

LA ADOPCIÓN ABIERTA EN EL DERECHO ESPAÑOL

OPEN ADOPTION IN THE SPANISH LAW

DR. ELSA SABATER BAYLE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra
elsa@unavarra.es

RESUMEN: El reconocimiento del derecho del menor adoptado a mantener contactos o relaciones con sus familiares de origen y sus anteriores acogedores representa un nuevo modelo de adopción en el Derecho español, denominado “adopción abierta”, recientemente introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, que reforma el sistema español de protección de la infancia y la adolescencia. La nueva regulación se inspira en el Derecho de otros países pero tiene precedentes en ciertas normas autonómicas españolas.

PALABRAS CLAVE: Adopción abierta; derecho de visita; cartas y comunicaciones; auto de adopción; mantenimiento de relaciones con la familia de origen por acuerdo judicial; bienestar emocional del menor.

ABSTRACT: The recognition of the right of the adopted children to maintain contacts or relations with their families of origin and previous welcoming, represents a new model of adoption in the Spanish law, which is called “open adoption” and has been recently introduced by law 26/2015, of 28th July, that amends the Spanish protection system childhood and adolescence. The new regulation is inspired by the law of other countries but there are precedents in certain Spanish regional standards.

KEY WORDS: Open adoption; right of visit; letter-box; contact box; adoption order; post adoption contact order; welfare checklist.

FECHA DE ENTREGA: 18/03/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. “ADOPCIÓN ABIERTA”. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. EL PRECEDENTE AUTONÓMICO.- 1. El art. 235-47 CCCat.: reconocimiento del derecho de los menores adoptados a relacionarse con sus familiares.- 2. El derecho de visita de los menores separados de sus familias de origen tras la declaración de desamparo.- 3. El derecho de visita de los menores separados de sus familias de origen en la normativa autonómica anterior a la Ley estatal 26/2015.- 4. El derecho de visita reconocido al menor por el art. 116 de la *Llei* 14/2010 de 27 de mayo, de derechos y oportunidades en la Infancia y la Adolescencia.- 5. Recapitulación.- III. EL PRECEDENTE BRITÁNICO: *ADOPTION ORDER* Y *ADOPTION CONTACT ORDER*.- 1. Líneas generales de la regulación.- 2. Sobre la *adoption order*.- 3. Formas indirectas y alternativas al ‘derecho de visita’.- 4. Ventajas e inconvenientes.- 5. El capítulo octavo del Informe del Parlamento Inglés.- 6. Las nuevas secciones 51A y 51B de la AChA2002 introducidas por la ChFA201 (la *post adoption contact order*).- IV. EL ART. 178.4 DEL CC ESPAÑOL: NOTAS PARA SU FUTURA APLICACIÓN.

I. “ADOPCIÓN ABIERTA”. CONSIDERACIONES GENERALES.

Bajo esta expresión, el legislador español ha añadido un nuevo apartado 4 al art. 178 del CC, para establecer que, cuando el interés del menor así lo aconseje en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa, valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, con especial atención a las que tengan lugar entre hermanos biológicos.

Corresponde al Juez tomar el acuerdo en tal sentido al constituir la adopción, así como determinar la periodicidad, duración y condiciones de la medida. Por consiguiente, se impone la exigencia legal de hacer constar en la declaración de idoneidad si los adoptantes aceptarían que el hijo adoptado pudiera mantener relaciones con sus familiares de origen.

El establecimiento de la medida por acuerdo judicial se somete a numerosas exigencias legales. No solo consistirá propiamente en establecerla o no, sino también en su posible modificación o finalización en interés del menor. El acuerdo deberá formularse a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y contar con el consentimiento de las familias adoptante y de origen.

Se dará audiencia al adoptado mayor de 12 años o antes de haber cumplido dicha edad, de acuerdo con su grado de madurez. Y deberá pronunciarse sobre las condiciones, frecuencia y periodicidad de las comunicaciones. Se prevé que en su desarrollo cuente con la intermediación de la Entidad Pública cuando fuere necesario.

Tras la resolución o acuerdo judicial, el desarrollo de las visitas o comunicaciones se sujeta a un seguimiento posterior atribuido a la Administración, que consistirá en la elaboración de informes periódicos al respecto así como, en su caso, propuestas de modificación de las medidas, que deberá ser presentado al Juez durante los dos primeros años y, transcurridos estos, solo si aquél lo solicita. Si se trata de suspender o suprimir las visitas o comunicaciones, podrán solicitarlo así la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor que cuente con más de 12 años o antes si tuviere suficiente madurez.

El legislador ha introducido esta modificación del Código Civil en el sentido indicado, a través del artículo segundo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia (en adelante Ley 26/2015). En el apartado III de su “Preámbulo”, dedicado a las variaciones introducidas en el Código Civil, el legislador ha manifestado su intención de incorporar al Derecho español el nuevo modelo de “adopción abierta” inspirado en los ordenamientos de Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Austria y Canadá, algunos de los cuales coinciden con el Derecho español en configurar la adopción como una situación que debe ser confirmada por la autoridad judicial y no por simples acuerdos privados entre las familias.

Pero, al margen del concepto que el legislador parece tener de la institución al implantar el nuevo sistema, la expresión “adopción abierta” es en realidad más amplia o ambiciosa, ya que también se ha utilizado comúnmente para designar modelos caracterizados por la transparencia de su proceso de constitución y de las personas que en él intervienen, frente al tradicional sistema de signo secretista, hoy superado, de “adopción cerrada”, conforme al cual el adoptado era literalmente arrancado de su familia de origen y “trasplantado” a la adoptiva para establecer en ella nuevas raíces, con absoluta ruptura de las comunicaciones entre las partes implicadas. Es decir, que la llamada “adopción abierta” puede abarcar aspectos distintos al del mero mantenimiento de contactos del adoptado con sus familiares de origen o con sus anteriores acogedores.

El modelo de adopción abierta basado en la transparencia, representa en realidad una aplicación concreta del derecho del niño a conocer sus orígenes, principio general en materia de menores que, a su vez, encuentra particular expresión en el deber de informar al adoptado de su verdadera situación,

establecido en algunas regulaciones con mayor¹ o menor² intensidad, de manera que se van erradicando progresivamente de nuestra normativa las situaciones en que el adoptado ignoraba la existencia de su otra familia biológica.

¹ Como p.ej. las normas siguientes:

- *Llei* 14/2010, de 27 de mayo, de Derechos y Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, art. 30.2: “Los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos”.

- Ley 12/2008 de 13 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, art. 11: “La Generalitat garantizará el derecho de los menores que hayan sido adoptados a conocer sus propios orígenes, en los términos establecidos en la legislación específica que regula esta materia”.

- Ley Foral navarra 15/2005, art. 39: “El menor sujeto a protección tiene derecho a ... b) conocer acerca de su situación personal, de las medidas a adoptar, su duración y contenido, y de los derechos que le corresponden, para todo lo cual se le facilitará una información veraz, comprensible, adecuada a sus condiciones, continua y lo más completa posible a lo largo de todo el proceso de intervención. (...) i) “conocer, en los supuestos de acogimiento, 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 respetado”.

(La norma citada omite la referencia a los derechos de los menores “adoptados”, ya que la reforma del régimen de la familia en que se inserta el tema de la adopción de menores, proyectada por el legislador, es por el momento una de las “asignaturas pendientes” del actual Parlamento de Navarra, como lo establece la disp. ad. 1ª, la L.F. 3/2011, de 17 de marzo, de Custodia de los Hijos en caso de Ruptura de la Convivencia de los Padres).

- Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de la Junta de Andalucía, de Acogimiento familiar y Adopción, art. 10: “Los menores tendrán derecho a que se les informe, atendiendo para ello a su grado de madurez, sobre las siguientes cuestiones: ... d) condición de adoptado”.

- Ley 3/2011, de 30 de junio, de Galicia, art. 74.2: “Las personas adoptadas tendrán derecho a conocer esta condición, a que se respeten sus antecedentes personales y familiares y a conocer sus orígenes biológicos”.

² Con mayores reservas, otras normas autonómicas reconocen al menor el derecho de información sobre los orígenes, pero dentro de unos límites. Así, entre otras:

- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de la Comunidad de Castilla La Mancha, art. 91.4: “Para garantizar el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos deberán adoptarse las medidas adecuadas, en particular, un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto la persona adoptada como su padre y madre 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”.

- Ley 1/2006 de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Rioja, art. 93.2: “ La Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja asegurará la conservación de la información de que disponga relativa a los orígenes del menor, en particular la identidad de sus padres, así como la historia médica del menor y su familia. El acceso del adoptado a dicha información se posibilitará en la medida en que lo disponga la legislación vigente”.

- Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia, en relación con el acceso de los adoptados a la información sobre sus orígenes: “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”.

Por otra parte, el cambio de modelo responde al hecho constatado en nuestros días del progresivo incremento de la edad de los menores que se encuentran bajo supervisión de la Administración en espera de ser adoptados, en las diversas situaciones de acogimiento previstas en nuestro ordenamiento jurídico (adopción de “menores-mayores”). Estos niños mayores mantienen por lo general algunas relaciones de convivencia con determinadas personas a través del “derecho de visita” en su caso acordado por la Entidad Pública y, por consiguiente, saben quiénes son sus allegados o familiares y les conocen. Ello les diferencia de la situación propia de los “adoptados-bebés”, antiguamente más frecuente, en la que los niños no habían tenido ocasión siquiera de conocer a sus progenitores o hermanos, por lo que no habían experimentado propiamente el hecho traumático de la “separación” respecto a sus familiares o allegados originarios. Pero este derecho del menor a conocer la verdadera historia de su corta vida plantea a los legisladores nuevos retos y exigencias para conciliar los intereses en juego, no siempre acordes.

El cambio de rumbo sobre los modelos de adopción viene también justificado por la transformación de los objetivos que con ella se persiguen, pues así como en el sistema anterior prevalecían los intereses de las familias implicadas (adopción para remediar carencia de medios para educar al niño, esterilidad de las familias adoptantes, etc.) ahora se tiende a proteger y mejorar el bienestar emocional del menor inmerso en situaciones de desprotección, que podría verse seriamente comprometido al constituirse la adopción debido a la ruptura brusca de las relaciones.

En este contexto, destaca también el problema de las Administraciones para resolver la situación de los menores sujetos a su tutela y establecer las medidas necesarias para su correcta educación y sustento, que determina la necesidad de agilizar al máximo los procesos de adopción para evitar que el transcurso del tiempo lo convierta en una medida poco eficaz. Y señaladamente, el propósito de eliminar la posibilidad de que los recién nacidos y bebés de menos de tres años permanezcan en centros residenciales hasta que se les pueda acomodar en el seno de alguna familia acogedora o adoptiva. El modelo de adopción abierta puede favorecer la superación de los obstáculos que, debido a su carácter definitivo, conlleva habitualmente este proceso, pues han sido frecuentes las incidencias derivadas de la oposición de las personas llamadas a prestar el consentimiento o asentimiento que prolongaban la duración de modo inconveniente para los intereses en juego.

Ahora bien, el fortalecimiento de los limitados vínculos admisibles entre los adoptados y sus familiares anteriores puede entrar en conflicto con las aspiraciones y deseos de las familias adoptantes, con la consiguiente disminución efectiva del número de adopciones constituidas. Se trata de un

efecto contraproducente respecto a los propósitos que se persiguen, por lo que los legisladores se esfuerzan en buscar fórmulas que permitan conciliar los diversos intereses en juego, ya que interesa a la Administración –y éste parece haber sido el motivo principalmente aducido para justificar la reforma del sistema español en este punto- incrementar las adopciones nacionales así como la reducción del número de menores que permanecen provisionalmente bajo medidas de acogimiento familiar simple (ahora denominado “temporal”)³ o en centros residenciales (que ahora se prohíbe en todo caso para los menores de 3 años)⁴. A su vez, interesa a la familia de origen modular la “pérdida” que produce la consolidación de los vínculos de parentesco del niño con su nueva familia y compaginarla con el carácter rotundo y permanente que es propio de su filiación adoptiva, puesto que los progenitores tienden a tratar de evitar la “pérdida” del hijo y su entrega definitiva a otros extraños que lo reciben como propio, por lo que es frecuente la obstinación en negar colaboración y asentimiento para la adopción, lo que complica muchos procesos iniciados⁵. A los adoptantes, les importa consolidar los lazos de filiación establecidos respecto al hijo adoptado, como si éste nunca hubiera tenido otra familia anterior. Y a los “menores-mayores” adoptados, lo que más les interesa de manera inmediata es preservar su estabilidad psíquica y emocional; muy especialmente, poder continuar relacionándose, si no con los padres, al menos con sus hermanos.

Este segundo deseo del menor merece ser especialmente atendido, habida cuenta de que, a la postre, los hermanos son probablemente los parientes cuya existencia tendrá lugar durante la mayor parte del tiempo de la vida del adoptado.

II. EL PRECEDENTE AUTONÓMICO.

En el Ordenamiento español, el derecho del menor separado de la familia con la que convivía (no necesariamente biológica dado que podía ser una familia de acogida), muy en especial, con sus hermanos, se encontraba ya recogido en algunas normas tanto autonómicas como estatales, no solo en relación con menores que se encontraran bajo tutela de la Administración sino también respecto a los menores adoptados⁶, si bien el legislador ha prescindido de mencionar estos precedentes al explicar los motivos de la reforma del art. 178 CC y en su lugar ha manifestado, como hemos indicado

³ Nuevo art. 173-bis, apartado 2, del CC, reformado por art. 2 de la citada Ley 26/2015.

⁴ Nuevo art. 21 apartado 31 de la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, reformada por art. 1 L. 26/2015.

⁵ Basta para constarlo un breve repaso de la copiosa jurisprudencia generada sobre los problemas que plantea la falta de los asentimientos necesarios para la adopción.

⁶ V. detalle de esta cuestión, *infra* apartado II.3.

antes, su intención de tomar el modelo de algunos ordenamientos extranjeros, entre los cuales parece haber influido notablemente el precedente británico.

1. El art. 235-47 CCCat.: reconocimiento del derecho de los menores adoptados a relacionarse con sus familiares.

Entre los diversos precedentes del nuevo art. 178.4 CC figura indiscutiblemente el art. 235-47 del Código Civil de Cataluña⁷, precepto introducido por la *Llei* 25/2010, de 29 de julio, de aprobación de su Libro Segundo. Ambas normas se refieren a los efectos que produce la adopción. Ello constituyó en su día novedad respecto a la anterior normativa contenida en el art. 127 del Código de Familia de Cataluña, que había sido aprobado mucho antes, por *Llei* 9/1998 de 15 de julio.

En el art. 235-47 del CCCat., se establece que la autoridad judicial, si bien en forma excepcional y a propuesta de la Entidad Pública competente o del Ministerio Fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen, no solamente en los casos que contempla el art. 235-44 del propio Código (que se refieren a determinados supuestos especiales de adopción internacional) sino también “si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”.

Una somera comparación del régimen que presentan ambos Códigos civiles, tras la incorporación del nuevo apartado 4º en el art. 178 del CC, permite apreciar que el legislador estatal ha abandonado la nota de excepcionalidad que presenta la norma catalana, lo que supone un paso adelante en el reconocimiento del derecho del menor a mantener las relaciones. En cambio no ha seguido la pauta, también marcada por el indicado precepto catalán, de dar entrada al criterio del bienestar emocional del menor, que podría verse gravemente alterado por consecuencia de una separación repentina y autoritaria de sus familiares de origen o de otras personas (vgr., acogedores, guardadores, etc.) con las que hubiera convivido antes de ser adoptado.

Sin embargo, este último aspecto psicológico forma parte de ciertos derechos del niño que son de superior rango, puesto que, aun cuando no se encuentra expresamente recogido en la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (arts. 3 a 9), ni siquiera tras la reforma que, a su vez, ha experimentado tal

⁷ En adelante, CCCat.

norma por las disposiciones contenidas en el art. 1 de la L.26/2015⁸, puede entenderse implícitamente reconocido en el Derecho español, por la remisión del art. 39.4 de la Constitución⁹ a los Convenios internacionales suscritos por el Estado que lo contemplan¹⁰.

En el Derecho de Gran Bretaña, en cambio, este derecho al bienestar psicológico del niño aparece expresamente mencionado en la llamada *Welfare-Checklist*¹¹ o relación de los aspectos que deben ser considerados por los tribunales en sus resoluciones que se refieran a menores, a su vez, de variada tipología. Se encuentran formulados en la ley británica de menores¹² que lo define como el deber de respetar los manifiestos sentimientos y deseos del niño en cuestión, considerados a la luz de su edad y su capacidad de entendimiento, así como sus necesidades emocionales.

Ajeno a este último propósito, el legislador estatal español no ha incorporado el principio de respeto a los sentimientos del menor, con ocasión de la reforma de la Ley Orgánica de Protección del Menor 1/1996, llevada a cabo

⁸ V. L.26/2015, “Preámbulo”, apartado II, en donde se resumen los objetivos de las modificaciones introducidas en la L.O. 1/1996.

⁹ V. una exposición sistemática de los textos internacionales y constitucionales relativos a los derechos del niño, en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.): *Derecho de la Persona*, Barcelona, 2011, (pp. 51 a 66 del Cap. 2, *Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia*); VILLAGRASA ALCAIDE, C./ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.): *Por los derechos de la infancia y la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los derechos del niño*, Barcelona, 2009, pp. 55 a 77 (por VILLAGRASA ALCAIDE, C.); CABEDO MALLOL, V.: *Marco constitucional de la protección de menores*, Madrid, 2008, entre otros muchos trabajos más recientes publicados por dichos autores.

¹⁰ Así, entre otros:

- Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950
- 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)
- Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989
- Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 20 de mayo de 1993
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 / (A3-0172/92).

(citados por GARCÍA VILLALUENTA, L., y LINACERO DE LA FUENTE, M^a. A.: *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes, en España y en el Derecho comparado*, Observatorio de la Infancia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 70 a 76).

¹¹ Sobre la *Welfare-checklist*, V.entre otros BURTON, F.: *Family Law*. 1^a ed., London, 2003, pp. 401 y más ampliamente, pp. 421 y 422.

¹² *Children Act* de 1989, secc. 1, apartado 3.a): *in the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to: (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding); (b) his physical, emotional and educational needs.*

por el art. 1 de la Ley 26/2015, que parece inclinarse por otros factores relativos a los criterios convenientes para optimizar la organización administrativa del sistema estatal de protección de la infancia y adolescencia, bajo el lema de otorgar preferencia de las medidas de carácter estable sobre las temporales, las familiares sobre las residenciales y las consensuadas sobre las impuestas¹³. Tampoco aparece mencionado en el art. 178.4 CC, aun cuando en este texto aparezcan remisiones genéricas al interés del menor.

De todo ello se colige que el nuevo sistema de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia tiende preferentemente a potenciar la adopción nacional como un medio óptimo de dar solución a la situación de los menores entregados a la custodia de la Administración, puesto que reúne las características de estabilidad o permanencia, carácter familiar y consensuado, sobre las medidas de protección propiamente dichas, tales como el acogimiento familiar y residencial en sus distintas modalidades. En suma, la reforma se centra ante todo en mejorar las medidas de protección y centralizar su regulación; y refleja la intención de optimizar la intervención administrativa en materia de menores. Pero quizá no ha destacado suficientemente ciertos derechos básicos del menor adoptado, que por el contrario ya estaban contemplados en algunas regulaciones autonómicas más avanzadas, por lo que, desde este otro punto de vista, parece un tanto retrógrada.

2. El derecho de visita de los menores separados de sus familias de origen tras la declaración de desamparo.

La regulación del derecho de visita, ampliamente reconocido para los menores que se encuentran bajo la tutela de la Administración y enunciado en el art. 161 CC, puede considerarse un precedente indirecto de la nueva medida instaurada en el art. 178.4 del CC relativo a los adoptados, ya que postula el derecho de los niños declarados en situación de desamparo a relacionarse con la familia biológica con la que, por decisión administrativa, ha cesado la convivencia.

En la versión inmediatamente anterior a la reforma del art. 161 CC, este precepto autorizaba al Juez a determinar, a petición de los familiares de origen del menor, la medida relativa a las relaciones. En la nueva redacción de la norma¹⁴ se sustituye la autoridad judicial que antes se indicaba en el texto, por la administrativa, y se traslada la iniciativa para solicitar el derecho de visita (que antes se atribuía a los familiares biológicos) a las familias

¹³ V. Ley 26/2015, “Preámbulo”, apartado I.

¹⁴ Dada por el art. 2, apartado 11, de la Ley 26/2015.

acogedoras o en su caso los directores de Centros residenciales de menores, quienes podrán también solicitar en su caso la supresión o modificación de la medida. De manera que el mantenimiento de contactos y relaciones podrá tener lugar por resolución de la Administración, no solamente con los familiares biológicos, sino además, con anteriores acogedores, según los casos¹⁵.

La reforma del art. 161 CC es en este punto de signo restrictivo de los intereses del menor, puesto que es más probable que soliciten el derecho los padres biológicos, de acuerdo con el menor, que las familias acogedoras; si bien, en el apartado último de la norma se les incluye entre los legitimados para formular oposición a la suspensión del régimen de visitas del menor con sus familiares que en su caso hubiera podido haber acordado la Administración.

Traemos a colación la norma del art. 161 CC porque entendemos que, de la lectura de lo dispuesto en el nuevo apartado 4 del art. 178 CC relativo al contenido de la adopción abierta, se puede deducir que el derecho del menor sujeto a la tutela de la Administración a mantener las relaciones con la familia, se extiende ahora sustancialmente (es decir, bajo diversas formas posibles de mantener las comunicaciones) a los menores adoptados.

3. El derecho de visita de los menores separados de sus familias de origen en la normativa autonómica anterior a la Ley estatal 26/2015.

El derecho de visita de los menores adoptados respecto a sus familiares de origen aparecía contemplado en ciertas normas autonómicas.

Así, entre otras, el Código Civil de Cataluña establecía que “La autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 [que se refiere a las adopciones internacionales], o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”¹⁶.

Según la normativa de Andalucía “Los menores acogidos tendrán derecho a mantener contacto con sus familias biológicas, directamente o a través de los diversos procedimientos de comunicación, sin que aquél deba ser

¹⁵ Lo que, si bien puede quizá favorecer el bienestar psicológico del menor, no deja de complicar la relación social especial que mediará en adelante entre estas tres (o cuatro, contando con los acogedores) partes implicadas en ella.

¹⁶ CCCat., art. 235.47, apartado 4, citado anteriormente (subrayados nuestros).

interrumpido más que en los casos en que el equipo técnico haya constatado un grave riesgo de perjuicio físico o psíquico para los menores. (...)”¹⁷.

En Galicia, también se había contemplado este derecho, respecto a los hermanos de la familia biológica, en los términos siguientes: “Las personas menores de edad tendrán derecho a conservar los vínculos afectivos con sus hermanos y hermanas, y a tal fin la Administración de la Xunta de Galicia procurará que todos ellos sean acogidos o adoptados por una misma persona o familia, y, en caso de separación, tratará de facilitar la relación entre ellos y ellas”¹⁸.

En parecido sentido se expresaba la normativa del País Vasco: “Las personas menores de edad tendrán derecho a conservar las relaciones personales con sus hermanos/as y, a tal fin, se procurará que todas ellas sean adoptadas por la misma persona o familia y, en caso de separación, se tratará de facilitar la relación entre las mismas, salvo en los casos en que se valore un grave riesgo de perjuicio en el bienestar de alguna de ellas”¹⁹.

Sin ánimo de ser exhaustivos en esta ocasión, las anteriores normas citadas permiten apreciar que existían en los ordenamientos autonómicos normas relativas al derecho de visita de los menores adoptados, respecto a sus familiares de origen, de manera que las previsiones del art. 178.4 CC no representan realmente una novedad destacable en el conjunto del ordenamiento español.

4. El derecho de visita reconocido al menor por el art. 116 de la *Llei* 14/2010 de 27 de mayo, de derechos y oportunidades en la Infancia y la Adolescencia.

Esta norma establece en sus apartados 1º y 3º que la declaración de desamparo y posterior determinación de alguna medida de protección no debe impedir la comunicación, relación y visitas del niño con sus familiares, siempre que ello no sea contrario al interés superior del menor. La norma impone a la Administración la obligación procurar los mecanismos necesarios para que la visita tenga lugar en los momentos que sean temporalmente más adecuados y a ser posible fuera del horario escolar. Dispone además, en su apartado 2º, que las resoluciones limitativas o excluyentes de este derecho, aunque sea por silencio administrativo, son impugnables ante la jurisdicción civil.

¹⁷ Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de la Junta de Andalucía, de Acogimiento Familiar y Adopción, art. 9.

¹⁸ Ley 3/2011, de 30 de junio, de Galicia, art. 74 apartado 1.

¹⁹ Decreto 114/2008, de 17 de junio, del Gobierno Vasco, art. 6 apartado 1.

Ahora bien, el citado art. 116 excluye en su apartado 2^a el derecho de visita, en el supuesto de que se haya dictado una resolución firme de acogimiento preadoptivo, extremo que corrobora el art. 147 de la propia norma²⁰.

Probablemente, estas disposiciones de signo restrictivo del derecho de visitas, tratan de evitar el llamado “conflicto de lealtades” del menor en cuanto a sus dos familias; pero, si bien se mira, la norma catalana deja una puerta abierta al mantenimiento de las relaciones, aún en el supuesto indicado, si así fuera considerado conveniente para el interés superior del menor; y, por otra parte, no establece la finalización de las relaciones y visitas, sino tan solo su eventual “suspensión”.

Por lo demás, la subsistencia o no de la medida de acogimiento preadoptivo por la que en principio de deba poner fin a las visitas del menor con sus familiares, a la que se refieren el art. 116 citado y otras normas autonómicas, queda en entredicho tras la reforma del régimen del acogimiento introducido por la ley estatal 26/2015 en los arts. 160 y 173-bis del CC en la nueva versión y su sustitución por la nueva figura del “guardador con fines de adopción” (mencionado en el nuevo art. 176-bis, apartado primero, del Código civil).

5. Recapitulación.

El derecho del menor a mantener relaciones con sus familiares de origen se encontraba reconocido, para los niños adoptados, en el art. 235-47 CCCat. entre otras normas autonómicas, y para los menores separados de sus familias después de la declaración de desamparo en general, en el art. 161 CC, que ha sido reformado por la Ley 26/2015, art. 2 apartado 11, así como en otras normas autonómicas relativas a los derechos de la infancia.

La anunciada novedad de la reforma del art. 178.4 consiste por ello, precisamente, en llevar al CC un derecho a favor de los adoptados que hasta ahora el Código solo reconocía a los que se encontraban separados de sus familiares por virtud de una medida administrativa subsiguiente a la declaración de desamparo; y que solo algunas normas autonómicas como la

²⁰ Art. 147 *Llei* 14/2010: “Una vez firme la resolución de acogimiento preadoptivo deben suspenderse las visitas y las relaciones con la familia biológica, para conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si conviene al interés del niño o del adolescente” (subrayado nuestro).

La limitación mencionada recuerda a la que tuvo lugar, en el Derecho de Gran Bretaña, recogida en la sección 26 de la *Children Act* de 2002 (sobre la que volveremos más adelante).

del art. 235-47 CCCat. contemplaban para los adoptados²¹.

El legislador español se ha pronunciado expresamente a favor de extender a los adoptados el derecho de comunicaciones y visitas, que antes se les reconocía solo en la fase anterior a la adopción, contra la regulación anterior, en que este derecho se encontraba discutido para los adoptados, en atención a los obstáculos que podía suponer para la efectiva integración del menor en una nueva familia.

Una cuestión no resuelta en estos momentos es la de considerar cual será el impacto que el nuevo art. 178.4 CC tendrá sobre las legislaciones autonómicas que solo reconocían el derecho de continuar relacionándose con la familia de origen a los niños que se entregaran en acogimiento pero no en los casos de ser adoptados. Consideramos que podrá solucionarse a través de la aplicación de la normativa estatal por vía de Derecho supletorio, aunque su carácter mixto entre Derecho público y privado puede dificultar esta solución en las Comunidades Autónomas carentes de competencias legislativas en materia de Derecho civil.

III. EL PRECEDENTE BRITÁNICO: *ADOPTION ORDER* Y *ADOPTION CONTACT ORDER*.

1. Líneas generales de la regulación.

En el Derecho británico actual, la adopción se encuentra totalmente reglamentada en normas escritas, tales como *Adoption and Children Act de 2002* (en adelante, AChA2002), que sustituyó otra anterior (*Adoption Act de 1976* en vigor desde 1988), completada con algunas disposiciones contenidas en la ley de menores o *Children Act de 1989* (en adelante ChA1989)²². El sistema ha experimentado una reciente transición, debido a las alteraciones que ha introducido la reciente *Children and Families Act* promulgada el 13 de marzo 2014 (en adelante, ChFA2014), uno de cuyos más relevantes propósitos se refiere a la “recuperación” de las órdenes de contactos post adoptivos.

²¹ Abona esta interpretación la previsión contenida en el art. 160 CC apartado 1 final: “Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el art. 178.4”.

²² Sobre la historia de las regulaciones británicas precedentes en materia de adopción, V., entre otros, BURTON, F., *Family Law*, cit., pág. 477; HERRING, J., *Family Law*, 2001, pp. 525 y ss.; WELSTEAD, M., & EDWARDS, S., *Family Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 191 ss.,

Sobre la *Adoption and Children Act 2002*, V. DIDUCK, A., *Law's Families*, ed. Lexis Nexis, Edimburg 2003, pp. 204 ss.

Sobre la *Children Act 1989*, V. STANDLEY, K., *Family Law*, 5ª ed., Hampshire-New York 2006, pp. 300-319.

Según las citadas disposiciones, el Estado mantiene un servicio de adopciones que somete a la supervisión de las autoridades administrativas locales (*local authorities*) y al control de tribunales de justicia, a los que corresponde acordar las resoluciones judiciales de adopción (*adoption orders*). Estas órdenes se basan en acuerdos previos (*arrangements*) que pueden establecerse privadamente entre la familia de origen y la adoptante, o también a través de los “servicios locales”, aunque es más frecuente acudir para conseguirlas a unas agencias independientes acreditadas y supervisadas por el Estado. Las “agencias de adopción” agilizan los procesos, que duran unos tres meses a partir de la aceptación de la solicitud de adopción²³; seleccionan a los adoptantes mediante informes de un panel de expertos; “casan” o cierran esta selección también respecto a la lista de niños en espera de ser adoptados, y posteriormente, desarrollan importantes servicios de seguimiento, apoyo profesional, y mediación²⁴.

La nueva ChFA2014 aborda entre otras cuestiones las resoluciones judiciales de contacto relativas a los niños adoptados mediante la oportuna *adoption order*, y que pueden ser acordadas judicialmente en diversas fases del procedimiento de adopción (antes de la constitución, tras la *placement order* o acuerdo de colocación del niño en una familia de futuros adoptantes) o con ocasión de la constitución de la adopción (a través de la *adoption order*) en cuyo caso se trata de la *post adoption contact order*, que es la que ahora nos ocupa, y ha sido establecida en el año 2014 no sin generar intensa polémica en el ordenamiento británico.

La AChA2002 cuenta con cinco capítulos que sucesivamente se refieren a los servicios de adopción, la colocación o acomodación de los niños en familias y diversos tipos de órdenes judiciales (*placements orders*, contempladas en las secciones 18 a 65), el estatuto jurídico del menor adoptado (secciones 66 a 76), los registros de adopciones (uno general y otro especial para anotar las solicitudes de contactos post adoptivos, cuyo régimen establecen las secciones 77-79 y 80-81 respectivamente) y las adopciones con algún elemento de extranjería (secciones 83 a 91).

Muy a grandes rasgos, el sistema coincide con el español en varios puntos: así, el Estado supervisa y controla los procesos de adopción de menores mediante los correspondientes servicios públicos de apoyo y gestión de los mismos, que se confían a las autoridades locales (*local authorities*) a las que compete la preparación de los expedientes de propuesta previa que culminarán en resoluciones judiciales de adopción (*adoption orders*).

Por tanto, en ambos sistemas, inglés y español, las adopciones de menores en

²³ V. sobre este punto <https://www.gov.uk/child-adoption/adoption-assessment>.

²⁴ Se refiere a todo ello la AChA2002 en sus secciones 9 a 17.

que deba intervenir la Administración serán objeto de un doble control, primeramente administrativo a través de las entidades locales, y posteriormente judicial (mediante las órdenes o acuerdos judiciales de adopción, entre nosotros, Autos). Todo ello queda regulado en forma detallada en la AChA2002 y otras que la complementan, con algunas diferencias destacables respecto al sistema español, como por ejemplo, el relativo al régimen de los registros de adopciones²⁵; y señaladamente, respecto al papel que se otorga a las agencias de adopción, públicas o privadas, en la canalización y gestión de los procesos, así como en sus funciones de mediación.

Los servicios públicos de adopción locales centralizan la información sobre los futuros adoptados, sus padres naturales o tutores y los futuros adoptantes. Deben proporcionar informaciones a los interesados en los procesos, así como prestar servicios de evaluación de las necesidades y soporte a los intervinientes en los procesos.

Corresponde a las entidades locales elaborar y publicar la planificación de las actividades de sus servicios de adopción, así como también llevar el control de las agencias y sociedades independientes que desarrollan labores de mediación retribuida en los correspondientes procesos²⁶.

Los servicios de adopción deben proporcionar periódicamente estadísticas y otras informaciones al Ministerio competente.

2. Sobre la *adoption order*.

Según la normativa británica²⁷, esta expresión designa la resolución judicial dictada a favor de una pareja o matrimonio, o también de una persona sola, independientemente de su orientación sexual, que le confiere la responsabilidad parental de un menor y extingue la que anteriormente detentaban otras personas. Puede recaer sobre un menor anteriormente adoptado, pero no sobre una persona casada o que lo hubiera estado previamente, ni sobre los que hubieran cumplido los 19 años. Antes de

²⁵ AChA2002 secciones 77-82, que instituyen el Registro de Menores Adoptados así como el Registro de Contactos entre adoptados y sus familiares, en el que se inscribe a los adoptados en cuyo favor se hayan dictado las *post-adoption contact orders*.

²⁶ Los honorarios que cobran tanto las agencias como los servicios de adopción de las entidades locales oscilan alrededor de las 27000 Libras y varían según las distintas situaciones.

V. al respecto. noticia publicada por la *British Association for Adoption & Fostering*, http://www.baaf.org.uk/webfm_send/3161.

²⁷ AChA2002, secc. 46

formular la orden judicial, el tribunal debe considerar la posible existencia previa de *arrangements* que permitan al niño relacionarse con otras personas distintas de los adoptantes. Para la resolución judicial de adopción se exige además el consentimiento de los padres o tutores anteriores del niño, salvo dispensa. Se exige a los solicitantes estar domiciliados en territorio británico y haber residido en el mismo con anterioridad mínima de un año, así como una edad de al menos 21 años en los adoptantes²⁸.

Para establecer la adopción, el Juez puede también otorgar a los menores adoptados el derecho a seguir manteniendo contactos y relaciones con sus familiares de origen, mediante una resolución especial denominada *post adoption contact order*, de conflictiva consideración en el Derecho británico tradicional, cuya procedencia y regulación ha sido abordada por la nueva ChFA2014. Esta norma ha incorporado a la AChA2002 dos nuevas secciones dedicadas a la materia, no sin intenso y profundo debate crítico sobre sus ventajas e inconvenientes, que ha llevado al legislador a establecer ciertos límites. Se cuestiona ahora como se desarrollará en adelante la aplicación práctica de la medida por parte de los tribunales, reacios en principio a admitirla.

3. Formas indirectas y alternativas al “derecho de visita”.

Los contactos con la familia de origen después de haberse constituido la adopción han sido tradicionalmente vistos con recelo por los tribunales de Gran Bretaña que, hasta la reforma, se inclinaban por favorecer la completa ruptura. Algunos juristas han considerado que no solo su “establecimiento” (en los raros casos en que ello pueda tener lugar en la actualidad, salvo que se trate de adopciones internacionales) sino también su “mantenimiento” tras la constitución de la nueva situación (que es de lo que ahora se trata), se aviene mal con los propósitos inherentes a todo proceso de adopción, por lo que con el tiempo se han ido formulando algunas soluciones intermedias interesantes tales como las siguientes:

La *Letter-box*.

Así, se ha extendido una práctica consistente en establecer determinados planes de contacto acordados, que la Administración controla a través de las agencias de adopción. Por regla general, en ellos se prevén formas indirectas de comunicación tales como las cartas que se intercambian los interesados

²⁸ V. página oficial del Gobierno U.K. sobre las etapas básicas del proceso.

<https://www.gov.uk/child-adoption/overview>

<http://www.adoptionuk.org/>

una o dos veces al año (sistema de la *letter-box*), las fotografías y tarjetas, o la participación en las redes sociales, pero evitando establecer medidas que consistan en entrevistas cara a cara (*face to face*). Las visitas presenciales entre el menor y sus familiares mayores se sustituyen por dicho sistema indirecto (genéricamente denominado *contact-box*) salvo en el caso de los hermanos, en el que aquéllas se encuentran más comúnmente admitidas.

El *Life story work*.

Igualmente tiene lugar la práctica de terapia psicológica de indicar a los niños que redacten un relato llamado *life story work* en el que traten de reunir las informaciones que consigan y recuerden sobre sus orígenes, hasta conocer su situación actual, en la medida de su edad y grado de madurez.

Aunque ello pueda parecer traumático para el niño, desde una perspectiva psicológica se ha observado que dicha actividad puede ayudarle a elaborar los procesos de construcción de su propia identidad y conexión de su presente y futuro respecto a su pasado. Puede también ser útil para conocer su origen cultural, étnico y religioso.

Ello tiene lugar especialmente en relación con niños mayores y escolarizados, que integran en sus deberes escolares cotidianos este trabajo, cuya duración aproximada es de un año.

Pero el desarrollo de dicha actividad también puede incentivar la curiosidad del niño sobre ciertas cuestiones –vgr., desgracias familiares, situaciones de maltrato hacia su persona, desestructuración familiar, etc.- que no siempre le conviene conocer mientras no tenga la suficiente madurez, por lo que se ha determinado que estas prácticas se sujeten a planificación y, lo que es más efectivo, se canalicen a través de las agencias de adopción, que actúan como mediadoras, en la forma que se considere más conveniente sobre todo para el bienestar emocional del menor²⁹.

4. Ventajas e inconvenientes.

Una vez culminado el abandono del modelo antiguo de adopciones cerradas en que se ocultaba al niño toda información sobre sus familiares y el hecho

²⁹ V. la perspectiva que ofrece DOGSON, L.: *Barrister*, en *Post-adoption Contact: All change or more of the same?*, 11 noviembre 2014 (11 noviembre 2014) <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed136606>

mismo de la adopción, se ha generalizado en las legislaciones un sistema antagónico con el anterior que consiste en imponer a los padres adoptantes la obligación legal de informar al niño de que es adoptado y tiene otros familiares de origen.

Este modelo abierto basado en la transparencia no deja de tener aspectos positivos, pero indudablemente también presenta inconvenientes, por lo que no es fácil para el legislador establecer cuáles son sus límites³⁰.

Entre los aspectos positivos se han mencionado los siguientes:

- El hecho de revelar a los niños la verdad sobre los parientes de origen contribuye a evitar futuras decepciones que podrían plantearse más adelante cuando la descubrieran.
- El conocimiento por parte del niño de que los miembros de la familia de origen muestran interés y preocupación por sus progresos escolares a pesar de no convivir con él, contribuye a reforzar su autoestima y le ayuda a construir su identidad.
- El mantenimiento de contacto con los parientes de origen, que se encuentran “desaparecidos” de su entorno vital, puede contribuir a evitar que se produzcan en el menor reacciones de rechazo a establecer nuevas vinculaciones afectivas con la familia adoptante.
- También puede ayudar a los parientes de origen a resolver su aflicción por la pérdida del hijo y conseguir informaciones sobre su devenir o su nueva vida.
- Es reconfortante para los adoptantes como padres constatar que la conflictiva cuestión del mantenimiento de contactos con la familia biológica se está abordando de manera planificada y cuenta con soporte profesional.

Por lo que se refiere a los aspectos negativos destacan los siguientes inconvenientes:

- El contacto directo con la familia de origen puede tener implicaciones negativas para la capacidad del niño de establecer vínculos con su nueva familia adoptiva y paralizar o dificultar sus sentimientos de pertenencia y permanencia en ella.
- En caso de que los contactos resultaran negativos para el adoptado, ello podría perjudicarlo doblemente, por representar para él un segundo rechazo;

³⁰ V. al respecto, DOGSON, L, cit.

pero, aun cuando resultaran positivos, siempre pueden causar tensión emocional al menor, especialmente cuando se trate de niños mayores.

- Puede llegar a ser muy difícil para los padres adoptantes el mantenimiento de una relación positiva con los familiares de origen, según fueran las circunstancias en que los niños fueron removidos de la custodia de ésta (así en los casos de haber precedido a la adopción situaciones de abandono y maltrato infantil).

- Existe el riesgo de que las familias de origen utilicen el contacto con el niño para menoscabar la decisión de su entrega en adopción, incluso involuntariamente.

Estos y otros debates acerca del mantenimiento de comunicaciones con la familia de origen por parte de los niños adoptados han surgido en el seno del Parlamento británico con ocasión de la promulgación de la ChFA2014, según documento publicado oficialmente al que nos referimos seguidamente.

5. El capítulo octavo del Informe del Parlamento Inglés.

Con ocasión de la elaboración de la norma de 2014 que introdujo las medidas de contactos post adoptivos, el Parlamento inglés emitió un informe detallado en el que se exponen las dificultades que presentaba el nuevo sistema³¹.

Dicho texto parte del efectivo incremento de edad de los menores en adopción, que les hace más propensos a mantener fuertes vinculaciones con sus familiares biológicos, por lo que los tribunales habían dudado acerca de la conveniencia de tomar en consideración los posibles acuerdos existentes en favor de aquéllos a la hora de dictar las *placement orders* que resuelven entregar los niños a sus futuros adoptantes.

La idea que subyace en esta resistencia de los tribunales británicos era su rechazo a imponer medidas de mantenimiento de contacto post adoptivo contra la voluntad de las familias adoptantes, así como también el propósito de reducir su propia intervención a una mera función principal de homologación de los planes que hubieran sido previamente establecidos por acuerdo entre las dos familias.

³¹ El texto del Informe, titulado *Adoption: Post-legislative Scrutiny - Select Committee on Adoption Legislation*, fue publicado por el Parlamento el 6 de marzo de 2013. Puede consultarse en la página oficial del mismo.
<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldadopt/127/127.pdf>.

En cuanto a la forma de las comunicaciones, el texto puso de manifiesto que se había constatado la infrecuencia de entrevistas directas o presenciales y que muchas familias adoptivas recurrían al sistema de *contact-box*, consistente en particular en el cruce de cartas una o dos veces al año para intercambiar informaciones relativas al menor con los padres biológicos, por medio de las agencias de adopción, con el fin de preservar así la identidad y localización de la familia adoptante. Las entrevistas presenciales eran más comunes entre los hermanos.

La principal preocupación que había suscitado la aplicación práctica de la AChA2002³² era ante todo recordar al legislador que los contactos deben establecerse en beneficio del niño y no de los padres u otros parientes, así como la conveniencia de que las decisiones al respecto se determinen de manera individualizada, en atención a las necesidades particulares de cada niño, y se prescinda de establecer decisiones globales que conlleven mandatos en abstracto para ser realizados en todos los casos. Ya que lo que beneficia a los niños es contar con alguna forma de continuidad que les permita integrar el pasado con el presente y obviamente con el futuro, más que mantener las relaciones con la familia biológica de la misma manera en que anteriormente se habían desarrollado.

Se puso de relieve además, en el documento citado, el papel que puede jugar el hecho de facilitar a los niños las relaciones con sus familiares originarios, para asumir su pasado y permitirles robustecer y conformar el sentido de su identidad. En esta línea se manifestó que la práctica de compartir con el niño el conocimiento de los motivos por los que fue adoptado, favorece la elaboración del trabajo sobre su historia vital (*life-story work*) y forma parte importante del contenido de dicho relato.

En el texto se destacó asimismo el negativo impacto de permitir contactos no autorizados y mantenidos por iniciativa privada de la familia biológica o del propio niño, situaciones que estaban prohibidas con anterioridad en la antigua ChA1989 (secc. 1), ya que las comunicaciones no supervisadas presentan varios peligros, como los de poner en riesgo la firmeza y seguridad de la colocación en la nueva familia, causar profundo desencanto y perturbación entre los adoptantes, y llegar a comprometer incluso la propia integridad física del niño.

En esta última línea, se hizo alusión a una consulta que el Gobierno británico realizó y publicó en agosto de 2012, en el que algunas autoridades comentaron que, aun cuando sea siempre bien intencionado, el contacto posterior a la adopción causa con mucha frecuencia daños a los niños, por lo

³² Destacada por la Diputada para la Comisión de la Infancia en el Parlamento inglés, Sue Berelowitz.

que su permisión y mantenimiento resulta hiriente y poco atractiva para los adoptantes.

6. Las nuevas secciones 51A y 51B de la AChA2002 introducidas por la ChFA201 (la *post adoption contact order*).

Con dichas reservas, el proyecto de ley salió adelante y por ello la posibilidad de los adoptados de mantener las relaciones con sus familiares de origen y otros allegados, ha sido recientemente incorporada a la AChA 2002, en dos nuevas secciones, 51A y 51B, introducidas por la ChFA2014 (sección 9ª).

Con anterioridad, las llamadas *post adoption contact orders* se encontraban prohibidas, ya que las establecidas previamente en aplicación de la sección octava de la ChA1989, quedaron extinguidas por virtud de las prohibiciones contenidas en la secc. 26 de la AChA2002 (para los niños destinatarios de la *placement order*, o entrega a futuros adoptantes), y 46 (para los niños adoptados mediante la *adoption order*).

La nueva sección 51A, redactada tras la reforma de 2014, establece ahora en su párrafo (3), apartados a) a e), que las relaciones podrán ser acordadas por los jueces tanto en el momento de que los niños sean colocados en una familia que haya solicitado adoptarlos (situación parecida a la que entre nosotros se conoce hasta la reciente reforma como de “acogimiento preadoptivo”) como en el momento de constituirse la adopción o incluso con posterioridad al mismo.

Las personas susceptibles de ser mencionadas a estos efectos en la *order* son los progenitores biológicos del niño así como sus consortes o parejas de hecho, los tutores o guardadores anteriores del menor, o cualquier persona con quien el niño hubiera convivido anteriormente durante al menos un año.

Pueden solicitar que se dicte la orden para el mantenimiento de las relaciones con los otros familiares, los solicitantes de adopción o los adoptantes, el propio niño, y cualquier otra persona que haya obtenido licencia judicial para formular la solicitud.

La nueva sección 51B se refiere al contenido de estas *post adoption contact orders*: pueden incluir indicaciones sobre cómo se llevarán a efecto los contactos; sujetarse a condiciones y requisitos que el tribunal considere apropiados; pueden ser modificadas o revocadas por el tribunal a instancia del niño, de los adoptantes o de las personas nombradas en la orden; se prevé que su eficacia se prolongue como máximo hasta que el niño cumpla los 18 años salvo que antes sean revocadas: etc.

Se han vertido comentarios al respecto en medios profesionales. Así el abogado Lance DOGSON, ha manifestado que la nueva normativa es contraria a la jurisprudencia de los tribunales británicos³³, que habitualmente se habían pronunciado en contra del sistema de adopción abierta. Señala también que la normativa deja abiertas algunas cuestiones puntuales que solo el atento estudio de la futura interpretación y aplicación será capaz de resolver.

IV. EL ART. 178.4 DEL CC ESPAÑOL: NOTAS PARA SU FUTURA APLICACIÓN.

En realidad, el nuevo texto que se ha introducido en el Código Civil español contiene en primer lugar un mandato genérico, dirigido a un destinatario indefinido, o a un destinatario no personificado sino conjunto entre todas las autoridades llamadas a velar por el bien del menor, por el que “podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación” del adoptado con su familia de origen, siempre que así lo aconseje su interés superior y en razón de circunstancias particulares sobre la familia, edad, u otras que se consideren significativas, según la valoración de la Entidad Pública.

El mandato al Juez aparece a continuación. Pero su contenido se limita a facultarle (“podrá acordar”) tanto para ordenar el mantenimiento de las relaciones, como para modificarlas o prohibirlas, por lo que esta toma decisión descansa en su libertad de apreciación. Si el Juez manifiesta alguna decisión al respecto, en sentido positivo o negativo, la norma le ordena contar con el consentimiento de las dos familias (la de origen y la adoptiva) y prestar audiencia al menor. También le ordena actuar, en el caso de que así lo decida, “a propuesta” de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, de donde se deduce que, si decide actuar, resultará necesario contar con una propuesta previa en cualquiera de los diversos sentidos. Nada se ha previsto expresamente para el caso en que el Juez resuelva no intervenir y abstenerse

³³ DOGSON, L., cit. El autor menciona los siguientes casos: en *Re P (Placement Orders: parental Consent)* [2008] EWCA Civ 535, se subraya el carácter altamente excepcional de esta medida; en *Re J (A Child) (Adopted Child: Contact)* [2010] EWCA Civ 581, el tribunal de apelación se sumó a la interpretación restrictiva prevista en la ChA1989 en lugar de la más amplia propia de la AChA2002; en el caso *Re J (Child) (Adopted Child: Contact)* [2010] EWCA Civ 581 se mantuvo que el intercambio de fotografías de los padres biológicos no podía llevarse a cabo sin el consentimiento de los adoptantes; en *in Re T (a child) (Adoption: Contact)* [2010] EWCA Civ 1527, el tribunal de apelación remarcó de nuevo que es extremadamente inusual establecer una orden de contacto posterior a la adopción contra el consentimiento de los futuros padres adoptantes, y que los padres biológicos no pueden compeler a ello. Pero en *MF v of Brent & Ors* [2013] EWHC 1838 (Fam) el juez Ryder LJ resolvió a favor de una orden de contacto con la familia de origen al realizar la orden de adopción de un niño de 7 años porque consideró que ello contribuiría en el futuro a su tranquilidad y estabilidad.

de formular un “acuerdo” pese a haber recibido propuesta.

Sin embargo de la norma se deduce que la propuesta previa no es vinculante para promover el acuerdo del Juez, y sí solamente para que, en caso de que él decida tomar algún acuerdo al respecto, la tenga en cuenta.

En suma, cuatro voluntades diversas deben ser tenidas presentes además de la de la autoridad judicial: la de la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal; la de las dos familias afectadas; y la del menor. En esto puede consistir quizá el significado de la expresión “podrá acordar” que ha utilizado el legislador en el nuevo texto del art. 178.4 CC.

Pero sólo se le exige que “cuenta con” la propuesta previa, no que la ratifique, de manera que este acuerdo es facultativo.

El menor tiene derecho a ser oído. No figura en la norma alusión alguna al deber de respetar en lo posible sus deseos o sentimientos. Pero al estar contemplado expresamente este derecho suyo (recogido expresamente en la británica *Welfare Checklist* pero no en la L.O.1/1996) en textos internacionales vigentes en España, el menor podrá solicitar, si lo precisara, la intervención del Defensor del Menor y exigir el cumplimiento del art. 39 de la Constitución.

Además, cuando se trata de solicitar al Juez que acuerde la “modificación” o la “suspensión” del régimen de comunicaciones se concede legitimación a ciertas personas (la Entidad Pública y los afectados por la resolución); sin embargo, cuando se trata de acordar el “mantenimiento” de las comunicaciones o relaciones, el legislador prescinde de mencionar a los legitimados para solicitarlo. ¿Significa ello que el juzgador puede resolver o no la concesión o denegación del mantenimiento de una medida que ya existía antes, en principio sin necesidad de sujetarse a solicitud de ninguna entidad o persona y que solamente cuando decida modificar o suspenderla deba ajustarse al principio de rogación por parte de ciertas personas legitimadas (muy en especial, la familia adoptante) así como a la necesidad de atender a la propuesta previa de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal?... La norma será conflictiva en este punto, porque no lo resuelve.

En cambio, es claro que cualquier decisión judicial que prescindiera del trámite de audiencia al menor si tiene suficiente juicio sería contraria a la norma.

Por otra parte, la intervención del Juez a la hora de homologar o no las medidas preexistentes de contacto entre el niño y sus familiares de origen, deberá respetar el objetivo principal de favorecer al menos las relaciones entre los hermanos biológicos.

En cuanto al momento procedimental en que deba tener lugar esta intervención judicial en el sentido de acordar el mantenimientos de contacto del menor con la familia de origen, la norma indica “al constituir la adopción”, por lo que en el Derecho español no tiene lugar esta posibilidad en el momento en que el menor es entregado a la familia de futuros adoptantes (que puede ser anterior) dado que, tras la reforma del art. 161 CC, ello sucede por decisión administrativa y no por una resolución judicial del tipo de la británica *placement order*.

Lo que sí parece haberse recogido, desde el precedente británico, es la conveniencia de que, si el Juez interviene, no lo haga sin contar con el consentimiento de las dos familias. A su vez, esta exigencia lleva a cuestionarse si podrá o no podrá prescindirse de dicho requisito en atención al interés superior del menor, como también cuales serían las consecuencias en el caso (probable) de que se adoptase una decisión judicial contraria a los deseos de la familia adoptante. La norma establece que la previa aceptación de los contactos post adoptivos sea criterio determinante en la declaración de idoneidad de los solicitantes de adopción, pero ¿qué ocurrirá si las circunstancias hacen cambiar de opinión a los adoptantes, cuando la adopción ya está resuelta a su favor?... ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas del incumplimiento de su anterior compromiso? ...estos supuestos podrán quizá resolverse solo a través de una propuesta previa de acuerdo de modificación de la medida, pero mientras no llegue esta propuesta de modificación al juzgado, la fase final del expediente de adopción podría quedar paralizado.

En la reciente jurisprudencia británica aparece un amago de la prevalencia del interés del menor sobre la opinión de los adoptantes³⁴. Igualmente se ha tenido en cuenta la conveniencia de individualizar al máximo la decisión sobre la medida, al precisarse en la norma que podrá establecerse en atención a la edad, situación familiar, “u otras circunstancias significativas” que deberán ser valoradas (debe suponerse, por el precedente británico, que se realizará en detalle y de manera particularizada) por la Entidad Pública proponente.

De donde se colige que, por regla general, ni siempre será conveniente establecer la medida del mantenimiento de contactos que hasta entonces protagonizaban el menor y sus familiares de origen, ni tampoco el Juez dictará acuerdos de mantenimiento, supresión o finalización, en todo caso, al dictar el Auto de adopción. En este punto será decisiva la valoración de las “circunstancias significativas” que desarrolle cada Entidad Pública al formular su propuesta previa de mantenimiento de contactos con la familia.

³⁴ V. la sentencia del Juez Ryder LJ, antes citada, que parece haber emprendido una línea progresista.

Ello podría colapsar la Administración por acumulación de recursos contra las “valoraciones” que le encomienda la norma y, a la postre, retrasar los procesos de adopción, lo que sin duda sería contrario a las finalidades generales de la reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

Por otra parte, la falta de consentimiento para la adopción abierta podrá tener lugar, más habitualmente, por parte de la familia de adoptantes que a iniciativa de la familia biológica (pues no se colige en qué supuestos podría ésta exigir que se ponga fin a las relaciones con el menor).

En nuestra opinión, el legislador ha dejado abiertas estas y otras cuestiones de orden procedimental que hubieran podido ser resueltas en la propia norma sustantiva, o también, haber sido recogidas con ocasión de la promulgación, coetánea, de la ley de Jurisdicción Voluntaria, que regula este tipo de procesos, o de la reforma de ciertos artículos de la LEC 1/2000 que se refieren a la oposición a las medidas dictadas por los jueces en los procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a la adopción de menores. Ello puede propiciar no solo impugnaciones de sus intervenciones, sino posibles líneas interpretativas encontradas en el futuro, dentro de los propios tribunales.

Otra cuestión es la que se refiere a las nuevas formas de establecer las comunicaciones. La norma dispone que no necesariamente consistirán en entrevistas o visitas, puesto que en la nueva dicción menciona además “u otras comunicaciones”. Pero cabe preguntarse: ¿cuáles serán éstas?... a estos efectos, estimamos útil recordar la experiencia británica en cuanto al sistema de las *letter-box* o el *life story work* (que no son sino terapias psicológicas probablemente extendidas entre los profesionales de otros países), las redes sociales, etc., y sobre todo, acerca de la supresión de la necesidad de que se efectúen las comunicaciones directa o presencialmente entre el niño y los padres de origen, puesto que, a falta de agencias especializadas propias del modelo británico, cabe también que sean canalizadas a través de los servicios de mediación previstos en la mayoría de las administraciones competentes autonómicas, para evitar así la tentación de facilitar datos que pudieran conducir al establecimiento de futuras comunicaciones o visitas no supervisadas y facilitar encuentros clandestinos.

Estos límites se justifican solo por la conveniencia del menor y de su estabilidad psíquica porque existen circunstancias que es preferible no darle a conocer mientras no adquiera la suficiente madurez para comprenderlas y en caso contrario podrían llegar a ser traumáticas. Pero en principio no debieran operar cuando se trata de comunicaciones entre los hermanos, porque estas otras, al contrario que las demás, deben favorecerse en principio y solo restringirse excepcionalmente en casos muy cualificados.

BIBLIOGRAFÍA

BURTON, F.: *Family Law*. 1ª ed., London, 2003.

CABEDO MALLOL, V.: *Marco constitucional de la protección de menores*, Madrid, 2008.

DIDUCK, A.: *Law's Families*, ed. Lexis Nexis, Edimburg, 2003.

DOGSON, L.: *Contact Post Adoption – time for a next default position?* 11 noviembre 2014.

<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed13606>.

HERRING, J., *Family Law*, 1ª, ed. Pearson Education Limited, 2001.

HOUSE OF LORDS, *Adoption: Post-legislative Scrutiny - Select Committee on Adoption Legislation*, 6 marzo 2013.

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldadopt/127/12702.htm>.

OBSERVATORIO DE LA INFANCIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes, en España y en el Derecho comparado* (Investigadoras, Leticia GARCÍA VILLALUENGO y María Asunción LINACERO DE LA FUENTE), Madrid, 2006.

<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>.

POUS DE LA FLOR, Mª P.: “La adopción”, en VVAA. (POUS DE LA FLOR, Mª P. y TEJEDOR MUÑOZ, L., coords.): *Protección jurídica del menor*, 4ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2016, pp. 81-106.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.): *Derecho de la Persona*, Barcelona, 2011 (pp. 51 a 66 del Cap. 2, *Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia*).

STANDLEY, K.: *Family Law*, 5ª ed., Palgrave Macmillan Law, Hampshire-New York, 2006.

VILLAGRASA ALCAIDE, C./RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.): *Por los derechos de la infancia y la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los derechos del niño*, Barcelona 2009, pp. 55 a 77 (por VILLAGRASA ALCAIDE, C.).

WELSTEAD, M., & EDWARDS, S., *Family Law*, Oxford University Press, 2006.

OTROS ENLACES ON-LINE

<https://www.gov.uk/child-adoption/adoption-assessment>

http://www.baaf.org.uk/webfm_send/3161

<https://www.gov.uk/child-adoption/overview>

<http://www.adoptionuk.org/>

http://www.baaf.org.uk/webfm_send/3161

NORMATIVA CONSIDERADA

Código Civil 1889.

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

Constitución Española 1973.

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).

Children Act 1989.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>.

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

Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 / (A3-0172/92).

Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 20 de mayo de 1993.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Código de Familia de Cataluña, Libro II (*Llei* 9/1998 de 15 de julio).

Adoption and Children Act 2002.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>.

Decreto de la Junta de Andalucía 282/2002 de 12 noviembre

Ley del País Vasco 3 /2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección de la Infancia y la Adolescencia.

Ley 15/2005, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

Ley Foral navarra 15/2005, de 5 diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores.

Decreto del Gobierno Vasco 114/2008, de 17 de junio, por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las Diputaciones Forales en materia de adopción de personas menores de edad.

Ley de la Comunidad valenciana 12/2008, de 13 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia.

Código Civil de Cataluña, Libro II (*Llei* 25/2010, de 29 de julio).

Llei 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y en la Adolescencia.

Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, de Custodia de los Hijos en caso de Ruptura de la Convivencia de los Padres.

Ley de la Comunidad de Galicia 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia.

Children and Families Act 2014.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/contents/enacted>

Ley de la Comunidad de Castilla-La Mancha 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.