

Por:
Maricela Gonzales
Pérez de Castro*
Ana Sophía Delgado
Martínez**

DERECHO DEL ADOPTADO AL CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS: ¿CUÁLES SON SUS LÍMITES? UNA MIRADA A LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

Resumen

Sobre el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos existe cierta discusión. Por un lado, se puede hablar de un derecho fundamental incondicionado de acceder a la verdadera filiación, por el hecho de conocer; por otro lado, de un derecho que, al no ser absoluto, puede ceder frente a otros intereses también legítimos y dignos de protección. En este orden de ideas, el anonimato materno figura que viene siendo contemplada por muchos ordenamientos jurídicos europeos, se presenta como un límite de tal derecho. En virtud de este, se pretende salvaguardar la identidad de los padres biológicos y, sobre todo, la vida de los recién nacidos.

Abstract

There is some discussion about the right of the adoptee to know her/his biological origins. On the one hand, one can speak of an unconditioned fundamental right to have access to true parentage, by the fact of knowing; on the other hand, of a right that, since it is not absolute, can be assigned to other interests that are also legitimate and worthy of protection. In these order of ideas, maternal anonymity, it has been contemplated by many European legal systems, is presented as a limit of such right. By virtue of this, it is intended to safeguard the identity of the biological parents and, above all, the life of the newborns.

Palabras clave: derecho a conocer los orígenes biológicos, derecho a la identidad, anonimato materno, adopción, filiación.

Keywords: right to know biological origins, right to identity, maternal anonymity, adoption, filiation.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo (Asturias, España). Profesora a tiempo completo de Derecho Civil de la Universidad de Piura. Correo electrónico: maricela.gonzales@udep.edu.pe

** Licenciada en Derecho por la Universidad de Piura. Asistente de cátedra de Derecho Civil a tiempo completo de la Universidad de Piura. Correo electrónico: ana.delgado@udep.edu.pe

Recibido: 11 de diciembre del 2020

Aceptado: 5 de febrero del 2021

Sumario

I. Introducción. II. Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos. III. Anonimato materno y *favor filii* como límites al derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos. IV. El caso Odievre: sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 13 de febrero del 2003. V. El caso español: sentencia del Tribunal Supremo de 21 de setiembre de 1999. 1. *El derecho del adoptado al conocimiento de los orígenes pre-adoptivos*. 2. *La sentencia del Tribunal Supremo*. VI. Derecho a conocer los orígenes biológicos y su regulación en el Perú: a propósito de las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La adopción determina la filiación excluyendo totalmente el elemento biológico. Se basa, exclusivamente, en el principio del interés superior del menor (cfr. artículo 4 de la Constitución, artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño). La institución de la adopción, partiendo de la importancia de la familia, ha sido desarrollada para solucionar el problema social de los niños en desamparo.

Por ello, se dice que, en un plano fáctico, la filiación natural y adoptiva suelen ser complementarias. Esta última viene a paliar las deficiencias planteadas en determinados supuestos por la primera. Por lo tanto, la adopción trae consigo un efecto positivo, en tanto integra al adoptado en la familia del adoptante, pero también un efecto negativo, ya que implica una desvinculación con los progenitores biológicos.

Una alternativa a la adopción, en la que los vínculos biológicos se mantienen, es el acogimiento familiar. Esta figura ha sido recogida recientemente por el ordenamiento peruano¹. Es una medida de protección, temporal o permanente,

1 La legislación ha sufrido modificaciones al respecto. Así, en un primer momento, en el 2000, el Código de los Niños y Adolescentes recogió la figura de la colocación familiar, la que en el 2014 fue modificada por la Ley N.º 30162, regulándose de este modo la figura del

a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de desprotección familiar. Esto es, que quienes están a su cargo incumplan o cumplan de manera inadecuada con sus deberes de cuidado y protección para con los menores y que afecte su desarrollo integral. A ellos se les proporciona una familia para que les cuide y asegure su bienestar, mientras se trabaja en la eliminación de la situación en la que se encontraban previamente.

El adoptado, a diferencia del niño que es protegido mediante el acogimiento familiar, ya no ostenta derechos en relación con sus progenitores, entre los que se encuentran los derechos sucesorios (cfr. artículo 377 del Código Civil).

Por último, es importante destacar que, si bien la adopción excluye el elemento biológico en la determinación de la filiación, al igual que las técnicas de fecundación artificial, ambas instituciones responden a fundamentos e intereses diferentes (González y Delgado, 2020). En la primera se confiere un estado de filiación a una persona ya existente. En la segunda, la persona a la que el acto negocial se refiere, todavía no existe —se habla de un *concepturus*— y es generada para ser hijo del autor del acto. Además, la finalidad de la adopción es dar mejor protección a los menores, mientras que la finalidad de las técnicas de reproducción asistida es satisfacer legalmente el deseo y la voluntad de querer ser padre (González, 2013, p. 228).

II. DERECHO DEL ADOPTADO AL CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Todas las personas, incluidas, desde luego, los adoptados y nacidos por medio de reproducción asistida, tienen el derecho a conocer sus orígenes biológicos. Este derecho forma parte del derecho fundamental a la identidad personal, es decir, de “todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”. Este derecho, implica dos aspectos o dimensiones: uno “estático” y otro “dinámico” (Fernández, 1992, pp. 113 y 114).

acogimiento familiar, institución que aún sigue vigente y cuya regulación, hoy en día, está bajo el Decreto Legislativo N.º 1297, que derogó la ley anterior, en el 2016.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

La “dimensión estática”, que es constante en el tiempo, permite que las personas se diferencien externamente entre sí, por una serie de signos visibles en el mundo exterior (imagen, características físicas, nombre, datos de nacimiento, identificación, sexo, filiación, patrimonio genético, nacionalidad). La “dimensión dinámica”, por su lado, es variable en el tiempo. Está constituida por el conjunto de atributos y características (intelectuales, morales, culturales, religiosas, políticas, profesionales, etc.) que posibilitan distinguir a un individuo de otros dentro de la sociedad. El conocimiento de los orígenes biológicos, en ese sentido, forma parte del primer aspecto o dimensión.

Al iniciar este apartado, al hacerse mención a que las personas adoptadas son titulares de este derecho, se pretende enfatizar que el derecho no puede tratarlos de modo discriminatorio. En otros términos, no puede negárseles su pasado, impidiéndoles “unir su calidad de mortal a su nacimiento, como si sus cuerpos hubiesen perdido su realidad”, dejándolas solas en un espacio en blanco de su propia historia conscientemente creado por otros (Théry, 2009, pp. 38 y 39).

Cabe precisar que el derecho en cuestión se entiende como un acceso al conocimiento de la verdadera filiación por el mero hecho de conocer. Claro está, no implica alterar la filiación adoptiva, ni los derechos y deberes que esta lleva consigo, ni lograr la determinación de la filiación por naturaleza (González, 2013, p. 229). Ello debido a que la investigación de la paternidad y el descubrimiento de la verdad biológica aparecen vinculados estrechamente a los procesos de filiación y, fuera de ellos, no es posible ejercer esta investigación.

En consecuencia, un derecho del adoptado a conocer su filiación de origen, por el mero hecho de conocer, no encuentra cabida en de las acciones de estado, sino que se plantea como una acción independiente, ya que no pretende ni determinar, ni impugnar ninguna filiación, sino únicamente conocer la identidad de los progenitores biológicos.

Ahora bien, el desconocimiento de los adoptados de su origen biológico parte del hecho de que diversos ordenamientos permiten que los propios padres

biológicos soliciten que se reserve sus identidades en el proceso de adopción². Además, porque otros países, como una excepción a la regla *mater semper certa est*, regulan el anonimato materno desde el mismo momento del nacimiento del menor e impiden la determinación de la maternidad y el conocimiento de la identidad de la madre y, por ende, la del padre. Por ello, desde hace algunos años, se ha planteado un interesante debate en torno a los límites del derecho del adoptado a conocer su origen biológico³.

Así, resulta de interés mencionar la experiencia europea. Por ejemplo, en España la polémica surgió a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de setiembre de 1999 y, sobre todo, tras el famoso caso Odièvre. Controversia que se acentuó tras la aprobación del Libro II del Código Civil Catalán, en el que uno de sus artículos establece la obligación de los padres adoptivos de comunicar al hijo adoptado, tan pronto este tenga la madurez necesaria, y, en todo caso, cuando haya cumplido 12 años de edad, el origen de su filiación.

III. ANONIMATO MATERNO Y FAVOR FILII COMO LÍMITES AL DERECHO DEL ADOPTADO A ACCEDER A SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

En el ordenamiento francés, objeto de examen por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Odièvre, la maternidad no se establece directa

2 El derecho anglosajón observa una tendencia a configurar la adopción de forma más abierta, que le hace muy diferente del resto de sistemas de adopción existentes en Europa. Esto se manifiesta, por un lado, en la posibilidad de derogar la regla de la confidencialidad con el consentimiento de los interesados. Por otro, especialmente en el sistema americano, que presenta una serie de caracteres al considerarse el proceso adoptivo parcialmente privado. De esta forma, se constituye un acuerdo entre la familia, o la madre biológica, y la adoptiva (*cooperative adoption*) en el que se fijan las condiciones de las adopciones, posibilitando el contacto entre ambas familias, tanto en el momento anterior a la adopción como en etapas posteriores. Esta forma de colaboración supone que el hijo sabe que ha sido adoptado y la identidad de sus padres biológicos. Sobre la adopción en el derecho anglosajón me remito a Garriga (2000, pp. 191-210).

3 Ya propugnan voces que extienden este derecho a los hijos nacidos mediante técnicas de fecundación asistida. Así se decantan, Aguilar, L. (2006). El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia. *Actualidad Civil*, (6), 671 y ss. y Pulido, M. (2005). ¿El fin de la filiación anónima? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (2), p. 2.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

ni automáticamente. En la inscripción del nacimiento, no es obligatorio indicar el nombre de la madre (cfr. artículos 56 y 311.25 del Código Civil francés). El encargado del registro tampoco tiene obligación de investigar de oficio estos datos. Es decir, en el supuesto en el que no se indique el nombre de los progenitores, el recién nacido es inscrito en el registro de nacimiento como nacido de padres desconocidos (González, 2013, p. 229).

A lo anterior se une la mencionada tradición jurídica francesa del secreto de la maternidad (cfr. artículo 326 del Código Civil francés) (Rubio, 2003, p. 3). Esta figura se regula con el objetivo de proteger la vida del hijo por nacer —evitando abortos, infanticidios, abandonos indiscriminados que pongan en peligro la vida del niño— y facilitar la adopción. Para lograr este fin se otorga a las madres la opción de dar a luz ocultando su identidad, debiendo entregar al recién nacido a las instituciones públicas para su posterior adopción⁴. Ello da origen al secreto de la maternidad⁵ y a la imposibilidad de que el adoptado acceda al conocimiento de la identidad de su madre y, por este conducto, a la paternidad biológica —ya que el anonimato materno implica la imposibilidad de que el padre pueda reconocer su paternidad— y a la de otros parientes carnales.

La petición que hace la madre del secreto de su identidad es expresa y precisa, de tal forma que los servicios médicos que la atendieron en el parto no pueden dar datos de la identidad de la primera, ni aunque se ejercite una acción de reclamación de la maternidad. No obstante, la Ley 2002-93, del 22 de enero del 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado, sin cuestionar el principio del parto secreto en Francia, permite el levantamiento del secreto de la maternidad y facilita la posibilidad de desvelar la identidad de madre e hijo, siempre que concurren ciertos presupuestos: una petición expresa y el consentimiento de ambos (González, 2013, pp. 229 y 230).

4 El origen del parto anónimo parece hallarse en el “torno” que en la Edad Media se instalaba en la parte exterior de los orfanatos. Este sistema se extendió rápidamente en los países y sistemas jurídicos de influencia romana. Por otro lado, algunos sitúan el origen de esos tornos en los hospicios, a partir de un edicto de Enrique de Francia, en 1566, castigando los infanticidios, y la creación, por San Vicente de Paul, de los *Enfants trouvés*, en 1638, con objeto de facilitar el abandono de los recién nacidos y evitar los abortos e infanticidios.

5 Debe aclararse que el derecho francés no prevé que el parto pueda ser anónimo, sino que garantiza su secreto. El anonimato es ausencia de información y el secreto es la protección de información conocida.

Con esta finalidad, se creó el Consejo Nacional para la Búsqueda de Orígenes Personales, que registra la voluntad de los padres, conserva las informaciones y lleva a cabo los trabajos de mediación. A este organismo debe dirigirse el adoptado que investiga sus propios orígenes, que se pondrá en contacto con los padres que le dieron en adopción, para, eventualmente, desvelar el secreto, cuya revelación es siempre voluntaria (Grimaldi, 2010, pp. 172 y 173). Si la madre se opone, el hijo no podrá conocer la identidad de sus ascendientes. Si se accede al descubrimiento de los orígenes, ello no produce ningún efecto sobre el estado civil ni sobre la filiación. No nacen derechos ni obligaciones en beneficio o en carga de nadie (cfr. artículo 147-7 del Código de la Acción Social y la Familia).

Puede decirse que, en Francia, el derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos es un derecho excepcional y legal.

Ahora bien, el sistema antes descrito no es exclusivo del ordenamiento francés. Italia, España y Luxemburgo tampoco recogen la determinación automática de la filiación materna no matrimonial y limitan el derecho del adoptado al conocimiento de sus padres biológicos.

En Italia, la Ley 149/2001, de 28 de marzo⁶, introdujo una norma que posibilita al adoptado, en determinados supuestos, el acceso a la información de sus orígenes preadoptivos. Esta cuestión descansa en tres ideas fundamentales: a) el principio general del secreto en la adopción; b) la información al menor sobre su familia adoptiva corresponde a los padres adoptivos⁷; y c) la información

6 En líneas generales, esta ley consagra en Italia el modelo tradicional de adopción fundada en el matrimonio, vigente en ese país desde hace varias décadas. Asimismo, el secreto del verdadero origen del adoptado y la ruptura del vínculo con su familia biológica aparece como un instrumento de tutela del interés del menor y de su nueva familia, de cara a evitar abortos e infanticidios. Por otra parte, se toma en cuenta que una injerencia de los verdaderos padres pueda alterar el clima de seguridad y unidad construido en torno al niño. Interés que el legislador italiano decide proteger, incluso sobre la legítima aspiración del adoptado a conocer la identidad de sus progenitores. Además, en esta línea del *favor filii*, la ley regula varias medidas destinadas a dar mayor protagonismo al niño en el proceso adoptivo.

7 El artículo 28 de la Ley 149/2001 establece el deber de los padres de informar al hijo adoptado de su condición, en el momento y forma que ellos estimen oportuno. No obstante, la ley no dispone de ninguna sanción ante el incumplimiento de esta obligación, por lo

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

sobre la identidad de la familia biológica, una vez el adoptado conozca el verdadero origen de su filiación, y en determinados casos. Para este fin, la ley citada establece unos casos excepcionales y graduales que permiten al adoptado acceder a la información sobre sus orígenes biológicos, sin que ello implique la reanudación de las relaciones personales y, siempre que la madre natural, en el momento del nacimiento, no hubiera declarado permanecer en el anonimato (González, 2013, p. 231).

En resumen, el ordenamiento italiano reconoce tres niveles de tutela:

1. Se permite un libre acceso del adoptado a la información sobre su origen biológico si se presentan algunas de las siguientes situaciones: a) se encuentra en juego el derecho constitucional a la salud del adoptado; b) el adoptado alcanza la edad de 25 años y desea acceder a sus orígenes de sangre; o c) existen especiales circunstancias en la familia del adoptado.
2. Supuestos condicionados a motivos suficientes. Si el adoptado es menor de edad y no existe un motivo de urgencia por estar afectado su derecho a la salud, los padres adoptivos, en representación del menor, podrán solicitar acceder a la información de los orígenes biológicos de su hijo adoptivo, previa autorización judicial y siempre que aleguen graves y probados motivos.

Si el adoptado es mayor de edad, pero menor de 25 años, podrá solicitar al Tribunal de menores la autorización para acceder a la información sobre sus orígenes, siempre que existan graves y comprobados motivos para su salud psicofísica (deberá acreditar su sufrimiento psíquico por no poder conocer la identidad de su familia biológica). El Tribunal decidirá si procede o no la autorización, valorando el impacto que el conocimiento de los progenitores biológicos puede ocasionar en el equilibrio psicológico del adoptado. Es decir, nuevamente, la tutela al derecho constitucional de la salud parece ser la razón justificadora de la decisión del Tribunal.

que, más que un deber jurídico, constituye una mera recomendación a los nuevos padres, a manera de una obligación moral.

3. Se contempla un derecho de veto a favor de la familia biológica cuando la madre solicita el anonimato de su identidad, sea a través del parto anónimo o en la inscripción del nacimiento, y siempre que no se haya sometido a las técnicas de reproducción asistida. En este último caso, está prohibido el anonimato materno por Ley 4/2004, de 19 de febrero⁸. Es decir, en los casos de anonimato materno, surge la imposibilidad natural, más que jurídica, de dar noticias al adoptado sobre su familia de origen, dada la ausencia de datos registrales. Solo se conserva una conexión entre el parte médico y la historia clínica de la madre con la finalidad de excepcionar el anonimato en aquellos casos en que la salud del adoptado lo requiera⁹ (González, 2013, pp. 231 y 232).

En consecuencia, puede deducirse que en Italia no existe el derecho del adoptado a conocer orígenes biológicos propiamente dicho. Solo se permite si el *favor filii* lo exige y bajo la perspectiva de un análisis *ad casum*.

Podría decirse que los límites del derecho del adoptado a conocer su origen biológico, basados en el *favor filii*, resulta ser conveniente para el que busca conocer sus orígenes preadoptivos. Así lo demuestra el caso de un joven español (zaragozano) adoptado que, en busca de sus orígenes biológicos, rastreó en el Registro Civil, encontrando la información que necesitaba. Conocer a su verdadera madre le provocó muchos problemas psicológicos, como él mismo expresa: “Cuando volví a mi casa empecé a estar mal. No dejaba de llorar [...] no me he portado bien con ella, pero yo es que he tenido problemas psicológicos. Decirles a dos personas mamá es muy difícil. Y por curarme yo, no me he ocupado de ella (refiriéndose a su madre biológica que sufría una distrofia muscular en estado avanzado y deseaba que la dejen morir)”¹⁰.

8 El legislador entiende que resulta contradictorio que la madre, luego de consentir expresamente la técnica de fecundación artificial, se declare después recia a reconocer a la criatura engendrada.

9 A diferencia del ordenamiento francés, en el cual, además de esta información, sí se conservan los datos relacionado a la identidad de la madre.

10 Noticia extraída del diario *El País*, de 24 de octubre del 2006.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

Por último, también pueden existir factores, no fundamentados en el *favor filii*, que limiten este derecho. Un claro ejemplo se encuentra en Reino Unido, en el caso *R. v Registrar General, ex parte Smith*.

El Tribunal de Apelaciones denegó a Charlie Smith, un perturbado mental con antecedentes penales por doble asesinato ingresado en un hospital de alta seguridad, conocer la identidad de su madre biológica, a quien hacía responsable de sus problemas.

La sentencia argumentó que el derecho a conocer esta información no era absoluto y que podía ser denegado por razones de orden público. La denegación *ad casum* respondía al temor de que Charlie intentara agredir a su madre.

IV. EL CASO ODIÈVRE: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 13 DE FEBRERO DEL 2003

Pascale Odièvre nació en 1965 en París. Su madre pidió el secreto de su identidad en el momento del parto, abandonándola ante los servicios de asistencia pública. Pascale estuvo durante cuatro años en una familia de acogida y fue adoptada en enero de 1969 por el Sr. y la Sra. Odièvre. Habiendo obtenido constancia de sus orígenes a finales de 1990, tuvo noticias no identificativas sobre su familia biológica que constaban en el expediente. En enero de 1998, presentó una demanda ante el Tribunal de Gran Instancia de París solicitando el levantamiento del secreto de su nacimiento y se le autorizara el acceso a toda la documentación relativa a su identidad, añadiendo que tenía conocimiento de que sus padres habían tenido otros 3 hijos (Durán, 2004, pp. 23 y 24).

Agotados los recursos de la legislación francesa, instó demanda ante el Tribunal de Estrasburgo contra el Estado francés, de fecha 1 de noviembre de 1998. Alegó que el secreto de su nacimiento le imposibilitaba conocer sus orígenes preadoptivos (datos identificativos de su familia natural) y aspirar a la herencia de la madre biológica, lo que constituía una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8, y una discriminación, proscrita por el artículo 14 del convenio.

El Tribunal, con diez votos favorables (alguno con matices) y siete en contra, declaró que no existía vulneración de estos derechos. Entiende que la vida familiar, en el sentido del artículo 8.1 del convenio, implica la existencia previa de estrechas relaciones personales, además de la paternidad, y que la relación de familia depende de circunstancias particulares de cada caso, entre las que la convivencia no es más que una de ellas.

Por tanto, dado que la demandante no pretendió cuestionar su filiación adoptiva, sino conocer las circunstancias de su nacimiento y de su abandono, así como la identidad de sus padres y de sus hermanos, el Tribunal sostiene que el caso no debe ser analizado desde el punto de vista de la vida familiar, sino desde la vida privada. A su juicio, este último incluye aspectos importantes de la identidad de cada persona y permite la plenitud personal y el desarrollo de relaciones con los semejantes y con el mundo exterior.

Es decir, hace derivar el derecho a conocer la ascendencia de una interpretación bastante amplia del derecho a la vida privada (cfr., además, las SSTEDH de 7 de febrero y 24 de setiembre del 2002, 22 de enero del 2008 y 6 de julio y 21 de setiembre del 2010). No obstante, precisa que el artículo 8 se aplica no solo al hijo, sino también a la madre.

Establece que, de un lado, se encuentra el derecho de la hija (ya adulta) a conocer el propio origen y, de otro, el interés de una mujer a conservar el anonimato para proteger su salud, al dar a luz en condiciones médicas apropiadas. Añade que también se encuentra presente el derecho a la vida privada de otras personas (padre biológico, hermanos) y el interés general del Gobierno francés de proteger la vida del *nasciturus*, del hijo por nacer, para evitar infanticidios y abandonos salvajes.

Determinados los intereses enfrentados, el Tribunal sostiene que el derecho al respeto de la vida privada no es ajeno a los fines que busca el sistema francés y que las medidas propias para garantizar el cumplimiento del artículo 8 de la convención en las relaciones interindividuales deriva del margen de apreciación de los Estados contratantes.

Por tanto, resultaban lícitos los fines del Estado francés de proteger, a través del parto secreto, la vida del niño y la situación de las madres desamparadas

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

para disminuir así el número de abortos legales y clandestinos y los abandonos. Además, resalta que el legislador francés ha instaurado un sistema que facilita al adoptado el conocimiento de sus orígenes biológicos con la posibilidad de la reversibilidad del secreto de la maternidad, si la madre así lo consiente. En consecuencia, el Tribunal considera que se han conciliado equitativamente los intereses en juego.

Por consiguiente, Francia no ha sobrepasado el margen de apreciación que debe ser reconocido en razón del carácter complejo y delicado de la cuestión del secreto del origen respecto del derecho de cada uno a su historia, de la opción de los padres biológicos, del lazo familiar y de los padres adoptivos.

En cuanto al derecho de igualdad, el Tribunal también rechaza la argumentación de la actora. Considera que esta tiene determinada la filiación en relación con sus padres adoptivos, respecto de los cuales tiene los mismos derechos hereditarios y que, en relación con la madre biológica, la situación de la demandante es diferente respecto de los hijos cuya filiación está determinada.

En síntesis, en el caso *Odièvre*, el Tribunal de Estrasburgo ha juzgado la adecuación del anonimato materno al Convenio de Roma, lo que ha incidido enormemente en la existencia del derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos y sus límites.

En esta dirección, el Tribunal de Estrasburgo declara que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ampara un derecho incondicionado del adoptado a conocer sus orígenes por naturaleza. Este derecho puede ceder frente a otros intereses: de la madre, parientes y del Estado, también legítimos y dignos de protección¹¹.

11 Antes de la sentencia *Odièvre*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había manifestado cierto criterio sobre los límites del derecho del adoptado al conocimiento de su filiación por naturaleza. Si bien se trata de casos distintos al presente, vale la pena mencionarlos siquiera brevemente.

En el caso *Gaskin contra Reino Unido* (sentencia de 7 de julio de 1989), el Sr. Gaskin, ciudadano británico, nacido en 1959, fue recogido poco después por el Ayuntamiento de Liverpool. Esta situación se prolongó hasta 1974. Pasados los años, el demandante pretendió tener acceso al dossier confidencial para saber dónde, con quiénes y en qué condiciones había vivido, ya que decía haber sido maltratado en aquella época. Las autoridades requeridas le permitieron conocer solo algunos datos y denegaron otros, basándose en la

Se puede sostener, por lo tanto, que el convenio no solo garantiza el anonimato materno para favorecer la vida de hijo, sino también la opción de algunos Estados de mantener como principio en la adopción, la ruptura y confidencialidad respecto de la familia anterior.

Cabe destacar, además, que la decisión del caso Odièvre no es aislada, sino que ha sido reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 1 de abril del 2010 (caso S. H. y otros contra Austria). En esta sostiene que el derecho a la vida privada requiere que todos puedan establecer los detalles de su identidad y que el derecho del individuo a dicha información es importante, pero no absoluto; remitiéndose a lo manifestado en la sentencia del caso Odièvre.

V. EL CASO ESPAÑOL: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999

1. El derecho del adoptado al conocimiento de los orígenes preadoptivos

En España, todo proceso adoptivo concluye con la inscripción del menor en el Registro Civil. La restricción al acceso de estos datos, contenidos en el Registro, se fundamenta en la necesidad de garantizar el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar de los adoptados (cfr. artículo 18 de la Constitución española). Asimismo, la política de confidencialidad parte de la suposición de que los progenitores por naturaleza confían en el anonimato que les fue prometido y que, además, han querido romper toda relación con el hijo que dieron en adopción.

legislación británica y la necesidad de confidencialidad de los expedientes. El Sr. Gaskin invocó la infracción del artículo 8 del convenio y llevó su caso al Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que existía una infracción del Convenio basándose en que los datos e información que retenían las autoridades locales afectaban a la identidad fundamental del demandante y podrían proporcionarle los únicos trazos coherentes de su infancia y años de formación. No obstante, señaló que este derecho no era absoluto y que cada Estado ostentaba un amplio margen de apreciación en cuanto a sus obligaciones positivas en ese ámbito y que había de buscarse en cada caso un justo equilibrio entre los intereses concurrentes (el público, en un eficaz funcionamiento del sistema y el del demandante en consultar su historia personal).

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

Por otro lado, al igual que Francia e Italia, y con la misma finalidad de estos ordenamientos, el legislador español posibilitó el anonimato de la madre no casada. En concreto, le otorgó dos facultades: el parto anónimo y el desconocimiento de su maternidad.

En relación al derecho del adoptado a conocer sus orígenes preadoptivos, todos los ordenamientos que lo recogen lo regulan de manera expresa, en determinados casos y estableciendo un proceso y mecanismos específicos para su acceso. Por el contrario, en el ordenamiento español, ni la Constitución ni el Código Civil –hasta el 2007– lo reconocían de manera expresa, ni habían previsto una acción propiamente para conocer los orígenes biológicos por el mero hecho de conocer.

En el sistema español, por tanto, no existía un derecho del adoptado a conocer su ascendencia biológica, como sí lo había previsto expresamente el ordenamiento catalán. No obstante, esa omisión del derecho común ha sido suplida por la controvertida decisión de la sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de setiembre de 1999.

2. La sentencia del Tribunal Supremo

La demandante, embarazada de 8 meses y viuda, alegó no poder hacerse cargo del hijo que esperaba. Renunció a él, a favor de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, a los efectos de su guarda inmediata al parto, y prestó su asentimiento a la adopción. Asimismo, manifestó su deseo de mantener oculta su identidad, tanto a efectos registrales, como en el procedimiento de adopción.

Tras dar a luz a la niña, en noviembre de 1991, la Consejería la declaró en situación de desamparo y solicitó su inscripción en el Registro como hija de padres desconocidos. Un año después, en setiembre de 1992, la madre se presentó en el Registro Civil y solicitó que se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento, lo que fue rechazado por el encargado del Registro y confirmado por la Dirección General.

Posteriormente, la madre reclamó la maternidad no matrimonial. La sentencia del Juzgado estimó la demanda y ordenó que se entregara la niña a la actora, pero la Audiencia revocó la decisión, por entender que no había quedado acreditada la filiación materna reclamada.

Sin embargo, esta sentencia es casada por el Tribunal Supremo en su decisión del 21 de setiembre de 1999. En esta, el Tribunal realiza una serie de declaraciones que han influido enormemente en la existencia y calificación del derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos en el derecho común español.

Por una parte, sostiene que el consentimiento de la madre a la adopción, por no haberse prestado después de transcurridos los 30 días desde el parto, era nulo. Por otra, afirma que la libre investigación de la paternidad exige una coincidencia total entre la filiación legal y la paternidad y maternidad biológicas, por lo que las normas del anonimato materno se erigían en un obstáculo para el logro de dicha coincidencia.

Por tanto, para el Tribunal Supremo, las normas que permitían ocultar la identidad de la madre transgredían el artículo 39.2 de la Constitución española, en el sentido de que imposibilitaban el conocimiento de la filiación materna y ocasionaban que el adoptado pierda por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer la verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre.

Declara la inconstitucionalidad de las normas del anonimato materno, manda reponer las actuaciones al momento posterior a la vista y ordena la práctica de la prueba biológica¹².

Tras la declaración de inconstitucionalidad, defiende la existencia, en el ordenamiento español, de un derecho constitucional e ilimitado de las personas

12 Practicada la prueba genética, se acredita la maternidad y el hecho del parto, pero la menor no es entregada a la madre biológica. La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 8 de mayo del 2000, falla la imposibilidad de declarar la nulidad de la adopción y, en interés del menor, ordena su integración a la familia adoptiva. La madre recurre esta decisión en casación y la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de julio del 2001 hace prevalecer la adopción. Argumenta que no se había ejercitado ninguna acción tendente a anular o extinguir la filiación adoptiva.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

adoptadas al conocimiento de su origen biológico: “cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”. Es decir, de una acción por el mero hecho de conocer, sin necesidad de establecer la filiación.

Esta doctrina ha sido refrendada por ciertos autores que sostienen que el citado derecho es principalísimo y el más cercano al derecho a la vida. Lo califican como un derecho fundamental, que forma parte de la dignidad humana, cuyo ejercicio contribuye al desarrollo de la personalidad y que ha de prevalecer sobre los otros intereses en conflicto. En síntesis, defienden que este derecho de los adoptados encuentra su fundamento en los artículos 10.1, 15, 18 y 39.2 de la Constitución española (Ballesteros, 2009, p. 22 y ss.; Barberá, 2002, p. 5; Garriga, 2000, p. 247 y ss.; Quesada, 1994, p. 248 y ss.; Rivero, 2003, p. 627-632).

Ahora bien, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de setiembre de 1999, la Dirección General de los Registros y del Notariado español, en la Resolución del 8 de noviembre del 2001, declaró que la filiación materna quedaba determinada, dentro o fuera de plazo, por el parto, sin que la madre pueda ocultar su identidad. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia Superior de Navarra del 18 de enero del 2002 estableció que “tras la sentencia del T.S de 21-09-99 que declara inaplicable por inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 167 del reglamento citado, resumidamente, por entender que pugna con el principio de libre investigación de la paternidad recogido en el artículo 39.2 de la Constitución, además de erosionar el artículo 10 de la misma al afectar a la dignidad del hijo y a sus derechos inviolables y el artículo 24-1 en cuanto resulta proscriptivo de indefensión, concluyendo que es principio constitucional el de investigación libre de la paternidad y que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”. En consecuencia, permitió a un adoptado acceder a la información sobre los datos de su madre —quien ocultó su maternidad— que constaban en el registro. Lo mismo sucedió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 13 de setiembre del 2011, quien se pronunció a favor que el adoptado accediera a los datos ocultos de su maternidad.

VI. DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DE LAS CUNAS SALVADORAS Y EL NACIMIENTO CONFIDENCIAL

El derecho a conocer los orígenes biológicos forma parte del derecho a la identidad, derecho inherente a toda persona, pero, el ordenamiento nacional no lo regula expresamente. Sin embargo, el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política de 1993 reconoce que toda persona tiene derecho a su identidad. Asimismo, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes señala que dicho derecho incluye también dentro de su contenido, en la medida de lo posible, el derecho a conocer a sus padres. Artículos que van de la mano con el principio del interés superior del niño y del adolescente, reconocido en nuestro ordenamiento en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

En ese sentido, si todas las personas pueden conocer quiénes son sus progenitores, desde luego también los niños que hayan sido acogidos por familias, tras seguirse un proceso de adopción. Así, en el Perú, en el 2016, se emite la Resolución Ministerial N.º 120-2016-MIMP, que aprueba la Directiva General N.º 009-2016-MIMP, Lineamientos Técnicos para la Atención de Solicitudes de Búsqueda de Orígenes de Personas Adoptadas. El adoptado mayor de edad es el único autorizado para presentar la solicitud y, de manera excepcional, el menor de edad, siempre que cuente con la aprobación de sus padres adoptivos. En ambos casos, se requiere que el adoptado actúe movido por una necesidad real y sobre todo presente las condiciones psicoafectivas que le permitan enfrentar las emociones propias de conocer a su familia biológica.

Para que los padres biológicos puedan conocer a su hijo, se exige que este último presente el mismo interés. En el mismo sentido, para que el hijo conozca a su familia biológica, esta no puede oponerse a ello, es decir, necesariamente debe haber una coincidencia de intereses.

Por último, a lo largo del procedimiento de búsqueda de los orígenes biológicos, se brinda un acompañamiento psicológico y se busca actuar como mediadores para que efectivamente se lleve a cabo el encuentro familiar. Esto quiere decir que el ordenamiento peruano regula un derecho del adoptado al

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

conocimiento de sus orígenes biológicos con límites, siempre que responda al interés del adoptado.

De este modo, el Proyecto de Ley N.º 0211/2016 CR, que promueve la implementación de la figura del nacimiento confidencial, así como la creación de las “cunas salvadoras”, *a priori*, parecería impedir el ejercicio del derecho en cuestión.

La iniciativa legislativa, que fue presentada en el 6 de setiembre del 2016, propone la habilitación de espacios en centros médicos públicos y privados sin fines de lucro en los que se acojan a recién nacidos, cuyas madres no pueden o quieren conservarlos. La identidad de dichas mujeres se guardaría en reserva, siempre que ellas lo soliciten, no pudiéndose establecer la filiación materna entre ella y su hijo. Asimismo, sobre ellas no recaería responsabilidad alguna por abandono de recién nacido. En este sentido, la propuesta legislativa permitiría que las mujeres dejen a sus hijos recién nacidos en estos centros de salud, entregando su cuidado al Estado, para que este finalmente los derive a algún albergue¹³.

El autor del proyecto, el aquel entonces congresista Yonhy Lescano Aniceta, señaló que este persigue dos propósitos. Por un lado, que el Estado salvaguarde la vida e integridad de aquellos niños, cuyas madres quieren abandonar, siendo acogidos por este; por otro lado, que proteja a la mujer en estado de vulnerabilidad, ofreciéndole una alternativa distinta al aborto o al abandono en condiciones precarias del niño. Concluye afirmando que dicha propuesta legislativa pretende apoyar tanto a la madre como al recién nacido, que se encuentren desprotegidos, así como que el derecho a la identidad del menor no se está viendo lesionado¹⁴.

13 El proyecto de ley consta de 16 artículos, 7 disposiciones complementarias y una disposición final. Para más información, véase: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0021120160906.pdf (consultado el 30 de setiembre del 2020).

14 Humanos periodo anual de sesiones 2016–2017, como consta en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley N.º 0211–2016–CR, que pretende regular el nacimiento confidencial y ampara al expósito, recibido el 20 de abril del 2017, p. 4. Recuperado de https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00211DC15MAY20170420.pdf (consultado el 30 de julio del 2020).

Respecto al derecho a la identidad, el exparlamentario, así como la asesoría de la Comisión de Justicia de Derechos Humanos del Congreso de la República recalcan que no existe ningún tipo de vulneración de tal derecho. Es más, sostienen que entregar al recién nacido a un albergue, para que sea adoptado por una familia y que esta le dé su nombre, es una forma de garantizar el derecho a la identidad y, claro está, el derecho a la vida¹⁵. Sin embargo, es menester tener en cuenta, conforme lo señalan los artículos 7 y 8 de la Convención para los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que el derecho a la identidad no solo contempla el derecho a tener un nombre, sino que, además, a tener una nacionalidad y a conocer a su propia familia, esto es, a conocer sus orígenes biológicos.

Cabe precisar que el artículo 7 de la convención en mención prescribe que el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. La Comisión de la Mujer y la Familia del Congreso destaca la expresión “en la medida de lo posible”, señalando que esta contempla la probabilidad, de manera explícita, que surja una eventualidad en la que no sea posible el ejercicio de tal derecho. Por lo tanto, las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial no serían incompatibles con la convención, ya que, estarían comprendidas en tal eventualidad¹⁶.

El proyecto de ley fue sometido a diversas opiniones técnicas de especialistas en la materia. Desde luego, la Asociación de Cunas Salvadoras se mostró a favor de la propuesta. No obstante, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Salud, Oficina de Coordinación Residente Sistema de Naciones Unidas en el Perú, entre otros manifestaron su oposición a la iniciativa legislativa. Entre otras razones, basaron su posición en la vulneración del derecho a la identidad de los recién nacidos¹⁷.

En particular, Unicef rechazó, en su momento, la implementación del proyecto de ley. Manifestó que cualquier procedimiento que implique la entrega anónima de niños al Estado o a cualquier otra organización pública o privada

15 *Ibidem*, p. 8.

16 *Ibidem*, p. 11.

17 Asimismo, señalaban que los recién nacidos veían lesionados su derecho a la lactancia materna.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

contraviene los estándares internacionales sobre protección de menores de edad en situaciones de desprotección familiar, o en riesgo de estarlo. Asimismo, que el proyecto de ley impide el ejercicio de la acción protectora del Estado, basada en la preservación de los vínculos del niño con su familia y en la integración familiar como primera opción. Las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial, al dificultar el contacto directo con la madre, padre o persona que entrega al niño, no permiten que el Estado pueda brindar a ambos el apoyo necesario para tomar una decisión informada que asegure el bienestar de ambos, y evite el abandono anónimo.

De igual forma, exhortó a que el marco normativo sobre la materia no se vea modificado¹⁸. El ordenamiento jurídico nacional, para aquel entonces, ya contaba con el Decreto Legislativo N.º 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, aprobado en el año 2016, haciendo falta su reglamento para entrar en vigencia. En el 2018, se aprobó su reglamento mediante Decreto Supremo N.º 001-2018 siguiendo la recomendación de Unicef.

Resulta necesario destacar que las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial sigue estando hoy en día como proyecto, a pesar de que la Comisión de la Mujer y la Familia del Congreso de la República lo haya aprobado el 14 de marzo del 2017, aún no es ley, ya que faltan diversos pasos para que sea promulgado por el Poder Ejecutivo. Es difícil legalizar el abandono de un niño, pero esta puede ser una solución adecuada en aras de salvar la vida del *nasciturus* y de los infantes, ya que si a la madre no se le brinda esta opción, podría llegar a atender contra la vida del concebido o del recién nacido. Es decir, sería una forma de disminuir abortos e infanticidios, como ha sucedido en otros países europeos.

Mientras tanto, debería fortalecerse los mecanismos de protección con los que actualmente se cuenta, en beneficio de los niños abandonados. Por ejemplo, tal como señaló Unicef, Perú tiene una norma, el Decreto Legislativo

18 Unicef Pronunciamento: Ante el próximo debate del Proyecto de Ley sobre las denominadas cunas salvadoras en el Pleno del Congreso de la República, de fecha 5 de setiembre del 2017. Recuperado de <https://www.unicef.org/peru/comunicados-prensa/pronunciamento-ante-el-proximo-debate-del-proyecto-de-ley-sobre-las-denominadas> (consultado el 1 de octubre del 2020).

N.º 1297, que permite que aquellos niños que se encuentran en situación de desprotección, puedan ser adoptados, siendo el Inabif el encargado de llevar acabo el procedimiento.

VII. CONCLUSIONES

1. El derecho del adoptado al conocimiento del origen biológico no implica la determinación de la filiación por naturaleza. Es un derecho que lleva consigo el mero conocimiento de la identidad de los padres biológicos.
2. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes de sangre no es un derecho absoluto. En este orden de ideas, una limitación a este derecho se encuentra en el parto anónimo. Es más, la legalidad del anonimato materno no excluye el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, como lo demuestra el ordenamiento francés e italiano.
3. El *favor filii*, en general, es otro límite válido al derecho a conocer los orígenes pre-adoptivos. Por ello, el posible perjuicio a la integridad psíquica o moral del adoptado también puede imponerse al derecho a conocer los orígenes de sangre.
4. Respecto al proyecto de ley denominado “cunas salvadoras”, puede ser una opción para evitar abortos e infanticidios en el Perú, sin que ello implique un veto absoluto al derecho del adoptado a conocer su origen biológico. Por ahora, el ordenamiento jurídico nacional contiene una norma sobre la protección de niños desamparados y su adopción y debería apuntar a fortalecer estos mecanismos de protección ya regulados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, L. (2006). El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia. *Actualidad Civil*, (6), 645 y ss.
- Ballesteros, M. (2009). El derecho del adoptado a conocer sus orígenes. *Aranza-di Civil*. (17), 15 y ss.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

- Barberá, M. (2002). La adopción: cuestión jurídica. Problema humano. *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, (39).
- Durán, R. (2004). El anonimato del progenitor. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (3).
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Astrea.
- Garriga, M. (2000). La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial. Aranzadi.
- González, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson.
- González, M. y Delgado, A. (2020). Los acuerdos de maternidad subrogada, ¿son jurídicamente amparables? *Gaceta Civil*, (84).
- Grimaldi, M. (2010). Observaciones sobre la verdad, la filiación y la reproducción médica asistida. *Familia y discapacidad*, 165 y ss. Colección Scientia Iuridica.
- Pulido, M. (2005). ¿El fin de la filiación anónima? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (2), 2 y ss.
- Quesada, M. (1994) El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico. *Anuario de Derecho Civil*, (2), 237 y ss.
- Rivero, F. (2003). De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero del 2003). *Actualidad Civil*, (2), 593 y ss.
- Rubio, E. (2003). El secreto de la maternidad. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (9).
- Théry, I. (2009). El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. *Revista Antropológica Social*. 18, 21-42.