón y las dos hijas (una de un matrimonio anterior), considerando Vanessa a tal varón como su padre, al no tener conocimiento ni conservar memoria de éste.

TERCERO.- Al haber lugar al recurso, cada parte satisfará sus costas en el mismo y no ha lugar a pronunciamiento sobre depósito, no constituido por ser disconformes las sentencias de instancia; en cuanto a las del Juzgado, se imponen a don Angel Fermín M. B., aunque ha de tenerse en cuenta que litiga con el beneficio de justicia gratuita; y respecto a las de la apelación, no se hace pronunciamiento alguno.

Audiencia Provincial de Murcia. Sentencia de 18 de enero 2000.

“SEGUNDO.- Por lo que respecta a la privación de la patria potestad, esta Sala tiene establecido en sentencias, entre otras de 25 de enero y 20 de septiembre de 1995, y como ya esta Audiencia Provincial expuso en su sentencia de 24 enero 1990 de la Sección 3ª, que “la patria potestad, definida como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de los deberes que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, debe considerarse como una institución establecida en beneficio e interés de los hijos, por lo que, en consecuencia, la privación total o parcial que, en su caso, pudiera acordarse, ha de revestir un carácter de indudable contenido excepcional y por ello ha de hallarse basada en causas graves y muy justificadas y, en definitiva, ha de revelarse en la existencia de una conducta en las relaciones paternofiliales gravemente perjudicial para los hijos, **por cuanto la privación de la patria potestad no tiene, en modo alguno, el significado de censura o sanción a una conducta, sino únicamente el de protección de los hijos; de ahí, por tanto, que dicha medida excepcional siempre, deba ser contemplada en todo momento en función del denominado “favor filii”, que a tenor de todo lo expuesto constituye el fundamento y fin esencial de esta institución,** y, en consecuencia, su privación ha de valorarse con criterios de índole restrictivo en aras de amparar y preservar el tan repetido beneficio e interés de los hijos.

TERCERO.- La aplicación de tal doctrina al caso controvertido nos lleva a estimar el recurso, pues el padre se ha desentendido totalmente de su hija desde la separación en el año 1992, cuando la niña contaba con apenas dos años de edad, sin que se haya reanudado siquiera el contacto personal y directo desde esas fechas, encontrándose el padre durante ese tiempo sometido a tratamientos de desintoxicación alcohólica, que abandona, o internado en hospitales psiquiátricos (folios 5 a 8 y 66 y 77), y sin que nunca haya contribuido al sostenimiento económico de su hija, pese a constar que en determinados momentos ha estado trabajando por cuenta ajena, según consta en el informe de vida laboral remitido por la Tesorería General de la Seguridad Social (folios 67 a 71). Se da un total abandono material y moral de las obligaciones del padre para con su hija, lo que permite concluir que estamos ante un supuesto que autoriza la privación de la patria potestad, no sólo por el reiterado y continuo incumplimiento por parte del padre de sus obligaciones para con su hija, sino porque ésta no conoce a su padre, al que hace ocho años que no ve, considerando esta Sala que el mantenimiento de la titularidad de la patria potestad a favor del padre sólo puede ocasionar perjuicios a la hija, que puede en base a esa titularidad formal de derecho ver interferidos sus intereses personales por la intervención de quien nunca ha acreditado un mínimo interés por ella”.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de abril de 2000.

FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO:

“**La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden,** como proclama el art. 39.2 y 3 CE (Constitución Española): de tal manera que todas **las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño,** como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 Nov. 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente **L 1/1996, de 15 Ene., sobre protección jurídica del menor (art. 2).**

Con **la privación a los progenitores de la patria potestad** sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal puede resultar tipificada y sancionada), sino que con ello **lo que se trata es de defender los intereses del menor,** de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses.”

besoin de paix de tranquillité c'est son equilibre psiquique qu'el faut metre au premier rang...) y material del menor¹⁸⁰; y c) La protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional.

¹⁸⁰ **Audiencia Provincial de Sevilla. Sentencia 3 febrero 2000.**

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO.

“...y en todo caso porque la situación de bonanza en la nueva familia acogedora no es razón suficiente para la adopción de una decisión, incluso si tal bonanza no lo es sólo material sino también afectiva y social porque toda la normativa de protección al menor destaca la necesidad de procurar la reinserción con la familia original, **por lo que el “hallazgo” de una familia ideal no tiene por qué contraponerse a la posibilidad de reinserción en su familia original, pues es sabido que el grado de bienestar material y afectivo no se da en todas las familias por igual hacia sus hijos y no por ello se piensa en promover mutaciones familiares en aras de colocar a los hijos en la que sea posible alcanzar para el menor una situación poco menos que idílica; el interés del menor no consiste pues en procurarle, “encontrarle” el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas, sino en su mantenimiento en el núcleo familiar de pertenencia por razón de nacimiento que es el naturalmente llamado a proporcionar los mayores lazos afectivos y donde naturalmente ha de desarrollarse con mayor potencialidad su personalidad, por lo que es esto lo que habrá de analizarse y ponderarse, no marginarse y olvidarlo en aras de la buena asistencia material y afectiva de la familia acogedora que siempre se ha de presumir dada la provisionalidad de tal acogimiento”.**