

Tesis Final de Master en Derecho de Familia e Infancia

2016/17

Facultad de Derecho - Universidad de Barcelona



**ADOPTAR EN ESPAÑA:
EVALUACIÓN Y APOYO PARA
PREVENIR LA RUPTURA**

Paola Andrea Peláez Castro

(Andrea Leguizamon Maldonado)

NIUB 17102890

INTRODUCCIÓN.....	2
1. MARCO SOCIAL DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA.....	4
1.1 Evolución histórica y social de la adopción.....	4
1.2 Interés superior del niño, punto de partida y eje central de la adopción.....	8
1.2.1 Criterios del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.....	10
1.2.2 Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	13
1.2.3 El interés superior del niño en los procesos de adopción.....	16
1.3 Identidad de las personas adoptadas.....	18
1.3.1 Construcción de la identidad como adoptado/a.....	18
1.3.2 Identidad en la adopción transracial.....	20
2. MARCO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA.....	23
2.1 Adopción nacional.....	24
2.1.1 Aspectos sustantivos.....	25
2.1.2 Aspectos procedimentales.....	28
2.2 Adopción internacional.....	30
2.3 Experiencia catalana en procesos de adopción.....	35
3. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN EN LA ADOPCIÓN.....	39
3.1 Adoptabilidad de niños y niñas.....	39
3.2 Idoneidad de los futuros adoptantes.....	42
4. RUPTURA EN LA ADOPCIÓN.....	46
4.1 Motivación en la adopción.....	48
4.2 Señales de riesgo en el niño adoptable.....	51
5. PREVENCIÓN DE LA RUPTURA.....	54
5.1 Intervención y seguimiento.....	54
5.2 Apoyo postadoptivo.....	57
5.2.1 Apoyo a las familias adoptivas.....	57
5.2.2 Apoyo a las familias de origen.....	59
CONCLUSIONES.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	71

INTRODUCCIÓN

Históricamente la adopción ha sido concebida como un instrumento asimilacionista, es decir, una forma de filiación equiparable a la natural. Este hecho, que parte de unos valores tradicionales, cerrados en relación a la concepción de la parentalidad y sus motivaciones, se ha perpetuado hasta nuestros días.

El resultado de ello es la pretensión de asimilar la familia adoptiva a la biológica y la falta de elaboración de duelos (infertilidad, muerte de algún hijo, monoparentalidad) al llegar a la adopción, así como la concepción de la maternidad y paternidad desde un punto de vista biológico (embarazo igual al certificado de idoneidad, parto igual a la llegada del niño o niña).

La adopción parte de una base fáctica y psicológica diferente a la biológica. De ahí, la necesaria formación que requiere entrar a adoptar a un niño, niña o adolescente que no pertenece biológicamente a esa nueva familia. De esta forma, las relaciones familiares se constituyen en una necesidad básica para los niños y niñas de la que deriva la existencia para ellos del derecho a una vida en familia.

La existencia de este derecho debería condicionar en la práctica el modo en que se estructura y organiza la protección de menores, tanto en el plano nacional como en el internacional, muy especialmente en lo relacionado con las ayudas a la familia de origen, las declaraciones de adoptabilidad de los niños y niñas, y el favorecimiento de los acogimientos familiares en familia extensa o ajena, es decir, la permanencia en su entorno.

Sin embargo, la protección del derecho a la vida en familia, con todas sus implicaciones, adolece en la actualidad de importantes lagunas y serias contradicciones, tanto nacionales como internacionales, relacionadas con la ruptura de esta estructura familiar, que desde un principio se presupone como medida de protección de los niños en situación de desamparo.

El planteamiento de esta tesis tratará, de este modo, presentar las reformas introducidas por la Ley 15/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, de las cuales, podemos entrever los intentos de apertura hacia un sistema más inclusivo, en relación a la niñez, a través de la nueva figura de la adopción abierta en nuestro ordenamiento; que aunque no es desconocida en otras regulaciones

nacionales como es el Reino Unido o EE.UU., su implementación supondrá un gran avance respecto a las tan relegadas familias de origen.

Igualmente, se pretende exponer la concepción social de la adopción y cómo ésta ha incidido en la calificación de la supuesta adoptabilidad de los niños y niñas y la idoneidad de los futuros adoptantes; así como la prevención de la ruptura en estas nuevas estructuras familiares mediante la herramienta del apoyo postadoptivo.

La concurrencia de estas cuestiones en los procesos de adopción es de vital importancia, por lo que debemos reflexionar sobre la motivación con la que se llega a la adopción y las consecuencias de introducir a todas las partes implicadas en un proceso que deja desvalidos emocionalmente a estos niños y niñas tras un segundo abandono.

1. MARCO SOCIAL DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA

1.1 Evolución histórica y social de la adopción

El hecho de la adopción, en sí mismo considerado, no es nuevo. La adopción ha existido siempre, considerándose una de las maneras de filiación que existe desde la antigüedad. La palabra adopción, etimológicamente, proviene del latín *adoptio* que se refiere al acto de aceptar como propio algo (ideas, costumbres, lengua, personas, etc.) que pertenece a otros. En relación a las personas es el acto legal por el que uno toma como propio a un hijo o hija que ha nacido de otros progenitores. En nuestro contexto cultural y legal, la adopción es entendida como una medida de protección al niño o al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece irrevocablemente una relación paterno-filial entre personas que no la tienen de manera biológica. En consecuencia, por medio de esta filiación el adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia de origen.

De esta manera lo explica Rius, por el que la evolución de esta concepción obedece a diversos factores sociales, religiosos y económicos¹. Revisando la historia de la adopción, comprobamos que ésta ocupa un lugar destacado en las obras mitológicas², así como en la literatura, y a modo de ejemplo podemos citar “Oliver Twist” de Dickens o “Perdita” de Shakespeare. Ha existido, por lo tanto, en todas las culturas y la practican no sólo los humanos, sino también más de 120 especies de mamíferos y más de 150 especies de aves³. En su aspecto más amplio, el significado de la adopción ha sido modificado a lo largo del tiempo al ser una práctica ligada a las leyes reguladoras que

¹ Rius, M. (2011). “Adopciones e identidad”. Cultura y raza en la integración familiar y social. 1.1 *Evolución de la vivencia social del hecho adoptivo* (25-45).

² Así lo expone Vallverdú, J. (2004) en “Reflexiones históricas sobre la adopción” (Revista de psiquiatría y psicología del Niño y Adolescente, 4 (1), 28-53); donde nos cuenta como los descendientes de relevantes personajes históricos fueron abandonados en un río o en un apartado paraje, siendo luego hallados por una familia humilde o un animal salvaje que se ocupa de ellos y los ayuda a crecer hasta convertirse en el héroe ya adulto que decide tomar venganza para recuperar el lugar que le corresponde por su linaje.

³ Por ejemplo, en los avestruces y otras aves, se sabe que los adoptantes se benefician de menores posibilidades de depredación de sus propias crías al darse el efecto de grupo, al existir un mayor número de vigilantes frente a dichos depredadores, dándose así unas tasas superiores de crecimiento en las crías de grandes familias. Por otro lado, en los gatos salvajes, si la madre está herida o fallece, el gato que ha aprendido este patrón de comportamiento parental ejercerá el papel de madre, aumentando las posibilidades de supervivencia. En Avital, E. (1998), “*Adopting adoption*”. *Animal Behavior* nº 55 (1451-1459).

según la época han sido motivadas por distintos valores; reflejando las necesidades sociales así como el sistema de creencias. Se constata de este modo que los valores que más peso tenían estaban en sintonía con la moral predominante en cada época, ligados a la herencia genética, a la clase social, al linaje, a la sexualidad y, por último, al lugar que se ha otorgado en cada momento histórico a la infancia.

Como manifiestan las autoras de “Adopción e identidades”, las finalidades de la adopción en la antigüedad diferían notablemente de aquellas que hoy en día perseguimos. La adopción romana por ejemplo, servía al propósito de prevenir la extinción de una línea familiar, basándose en el reconocimiento de los derechos y las necesidades de los padres, mientras que las leyes modernas pretenden proteger el bienestar de los niños y niñas adoptados. Y en los Códigos de Hammurabi, 1750 años antes de nuestra era, la adopción estaba regulada para proporcionar mano de obra a las familias que lo necesitaban. En este contexto, durante la Edad Media, pocas legislaciones regularon la adopción tal y como se conoce hoy, pues el derecho feudal no consideraba correcta la convivencia entre señores y plebeyos. Además durante el Medievo se otorgó muy poca importancia a la infancia por la alta mortalidad infantil, que estaba asociada a la idea de fragilidad física. Por lo que pasados los 4 años de edad, el niño que sobrevivía iniciaba su aprendizaje fuera del ámbito familiar, mezclándose en el mundo de los adultos. Este aspecto, unido al escaso control de natalidad y el consecuente aumento de nacimientos, convirtió esta época en la que menos se tuvo en cuenta la infancia. Debido a ello, a finales de la Edad Media, tanto la Iglesia como el Estado comenzaron a adquirir una posición de poder en asuntos que hasta entonces decidía cada familia, produciéndose entre los siglos XII y XIII la condena del abandono de niños, el aborto y el infanticidio por parte de éstos.

En el siglo XVII, se crearon los primeros asilos para niños abandonados, fundándose en Francia el Hospital de Niños Expósitos, multiplicándose durante el siguiente siglo este tipo de instituciones. En 1739, se creó en Londres el *Founding Hospital* con el objetivo de acoger a los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero no fue hasta 1802 que se reconoció su existencia en los registros de adopción. En 1851 aparecieron las primeras leyes modernas sobre adopción, fundamentadas en el Derecho Romano. Nos referimos a las leyes de Massachusetts, redactadas para paliar la necesidad de mano de obra barata; con cuya implementación se “vaciaron” los orfanatos, siendo los niños adoptados por familias de trabajadores en el campo. A estas leyes les siguieron otras resoluciones a nivel mundial, en un intento de regular los procesos de

adopción. En España, por ejemplo, en 1901, se regularon las figuras del “prohijamiento” y la “crianza”⁴. La primera consistente en la posibilidad de todo varón de recibir por hijo a cualquier hombre o mujer capaz de heredarle; y la segunda, en el cuidado de tipo asistencial, que llevaba incluida la alimentación y la educación, pero no el ingreso al círculo familiar ni la posibilidad de adquirir derechos hereditarios. En 1917 se aprobó la *Minnesota Children Law*, que reconocía la igualdad entre hijos biológicos y los adoptivos ante la ley en cuanto al apellido, derechos filiales y hereditarios. Sin embargo, permitía la anulación del proceso de adopción si, durante los cinco años tras haberse constituido ésta, la criatura desarrollaba problemas mentales o físicos.

Continuando su recorrido por la historia, la adopción pasó de ser un modo eficiente de resolver el problema de los niños nacidos fuera de las relaciones maritales debido a los valores morales considerados en la época, a producirse sistemáticamente a nivel internacional con niños procedentes de países que habían sido devastados por la guerra, la pobreza o el genocidio. Por ello, tras la Segunda Guerra Mundial los estudios de Bowlby aportaron un nuevo concepto que supuso un cambio en la valoración de la adopción. Este es el de la *maternal deprivation*, que fue observado en los niños que no vivían con sus madres, sufriendo daños irreversibles para su crecimiento. Bowlby sostenía que los niños debían vivir en el seno de una familia y no en instituciones, lo que reforzó la importancia y la necesidad de la adopción. Surgiendo entonces el gran cambio en sus propios objetivos, a partir de los cuales la adopción debía estar al servicio de los niños y no para satisfacer las necesidades de los adultos, constituyéndose como un recurso destinado a proteger a la infancia desamparada o sin protección familiar adecuada. Posteriormente, a partir de los años setenta, se dieron los primeros conatos de adopción internacional, cuando un elevado número de familias suecas adoptaron masivamente en Corea. Suecia resultó, entonces, el país occidental donde se adoptó la mayor cantidad de niños nacidos en el extranjero, con más de 50.000 adoptados internacionalmente, de los cuales 10.000 niños provenían de Corea del Sur⁵.

⁴ Giberti, E. (1992). “Adopción y silencios”. Buenos Aires: Sudamericana (46-75).

⁵ Sobre las adopciones en Suecia: Hübinette, T. (2009). “*The Korean adoption issue between modernity and coloniality*”. *Transnational adoption and overseas adoptees in Korean popular culture*. Köln: Lambert Academic Publishing.

En 1993 se firmó el tratado más importante hasta ese momento en materia de adopción internacional, el Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño, a la concepción del interés superior y a la cooperación en materia de adopción internacional. De este modo, a finales del siglo XX fue adquiriendo nuevas apreciaciones la “adopción abierta”, especialmente en Estados Unidos, tratándose de un proceso en el que la familia de origen y la adoptiva pueden estar en contacto a lo largo de la vida del adoptado.

En el caso de España, las perspectivas de adopción anteriores a 1987 cambiaron de forma drástica. En los primeros 50 años del siglo XX, los procesos de adopción fueron escasos, y algunos de ellos no reconocidos. Debido a la gran cantidad de niños que resultaron huérfanos tras la Guerra Civil española (1936-1939), en el año 1941, fue dictada una ley que permitía a los centros de acogida de niños, las conocidas maternidades, tramitar la adopción delante del juez. Se facilitó también que algunos establecimientos benéficos pudieran llevar a cabo un número reducido de adopciones.

Cabe mencionar que la adopción fue asumida por la conciencia y las costumbres de la población en relación al concepto cerrado de familia, según las creencias y motivación para la adopción; aumentando de este modo la demanda de niños y niñas. Destaca igualmente la Ley 7/1970 de 4 de julio y la Constitución Española de 1978, que introdujeron cambios sustanciales tales como el reconocimiento de plena igualdad entre los hijos, independientemente de su filiación. Se eliminó así la diferencia entre filiación legítima e ilegítima, se rebajó la edad de los adoptantes hasta 30 años y se redujo la diferencia de edad con el adoptado a 16 años, posibilitando además adoptar a los que ya tenían hijos y se redujo de 6 meses a 30 días el tiempo que el menor tenía que estar en situación de abandono para poder ser adoptado. En este contexto, se favorece la adopción a través de la promulgación de la Ley 21/1987 reguladora de la adopción nacional que introduce, por primera vez, a la Administración Pública en el proceso adoptivo; dejando de ser por ello un acuerdo privado ante el juez. Se crean también los Servicios de Menores de las comunidades autónomas, quienes tenían la competencia en materia de adopción y eran los responsables de valorar la capacidad de los futuros adoptantes y proponer la adopción de menores tutelados por la administración⁶. De esta forma, se establecen los primeros equipos multidisciplinares, formados por trabajadores

⁶ Freixa, M. (1996). Tema monográfico: “La adopción”. Anuario de psicología, 71 (4) (3-145).

sociales, psicólogos y pedagogos, entre otros, quienes debían examinar la idoneidad de los solicitantes de adopción.

La adopción así concebida, fue regulada en la mayoría de las legislaciones de este siglo con la finalidad de proteger al niño o niña que se encuentre en situación de desamparo, pasando de ser un contrato dejado al arbitrio de las partes a convertirse en una medida de protección; que ha evolucionado en una de las formas de filiación reconocidas junto a la natural. Este es el caso de España, donde se ha producido una disminución radical de los niños adoptables. Este estancamiento de la adopción nacional, comportó un significativo aumento de solicitudes y tramitaciones de expedientes de adopción internacional; llegando a ser el segundo país del mundo, después de Estados Unidos, en número de adopciones. Por lo que la incidencia de este hecho en Cataluña, situó a esta comunidad por delante de todos los otros países en número de adopciones constituidas en relación a su población⁷. Produciéndose entonces en 2005 una progresiva estabilización respecto a las cifras de adopción internacional, las cuales hoy en día se encuentran en un claro descenso y una cierta paralización debido al establecimiento de requisitos más restrictivos por parte de los países con niños adoptables, a unos mayores tiempos de espera, a la crisis económica de nuestro país, y por último pero no menos importante, al conocimiento de las problemáticas en adopción conocidas a través de la llegada a la adolescencia y adultez de los adoptados en el *baby boom* de la adopción internacional.

1.2 Interés superior del niño, punto de partida y eje central de la adopción

Tras explorar la evolución histórica de la adopción, pasaremos a centrarnos en el concepto de interés superior del niño, que como apunta Guilarte Martín-Calero⁸, en nuestro ordenamiento jurídico se haya consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), cuya redacción anterior lo recogía como principio general y rector en la aplicación de la ley. Así mismo, debían interpretarse de

⁷ En 2004, Cataluña llegó a un máximo histórico de 23 adopciones por cada 100.000 habitantes. Institut Català de l'Acolliment i de l'Adopció: Anuario de Psicología, vol. 38, 2007, nº2 (273-281).

⁸ Cabedo Mallol, V. (2016). "Comentarios acerca de las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia". *El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor* (89-131).

forma restrictiva las limitaciones de la capacidad de los menores, reiterando en el artículo 11 la supremacía del interés del niño como principio rector en la actuación de los poderes públicos⁹.

Cabe mencionar que en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, se ordena que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atienda de forma primordial al interés superior del niño. Y en su artículo 9, para las relaciones paterno-filiales, se dispone que el niño no será separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando tal separación sea necesaria en relación a su interés superior; y en tal caso se respetará su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos, salvo si ello fuera contrario al interés de éste¹⁰. Igualmente, en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se señala que todos los actos relativos a los niños, llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial, así como el reconocimiento del derecho de los niños a mantener relaciones interpersonales con sus progenitores, salvo que ello sea contrario a su interés; estableciéndose del mismo modo en el artículo 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, por el que toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses.

Por otra parte, debemos destacar el reconocimiento del niño como titular de derechos, con su consiguiente capacidad para ejercerlos de forma gradual en función de su madurez y de su desarrollo en el ámbito de las decisiones que le afecten, que debe ser puesto en práctica cuando éstas pasan a cambiar su situación familiar de forma drástica. Como consecuencia, en la intervención de la Administración en los procesos de adopción, la aplicación del interés del menor como principio rector de todas las

⁹ Junto a esta consagración del interés superior, en el Código civil y otras leyes civiles autonómicas se alude en distintos preceptos a este principio; advirtiéndose una especial preocupación por la defensa del interés superior del niño, así sucede, por ejemplo, en el artículo 211-6 del Código civil catalán, que establece en su número primero que el interés del niño es el principio inspirador de todas las decisiones que le conciernan.

¹⁰ Sobre el concepto del interés superior del niño: Ravetllat Ballesté, I. (2012). "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", vol. 2º, (90-97).

actuaciones familiares, administrativas y judiciales se advierte en numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en las que se constituye como un criterio de decisión para la resolución del conflicto en cuestión¹¹.

1.2.1 Criterios del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas

La Observación General n.º 14 (2013)¹² del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial, constituye un valioso instrumento para la aplicación de dicho principio, junto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; siendo éste un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto y que consiste en garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. De este modo, los elementos que la Observación del Comité establece para una adecuada aplicación del interés superior del niño, se configuran en sentido amplio, atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto.

El primer y principal criterio, que ha de inspirar el resto de ellos, lo constituye la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del niño y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. En su acepción más amplia, se incluyen sus necesidades de afecto y seguridad. Y por lo que se refiere a su desarrollo, el Comité lo configura como un concepto holístico que abarca la evolución física, mental, espiritual, moral, psicológica y social. Debe puntualizarse que el bienestar del niño en clave material no es fundamento para, por ejemplo, apartarlo de su entorno familiar; siendo deber del Estado optar por medidas menos drásticas e invasivas, proporcionando los medios necesarios para

¹¹ Considera el Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de febrero de 2014, que “la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar un resultado cualquiera en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y los convenciones internacionales”. Óp. Cit.: Cabedo Mallol, V. (2016). “Comentarios acerca de las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia”. *El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor* (89-131).

¹² Observación n.º 14 aprobada por el Comité en su 62º periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

garantizar aquel bienestar a través del apoyo a la familia¹³. Cabe destacar igualmente, que el artículo 18.2 LOPJM ha recogido este criterio y prevé expresamente que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Así mismo, en ningún caso, se separará a un niño de sus progenitores en razón de una discapacidad de éste, de ambos progenitores o de uno de ellos.

En relación al segundo criterio, hemos de apuntar que se deben tener en consideración los deseos, sentimientos y opiniones del niño, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en el proceso de determinación de su interés. Este elemento reconoce su derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten, siendo decisivo el momento a partir del cual puede formarse un juicio propio, lo que exigirá una valoración de su madurez, de su capacidad de comprender y evaluar las consecuencias del acto en cuestión. Este es el caso de las decisiones sobre la guarda y custodia de los hijos, en las que la opinión, deseos y sentimientos son determinantes para la elección del sistema de guarda y el régimen de comunicación y estancia.

Respecto al criterio del derecho del niño a la vida familiar, se reconoce la conveniencia de que ésta y su desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, y coherentemente se establece que en caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Nos recuerda la Observación General nº 14, que “la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular de los niños y que se interpreta en sentido amplio, de forma que incluye a la familia biológica, a la adoptiva y a la de acogida y a los miembros de la familia extensa y allegados, particularmente importantes en situación de ruptura familiar”. Por lo tanto, en aplicación de este elemento, se priorizará la permanencia en su familia de origen y

¹³ Clara y rotunda es la postura del TEDH al respecto: el hecho de que un menor pueda ser acogido en un marco más propicio para su educación no debe justificar por sí solo que se aparte a sus padres biológicos de su cuidado (Havelka et al. C/República Checa, 21 de junio de 2007; Walla et Wallova c/República Checa, 26 de octubre de 2006; Amanalachiorai c/Rumanía, 26 de mayo de 2009); y del Comité de Derechos del niño, que no admite como justificación para separar al niño de sus padres los motivos económicos. Así señala que “la pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa o exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres (...) sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado” (Resolución 64/142 de la Asamblea General).

se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el niño (artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño). Cuando éste hubiese sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades de éste sobre las de la familia.

Finalmente, debemos considerar el derecho del niño a preservar su identidad como criterio inspirador de las decisiones que le conciernen. Este derecho está garantizado por la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 8. En éste se recogen los distintos rasgos que conforman la identidad del niño: cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor y, a continuación, se añade una prohibición de no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Es evidente que ninguna medida que lo discrimine por alguno de estos motivos será adoptada en su interés. Por ello, el Comité considera que este elemento se revela particularmente importante en los casos de guarda o acogida, en los que se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y su origen étnico, religioso y cultural-lingüístico, siendo el responsable de la toma de decisiones el que deba tener en cuenta este contexto específico. Aunque debe considerarse la preservación de los valores y tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responderán a su interés¹⁴.

Igualmente, no debemos olvidar que un rasgo de la identidad es la filiación biológica, según ha sostenido recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias Menesson y Labassé contra Francia, de 26 de junio de 2015¹⁵. Esto

¹⁴ Observación General nº. 14, pág. 14.

¹⁵ Rasgo que trasciende a la propia filiación adoptiva y se conserva como derecho a conocer los orígenes biológicos en sede de adopción; así los nuevos apartados 5 y 6 del artículo 180 del Código civil regulan más detenidamente esta materia, estableciendo la obligación de conservar, durante cincuenta años a contar desde la fecha de la adopción, la información relativa a los orígenes del menor, en particular la identidad de los progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia; y la obligación de las Entidades públicas de colaborar, a través de sus servicios especializados, en el asesoramiento y ayuda precisa para hacer efectivo este derecho a conocer los orígenes biológicos.

es, el respeto por parte de los poderes públicos de los derechos del niño, que deben ser considerados en la medida a adoptar, de modo que, en cada caso, habrá de identificarse el derecho afectado por las decisiones administrativas o judiciales que se ponderarán con arreglo a los criterios delineados anteriormente.

1.2.2 Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En este apartado, debemos mencionar que los principios inspiradores de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre nuestro sistema de protección a la infancia y a la adolescencia coinciden sustancialmente con los propuestos por el Comité de Derechos del Niño¹⁶. En relación al interés del niño y su derecho a mantenerse en el entorno familiar, pasaremos a examinar su formulación.

Como ya se ha mencionado, el interés superior del niño es el criterio que rige las decisiones administrativas y judiciales, europeas y españolas, relacionadas con el incumplimiento de las responsabilidades parentales a las que están sujetos progenitores o tutores en relación a los hijos que tienen a su cargo; estando los poderes públicos obligados a adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. Establecido este principio en la LOPJM 1/1996, se ha de hacer referencia en primer lugar a su aplicación en la actuación de los poderes públicos, y en segundo lugar, al mantenimiento del niño en su entorno familiar de origen salvo que sea contrario a su propio interés. Este criterio se recogía igualmente en la regulación del acogimiento y la adopción en el Código civil, cuyo artículo 172 obligaba a buscar siempre su interés superior y a procurar, cuando no fuera contrario a éste, su reinserción en la propia familia y a confiar la guarda de los hermanos a una misma institución o persona. Estas directrices han sido recogidas en la nueva legislación¹⁷. Y en cuanto en tanto el interés del niño se relaciona directamente con el retorno a la familia biológica, es posible que éste decaiga si en la consecución del mencionado interés esta decisión no es aconsejable. Sin embargo, ha de procurarse el ejercicio de su derecho a relacionarse con su familia de origen durante el tiempo de vigencia de la medida de protección, salvo que se considere contrario a su interés. Se

¹⁶ Criterios establecidos en la STS 565/2009, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009.

¹⁷ En la nueva regulación se da prioridad al acogimiento familiar frente al institucional (art. 11.2.c) LOPJ) y la obligación de revisar, cada seis meses, la relación del menor con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación (art. 172 ter 2. CC).

garantizará así este derecho adoptando medidas de protección que amparen al niño sin comprometer su posible retorno cuando un cambio de circunstancias lo permitan.

En esta materia el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse a partir de la Sentencia de 31 de julio de 2009, cuya doctrina ha sido reiterada posteriormente, creando una línea jurisprudencial constante que surgió a raíz de la decisión de los poderes públicos de apartar de forma definitiva al niño de su núcleo familiar, consolidando las situaciones de acogimiento a través de la adopción:

“En este sentido, se sostiene que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual y de integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”¹⁸.

Nuestro Alto Tribunal ha señalado igualmente en Sentencia de 21 de febrero de 2011, que la protección de los niños y niñas tiene como primordial finalidad evitar las consecuencias de una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la responsabilidad parental. Estas situaciones de exigencia de protección no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración Pública, sino que la protección del interés superior autoriza la adopción de otras medidas menos radicales. Por lo que se refiere a éstas, el Tribunal Supremo fijó su naturaleza en Sentencia de 14 de noviembre de 2011, que reitera la doctrina de la STS de 31 julio de 2009, que estima que “las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual y de integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural”. Esta doctrina ha sido aplicada, aunque con consecuencias distintas de acuerdo con lo que en cada caso requería el interés superior, en las SSTS 384/2005, de 23 mayo; 84/2011, de 21 febrero y 397/2011, de 13 junio. Por ello, debe afirmarse que el acogimiento con

¹⁸ STS 565/2009, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009.

interrupción de las relaciones parentales y familiares del niño debe ser de aplicación restrictiva porque, en la práctica, implica la imposibilidad del retorno.

Por lo tanto, como afirma Guilarte Martín-Calero, en la ponderación del interés del niño en los casos de conflicto entre la familia de origen o biológica y la familia de acogida, debemos tener en cuenta la confrontación, en primer lugar, del derecho que tiene éste a retornar con su familia primaria, coincidente con el interés de sus progenitores o tutores, que podrían encontrarse en condiciones de asumir nuevamente la responsabilidad parental como consecuencia de un cambio de circunstancias; y en segundo lugar, con su derecho a un adecuado desarrollo físico, afectivo, intelectual y social garantizado por la familia acogedora, pero que debido a esta nueva valoración podría ser ejercida por la familia biológica. Planteado este conflicto, para facilitar la aplicación de la norma, esta Sala determinó unos criterios mínimos orientativos que los tribunales deben tener presentes en la concreción del interés superior, sin perjuicio de que puedan utilizar otros en dicha ponderación, sentando doctrina jurisprudencial por primera vez en la ya citada Sentencia de 31 de julio de 2009, reiterándose en pronunciamientos posteriores (STS 13 de junio de 2011 y 17 de junio de febrero de 2012).

Por consiguiente, para acordar el retorno del niño desamparado a su familia de origen será imprescindible: a) que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, b) que se hayan mantenido los vínculos, c) que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y d) que se constate que el retorno a ella no supone riesgos relevantes para éste a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma¹⁹.

¹⁹ Óp. Cit.: Cabedo Mallol, V. (2016). "Comentarios acerca de las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia". *El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor* (89-131).

1.2.3 El interés superior del niño en los procesos de adopción

Sobre el principio del interés superior del niño se sustenta actualmente la práctica de la adopción, convertido en criterio fundamental para el desarrollo de la política contemporánea y de la provisión de bienestar para los niños, niñas y adolescentes. Debido a ello y a la consideración de la familia o alguna forma de estructura familiar como el lugar más adecuado para el cuidado y el bienestar de éstos, las políticas de adopción se han construido sobre esta idea, estimando la familia como algo natural, siendo el eje principal de reincorporación de niños y niñas a una estructura familiar que pueda proporcionarles un cuidado y una respuesta a sus necesidades adecuados.

El significado del interés superior en el discurso de la adopción ha ido cambiando históricamente a medida que se modificaban las ideas sobre la adopción en sí, como ya apuntábamos en su evolución social²⁰. Debido al enfoque del *clean-break* o ruptura limpia, que en su día fue considerado en interés de todas las partes afectadas, incluidos los niños y niñas, y cuyo propósito resultó sólo en beneficio de la familia adoptiva, dejó significativamente sin representación ni voz a las primeras familias. Este planteamiento, predominante hasta 1950, promovió ideas asimilacionistas y reparacionistas sobre la adopción y su papel en la imitación de la familia biológica o “natural”. Sin embargo, desde la década de 1970, las primeras madres o madres biológicas desafiaron con éxito este enfoque y las personas adoptadas comenzaron a defender su derecho a conocer su pasado²¹. En la actualidad, se reconoce que el enfoque de “ruptura” con el pasado no responde al interés superior de las personas adoptadas y por lo tanto de la infancia, por lo que las adopciones nacionales se han transformado hacia un enfoque más abierto²².

²⁰ Sobre la evolución del principio de interés superior: Fonseca, C.; Marre, D.; Uziel, A. y Viana, A. (2012). “El principio del interés superior de la niñez tras dos décadas de prácticas: perspectivas comparativas”. *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, 16 (395-1).

²¹ Sobre las primeras familias: Högbäck, R. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy I*. “Países y Familias de Origen en la Adopción Internacional”. *Revista AFIN*, nº 75, septiembre 2015.

²² Richards, S. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy IV*. “La Implementación del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional y el Interés Superior de la Niñez”. *Revista AFIN*, nº 78, diciembre 2015 (2-6).

En relación a la concepción del interés superior y su subjetividad, en las políticas de adopción existe la necesidad de contextualizarlo para poder aplicarlo más eficazmente, pues éste no es un concepto abstracto ya que ha de utilizarse de forma práctica y sensible en los procesos de adopción y afecta de forma directa a los cambios en los intereses de la persona adoptada. En este contexto, en el Foro Internacional sobre Adopción Internacional y Subrogación Global, celebrado en el Instituto Internacional de Estudios Sociales de La Haya²³, se determinó que para la aplicación de este principio en los procesos de adopción debería implementarse una guía y una lista de verificación de los intereses que permitieran informar a la persona adoptada de cómo se tomó la decisión de adopción, priorizando su interés superior y respetando el principio de subsidiariedad.

Se ha de matizar en este punto, que el Convenio de la Haya no define la naturaleza de la adopción (cerrada o abierta) y deja al arbitrio de los Estados esta decisión. Por tanto, en algunos sistemas jurídicos nacionales la adopción sigue siendo cerrada, lo que definitivamente no responderá al interés superior de la persona adoptada, ni a los intereses de su primera familia y, por consiguiente, a la adoptiva. Por ello, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ha sido decisiva en la consideración de los valores que imperan en el Convenio de la Haya sobre adopción internacional, destacando el principio de subsidiariedad como complemento al mencionado interés superior²⁴.

Este principio integra una serie de prioridades para cumplir con el interés superior del niño. Por ello, con carácter prioritario, se establecerán medidas adecuadas que permitan mantener al niño dentro de su familia de origen. Esto significa que por parte de los Estados las familias biológicas han de recibir asistencia para garantizar este mantenimiento y, en caso de separación, disponer de apoyos para la reunificación. En este punto, si las opciones para proteger la integridad de la familia biológica no son

²³ Sobre el Foro Internacional sobre Adopción Internacional y Subrogación Global: Cheney, K. E. (2014). *Executive summary of the International Forum on Intercountry Adoption and Global Surrogacy*. ISS Working Paper Series / General Series. Vol 596 (1–40). International Institute of Social Studies of Erasmus University (ISS).

²⁴ Sobre el principio de subsidiariedad: Adroher, S. (2010). "Los derechos del niño en las fases judicial y registral de la adopción internacional: Normas de Derecho internacional privado". *Los derechos del niño en la adopción internacional* (169-208).

posibles, entonces la adopción nacional en el país de nacimiento del niño o niña es la siguiente alternativa. Si la adopción nacional no puede proporcionar un hogar permanente, entonces la adopción internacional debe considerarse.

En la práctica, la aplicación del principio de subsidiariedad es claramente controvertido, pues aunque se destaca que el Convenio de La Haya prioriza las soluciones familiares permanentes, incluyendo la adopción internacional, frente al cuidado temporal o institucional en el Estado de origen; existen ciertas organizaciones que no apoyan esta priorización debido a que la respuesta al interés superior del niño o niña se encuentra dentro de su propio país, recurriendo a la atención institucional para ofrecer oportunidades de integración y no de desarraigo²⁵.

1.3 Identidad de las personas adoptadas

Como ya hemos apuntado anteriormente, la adopción es una de las formas de filiación que más ha evolucionado históricamente. Y como tal, nos abre las puertas a una experiencia vital que tiene sus características y unas incidencias propias en la persona adoptada. A continuación pasaremos a examinarlas.

1.3.1 Construcción de la identidad como adoptado/a

La identidad empieza a desarrollarse desde el nacimiento y, a partir de ese momento, todas las experiencias que va acumulando una persona influirán en sus particularidades e imprimirán detalles en la noción de sí mismo.

Las experiencias positivas de continuidad que experimentamos al nacer nos permiten aprender cuestiones básicas que irán forjando nuestra identidad; aprendiendo a confiar en que nuestras necesidades serán satisfechas y que somos merecedores de atención y cuidados²⁶. Esto, por el contrario, no es lo que sucede en la mayor parte de

²⁵ Richards, S. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy IV*. "La Implementación del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional y el Interés Superior de la Niñez". Revista AFIN, nº 78, diciembre 2015 (6-13).

²⁶ Esta idea, de Janoff-Bulman, R. (1992) en "*Shattered Assumptions: Towards a new psychology of trauma*" (New York: The Free Press), es resumida por Rius, M. (2011) en "Adopción e Identidades" (47-98), donde se apuntan tres supuestos esenciales que el bebé necesita ir alcanzando para mantener un buen estado de salud mental. El primero de ellos es considerar que el mundo es benevolente, bondadoso y amable. El segundo es concebir su existencia no como un conjunto de experiencias fragmentadas sino con

los niños y niñas que llegan a la adopción. En estos casos, éstos pueden haber sufrido constantes cortes en las relaciones con los demás; pues han sido separados de sus familias de origen, han vivido en una o varias instituciones y quizás también en familias de acogida. Así mismo, habitualmente han sufrido graves experiencias de negligencia en su cuidado, incluso abusos. Suele ocurrir, que las personas que los han atendido tras su nacimiento no se han podido responsabilizar ni se han ocupado suficientemente de las necesidades del bebé o niño, quien ha sido atendido por muchos pero a la vez por nadie de forma estable y significativa; priorizándose en algunas instituciones la higiene del centro o el cuidado a nivel médico, pero no el relacional o afectivo. Ello ha situado constantemente al niño en un estado de estrés que le hace desconfiar de los adultos y su estabilidad. En estas condiciones es muy difícil que éste pueda ir creando una identidad completa, bien diferenciada y caracterizada por una imagen positiva de sí mismo.

En un niño adoptado, enmendar el concepto que tiene de sí mismo no se consigue de manera inmediata sino gradual; dependiendo de las condiciones de partida, según la gravedad de las experiencias vividas previas a la adopción, y de las de llegada, es decir, de las capacidades parentales de los padres para ayudarle en sus dificultades a todos los niveles. En relación a esta concepción e identidad deformada, debemos hacer referencia a la “herida primaria”²⁷, que como consecuencia de la pérdida de la madre biológica estaría en la base del hecho de que al niño adoptado, a pesar de la continuidad de la relación con sus nuevos padres, habitualmente le resulte muy difícil confiar en la permanencia del vínculo con ellos, manifestando a menudo un temor a ser abandonado de nuevo que dificulta las relaciones con otras personas significativas para él.

un sentido global, gracias a que sus cuidadores han organizado y enlazado las distintas vivencias del pequeño. Por último, precisa percibirse a sí mismo como un ser digno, respetable y loable.

²⁷ San Román, B. en su artículo “De los hijos del corazón a los niños abandonados: construcción de los orígenes en la adopción en España” (2013), Papeles del Psicólogo. Vol. 34(1) (2-10), se refiere al concepto de “herida primaria” de Nancy Newton, que en su obra *“The Primal Wound: Understanding the Adopted Child”* (1993), expone que la separación del bebé de la madre que lo ha gestado es uno de los factores más importantes que predisponen a la vulnerabilidad emocional de los niños adoptados, pues genera esa “herida primaria” en su psiquismo, que es física, emocional, psicológica y espiritual.

Como ya hemos mencionado previamente, el niño o adolescente adoptado llega con una identidad más o menos fragmentada en función de los distintos cambios que ha experimentado a lo largo de su corta vida, que será más o menos positiva según el trato, a menudo indiferente, recibido por parte de los que le atendieron. Desde su llegada a la familia adoptiva, por lo tanto, necesitará que se le ayude a desarrollar una identidad firme, positiva e integrada, es decir, articulando las distintas vivencias desde su nacimiento de manera que formen parte de un todo que es “él mismo”. De este modo, dicha identidad se seguirá construyendo y modificando a lo largo de toda la vida. Pues tras la adopción, el factor primordial que contribuirá en mayor medida a la reparación de la identidad del niño adoptado será la calidad de los vínculos que establezca con sus padres adoptivos, y cómo éstos pueden ayudar a incorporar el conocimiento de su condición de adoptado en el desarrollo de su identidad. No obstante, el trabajo no termina aquí. La noción de sí mismo se irá reajustando en función de la edad, los nuevos acontecimientos, necesidades y circunstancias de cada sujeto. En las personas adoptadas, también la comprensión gradual de lo que significa haber sido adoptado irá acompañada de reconsideraciones de aspectos de su identidad, y precisará de un proceso de integración de lo que vaya comprendiendo, que le permita elaborarlo suficientemente, así como la consideración de la búsqueda de sus orígenes biológicos para completarla.

1.3.2 Identidad en la adopción transracial

La adopción transracial, es decir, la adopción de un niño de raza diferente a la de los padres, tiene características especiales, añadidas, que se han de tener en cuenta por parte de los padres para poder ayudar a su hijo a desarrollar una identidad bien integrada. Estas dificultades recaen en la diferencia de raza entre padres e hijo y, justamente por situarse en esta diferencia, a menudo no son conocidas por los propios adoptantes, pues ellos no han experimentado qué representa vivir en un medio en el que la población mayoritaria es de una raza distinta de la propia²⁸. Por ello, es importante que éstos acompañen al hijo a lo largo de la crianza en el descubrimiento de esta

²⁸ Rius, M. (2011). “Adopción e identidades”. Cultura y raza en la integración familiar y social. *Identidad en la adopción transracial* (99-130).

diferencia, que el niño entenderá y vivirá de forma distinta en cada edad, y en el proceso de aceptación paulatina de la misma.

La adopción transracial puede darse tanto en adopción nacional como internacional, pues es una realidad que la mayoría de los niños adoptables dentro de cada país son hijos de inmigrantes. Por ello, a la adopción de un niño o niña de una raza diferente a la de los padres se la conoce como “adopción visible”, pues esta diferencia racial da visibilidad al hecho de que esa familia es adoptiva; añadiendo complejidad a la vivencia del hijo porque evidencia un hecho de su vida, que pudiendo desear que sólo sea conocido por su núcleo más íntimo, pasa a ser conocimiento de todos los que se cruzan con su familia²⁹.

A menudo, las personas adoptadas transracionalmente refieren que el trato recibido es el de inmigrantes a pesar de no serlo, pues pertenecen a una familia con la misma educación y conocimientos culturales que sus iguales; siendo tratados como extranjeros. En general, las familias adoptivas pertenecen a clases sociales medias y altas, por lo que para estos jóvenes adoptados resulta chocante que se les trate como si pertenecieran a clases más bajas únicamente por su aspecto físico, como así sucede con la mayoría de inmigrantes³⁰.

En relación a esta materia, hemos de mencionar que los niños y jóvenes hijos de inmigrantes pueden apoyarse en sus propias familias ya que su identidad es clara y bien definida. Su aspecto físico se corresponde con la cultura de la familia en la que viven, pues el idioma, las costumbres, la forma de trato entre ellos e incluso los hábitos de alimentación son compartidos en dicho entorno.

²⁹ Berástegui A. y Gómez Bengoechea, B. (2008). “Los retos de la postadopción: balance y perspectivas”. *La imagen social del inmigrante y su influencia en la adopción de los niños* (105-115).

³⁰ Sobre adopción transracial: 1) Harris, P. (2006). “*In search of belonging*”. *Reflections by transracially adopted people*. Londres. British Association for Adoption and Fostering. 2) Simon, R. J. y Roorda, R. M. (2000). “*In their own voices*”. *Transracial adoptees tell their stories*. Nueva York: Columbia University Press. 3) Von Melen, A. (1998). “*Stranght to survive and courage to live*”. Estocolmo. The Swedish National Board for intercountry adoption.

“En cambio, pueden encontrarse con algunos problemas sociales severos, fruto de su desarraigo y del de sus progenitores, de una situación económica precaria, del desconocimiento de nuestra forma de vida y de insuficiente base para seguir la escolaridad. Pero, cuando llegan a su casa, hallan padres físicamente parecidos a ellos, lo cual les hace sentirse cómodos y seguros de pertenecer a ese hogar, a esa familia. Además, los padres están en una situación social igual a la suya, y por tanto pueden hacerse perfecto cargo de lo que están viviendo sus hijos. Así, pueden hablar abiertamente del racismo [o discriminación] que todos ellos viven y acompañarse plenamente en el sentimiento de desconcierto. A menudo, además, tienen relación con otras familias de su mismo origen y los niños y jóvenes están plenamente integrados en este medio”³¹.

Por el contrario, esto no sucede con la mayoría de las personas adoptadas transracionalmente, pues aunque la familia adoptiva trate de abordar estos temas de forma empática y comprensiva, ésta no ha tenido que lidiar con el racismo o la exclusión de forma directa y desconocen totalmente qué representa moverse por nuestra sociedad siendo de otra raza. Por este motivo, hay que tener en cuenta que las personas que fueron adoptadas internacionalmente y hoy son adultas, lo fueron por familias que no recibieron preparación previa a la adopción³². De este modo, cabe esperar que los niños que han sido adoptados en los últimos años, cuyos padres han tenido ocasión de instruirse gracias a los cursos formativos previos y el interés por llegar a la adopción con el máximo de herramientas posible, crezcan con mayores dosis de empatía, lo cual les permitirá elaborar y asumir su situación de mejor manera, integrando la diferencia racial del hecho adoptivo en su historia personal y de crecimiento³³.

2. MARCO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA

Los criterios del Comité de los Derechos del Niño y de nuestro Alto Tribunal han incidido en la nueva regulación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia a través de la reforma introducida por la Ley 25/2015, por la que se regula la adopción abierta y la figura de la guarda con fines de adopción como muestra de esta apertura en

³¹ Óp. Cit.: Rius, M. (2011). “Adopción e identidades”. Cultura y raza en la integración familiar y social. *Identidad en la adopción transracial* (99-130).

³² Sobre experiencias personales de adopción transracial: 1) Bacon, G. “Mi vida como *twinkie*: representando (performando) la raza como adoptada coreana”. Revista AFIN. Nº 48, marzo 2013. 2) Hübinette, T. “Reflexiones sobre ser y convertirse en un adulto adoptado transnacionalmente en Suecia”. Revista AFIN. Nº18, agosto 2010. 3) Jue-Steuck, J. “Reflexiones sobre ser y convertirse en una persona adulta adoptada transnacionalmente en Estados Unidos”. Revista AFIN. Nº 17, julio 2010.

³³ Sobre identidad en la adopción transracial: San Román, B (2015). “De la dificultad de pensar la construcción de la identidad sin anclajes fijos: la adopción transnacional en España”. Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales. Vol. XIX, nº 510-5.

nuestro ordenamiento. En relación a la institución de la adopción, tanto nacional como internacional, nos encontramos ante una figura del derecho de familia, que por su transcendencia, demanda de unos requisitos básicos que pasaremos a resumir a continuación³⁴.

En relación a la edad y la aptitud de los futuros adoptantes hemos de apuntar que este proceso requiere de la plena capacidad de obrar de éstos (no encontrarse incursos en causas de inhabilitación para ser tutor, que se recoge en los artículos 243 a 245 del Código civil español, en adelante CC), superar los 25 años de edad y no superar los 45 (en el caso de ser dos los solicitantes, bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad), encontrándose regulados en el artículo 175 CC. Ha de existir además una diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado de al menos 16 años (que excepcionalmente podrá ser superior en el caso de que los futuros adoptantes estén en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales). Este tipo de previsiones buscan favorecer que las familias formadas por padres adoptivos y sus hijos se encuentren en los parámetros normales de edad propios de las familias con hijos biológicos.

En cuanto a la edad de los adoptandos, el Código civil establece que únicamente podrán ser adoptados los menores de edad no emancipados, admitiéndose excepcionalmente la adopción de mayores o menores emancipados en el supuesto de que, en el momento inmediatamente anterior a la emancipación o mayoría, hubiera existido previamente una relación ininterrumpida de convivencia estable o acogimiento³⁵ con los futuros adoptantes de al menos un año de duración. Ésta ha de haberse iniciado antes de que el adoptando hubiere cumplido 14 años (art. 175.2 CC.). Por regla general no puede adoptarse a un mayor de edad o a un menor emancipado, salvo la excepción señalada.

En relación a las prohibiciones para adoptar a determinados parientes se prohíbe por el artículo 175.3 del CC., por razón de parentesco, adoptar a un descendiente o a un

³⁴ Sobre la figura de la adopción: Cabedo Mallol, V. (2008). "Marco constitucional de la protección de menores".

³⁵ Sobre la figura del acogimiento: Bercobitz Rodríguez Cano, R. "La guarda y acogimiento de menores", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 9/2015.

pariente en segundo grado de la línea colateral, por consanguinidad o afinidad; o por razón de desempeño del cargo, a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Respecto a la separación, ruptura de la convivencia, o divorcio de los acogedores o guardadores con fines de adopción, antes de concluir el procedimiento de adopción; el nuevo apartado 5 del art. 175 CC. (añadido por Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia) establece que la crisis de la convivencia entre los solicitantes de adopción conjunta, no impedirá que prosiga el expediente de adopción, siempre que se acredite la convivencia efectiva del adoptando con los futuros adoptantes durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

Cabe igualmente mencionar la existencia del principio de adopción individual que estableció la Ley 21/1987; disponiendo así el sistema de adopción actual en su artículo 175.4 CC que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges, o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. Además se añade que el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad³⁶.

2.1 Adopción nacional

Apuntadas las exigencias mínimas en adopción, debemos hacer referencia a la reciente reforma operada por 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), que ha pretendido favorecer la uniformidad normativa en el territorio nacional, modificando numerosos preceptos sustantivos y procedimentales, al mismo tiempo que instaura un régimen más inclusivo en relación a la familia de origen y el interés superior del niño adoptable. De este modo el sistema vigente de protección de menores se ha visto reformado en sus cuatro pilares fundamentales: a) el Código Civil, arts. 172 a 180 del

³⁶ Ravetllat Ballesté, I. (2011). "Derecho de la persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho" (439-478).

CC., así como la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (reformada igualmente por la Ley 26/2015); b) la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o LOPJM; c) la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en relación a los procedimientos voluntarios de constitución de la adopción y el acogimiento; y d) la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 en lo referente a los procedimientos contenciosos.

Cabe apuntar que la regulación estatal sigue coexistiendo con las normas autonómicas que se han dictado en la práctica totalidad de las CC.AA., poseedoras de amplias competencias en materia de protección de menores, y que contienen la normativa específica aplicable a los procesos administrativos que conducen a la declaración de idoneidad para adoptar y a la propuesta previa; que podrán plantear problemas interpretativos en los casos en que la nueva normativa estatal contenga previsiones diferentes a las de la normativa autonómica.

En relación a estas modificaciones del Código civil y LOPJM que establece la Ley 26/2015, Sabater Bayle nos ilustra acerca de las que afectan a la adopción nacional y acogimiento de menores que pasaremos a comentar a continuación³⁷.

2.1.1 Aspectos sustantivos

Empezando por el reconocimiento de doble nacionalidad de los niños y niñas adoptados se mantiene la previsión del artículo 9.1 del CC., que otorga la nacionalidad española al niño extranjero adoptado por un español, añadiendo que cuando el sistema jurídico del país de origen de éste mantuviere la nacionalidad de origen del adoptado, ésta será reconocida también por el sistema jurídico español.

En cuanto a la nueva clasificación de los tipos de acogimiento, contenida en el art. 173-bis.2 del CC., se suprime la modalidad de acogimiento preadoptivo. Esta situación se transforma en una fase del procedimiento de adopción, o en la nueva figura de la “guarda con fines de adopción” (art. 176-bis.1 CC). Así las cosas, las modalidades

³⁷ Cabedo Mallol, V. (2016). “Comentarios acerca de las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia”. *Principales reformas incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia: luces y sombras* (49-87); *El acogimiento familiar y residencial* (275-305) y *La adopción abierta* (307-331).

de acogimiento familiar resultantes de la reforma son tres: a) **acogimiento “de urgencia”** para niños menores de 6 años y con una duración máxima de 6 meses (en tanto se decide por la Administración la medida de protección correspondiente); b) **acogimiento temporal** de carácter transitorio, bien porque se prevea la reintegración del niño a su familia de origen o porque se plantee la posibilidad de una medida de protección estable, (como el acogimiento familiar permanente o la adopción), teniendo una duración máxima de 2 años, salvo excepciones establecidas en su interés; y c) **acogimiento familiar permanente**, previsto para el caso de niños, niñas o adolescentes con necesidades especiales, o también para cuando se produce la circunstancia de haber finalizado los dos años de acogimiento temporal y no haya sido posible la reintegración del niño a su familia de origen (que conferirá a los acogedores el derecho a solicitar del juez la atribución de facultades propias de la tutela con el fin de posibilitar el correcto desempeño de sus responsabilidades).

En relación a la configuración del “acogedor familiar”, cabe mencionar que su Estatuto se ha regulado por vez primera como un conjunto de derechos y deberes en el art. 20-bis de la LOPJM 1/1996, incluyendo además una norma que recoge los derechos de la niñez acogida; y en cuanto a la figura de la guarda con fines de adopción introducida por la reforma, se permitirá que con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el niño y las personas consideradas idóneas hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, todo ello con el fin de evitar que éste tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

Para evitar posibles discrepancias entre la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, el artículo 175 CC. ha establecido una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado junto a la norma, ya existente, sobre la incapacidad para adoptar a aquellos con cargos tutelares. Además, se incorpora en el siguiente artículo una definición de idoneidad como la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los niños a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. Esta declaración de idoneidad se establecerá mediante resolución, requiriendo la valoración psicosocial sobre la capacidad de los futuros adoptantes para establecer vínculos seguros y estables. Por lo tanto, las personas privadas de la patria potestad o suspendidas de su ejercicio, o que hubieran confiado a la Administración la guarda de un hijo, no podrán ser declarados idóneos.

Cuando hablamos del asentimiento para la adopción nos referimos al de las personas que conviven con el adoptante en una relación de afectividad análoga a la conyugal; que deben prestarlo por mandato de la ley en su artículo 177 CC. en los procedimientos de adopción, especificándose que el asentimiento no será necesario en el caso de que la adopción sea conjunta.

En lo referente a la nueva figura que ha introducido esta reforma, Sabater Bayle examina la **adopción abierta** de forma que podamos comprender mejor sus antecedentes³⁸. De este modo, a través del nuevo apartado 4 del artículo 178 CC. se establece que los niños y niñas podrán mantener ciertas formas de relación o contacto con algún miembro de su familia de origen, a pesar de que la constitución de la adopción suponga la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y ésta. Este contacto procederá mediante un sistema de visitas o comunicaciones, que habrá de haber sido sometido a diversos controles previos en interés del niño, tales como la previa valoración positiva de la medida por parte de los profesionales de la Entidad Pública, el consentimiento de la familia adoptiva, y el del niño, niña o adolescente con más de 12 años o menos si tuviere suficiente juicio. Por supuesto, se dispone que ésta sea objeto de un seguimiento e informes sobre la conveniencia o no de su mantenimiento, todo ello previa valoración de los resultados y consecuencias que la medida proyecte sobre el niño o adolescente, y no necesariamente sobre los que pueda suponer para los adoptantes o la primera familia. La introducción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, importada de otros ordenamientos extranjeros entre los que se encuentra Reino Unido, según consta en el Preámbulo de la Ley 26/2015, obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos niños; especialmente a los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades debido a que la adopción suponía para ellos la ruptura de las comunicaciones con sus acogedores o con sus familiares de origen, con la consiguiente afectación psicológica y de adaptación. Por una parte, a través de la adopción abierta, se ha venido a flexibilizar la institución de la adopción con el fin de procurar que la familia de origen integre de una manera más adecuada este cambio en relación a su hijo; y de otra que el niño o adolescente pueda beneficiarse de una cierta estabilidad al entrar a

³⁸ Sabater Bayle, E. "La adopción abierta en el derecho español". Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, N°. 4, 3, julio 2016 (66-93).

convivir con su familia adoptante, pero sin extinguir totalmente los vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, con los que es posible que mantuviera una relación durante el acogimiento, procurándose así una mejor adaptación del menor en esta primera etapa tan convulsa.

Respecto a otras novedades introducidas haremos referencia al consentimiento del adoptado en los supuestos de extinción, que tienen lugar fundamentalmente por no haber intervenido los solicitantes en el expediente de adopción. En estos casos excepcionales los adoptantes pueden pedir la revocación de la adopción, que deberá ser consentida por el adoptado mayor de edad (art. 180.2 CC.). Así como la modificación de los arts. 1263 y 1264 CC., relativos a la capacidad para prestar consentimiento contractual, para establecer la salvedad de que los menores no emancipados deban prestarlo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por si mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales (nuevo art. 1263 CC); sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer (nuevo art. 1264 CC).

Se refuerza igualmente el acceso a los datos sobre los orígenes, por el que el artículo 180 CC, apartado 5 nuevamente redactado, obliga a las Entidades Públicas a garantizarlo y mantener la información durante el plazo previsto en el Convenio Europeo de Adopción, y al resto de entidades, a colaborar con las primeras y con el Ministerio Fiscal.

2.1.2 Aspectos procedimentales

Por otro lado, debemos examinar las características procedimentales, pues la adopción se instituye por resolución judicial (art. 176.1 CC) y su constitución exige seguir un procedimiento que, en principio, es de Jurisdicción Voluntaria. Éste puede ser de dos tipos: con propuesta previa o sin ella³⁹.

No se requiere propuesta previa en los siguientes cuatro supuestos, según dispone el apartado segundo del art. 176 C.: a) cuando se trate de **huérfanos y**

³⁹ Pous de la Flor, M^a P. (2016). "Protección jurídica del menor". *La adopción* (81-106).

parientes del adoptante dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad; b) cuando se trate de **adoptar al hijo del cónyuge** o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad, c) cuando se trate de adoptar a un niño una vez ha transcurrido el periodo de **un año bajo guarda con fines de adopción** o tutela del adoptante; y d) cuando se trate de **adoptar a una persona mayor de edad o emancipada**. Los tres primeros supuestos se refieren a una situación que comúnmente se conoce como “adopción intrafamiliar”, y se explica porque el niño o adolescente no ha sido abandonado y se encuentra integrado en su familia extensa, hecho que se considera suficiente garantía para proteger su interés, y hace innecesaria la intervención administrativa.

En el caso de la infancia que se encuentra bajo la tutela de la Administración (art. 172 CC.) la adopción es una medida que debe ser acordada por la Entidad Pública competente y que exige una fase previa de localización de los futuros adoptantes y posterior declaración de idoneidad de los mismos. Se trata de un procedimiento administrativo que se inicia con la solicitud de los adoptantes, y culmina con la propuesta previa de la Administración, comportando un proceso de selección de los futuros adoptantes conforme a protocolos que se confían a equipos técnicos dependientes de las administraciones autonómicas. Su regulación específica se encuentra determinada en las distintas leyes autonómicas, si bien con la reforma del sistema operada en 2015, se ha contemplado entre los distintos objetivos el de unificar ciertas cuestiones que aparecen diversificadas debido a esta dispersión normativa, como por ejemplo, la declaración de idoneidad o su definición. Supletoriamente, rigen las normas generales reguladoras del procedimiento administrativo.

Una vez superada la fase procedimental ante la Entidad Pública que interviene en el proceso de adopción, tiene lugar el procedimiento judicial, que como se ha expuesto, puede iniciarse con la propuesta previa, o sin ella en los supuestos señalados anteriormente. La exigencia de propuesta previa en los casos en que sea necesaria, aparece en art. 176.2 CC., que especifica: “Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. **La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta**”. Esta es una de las novedades introducidas por la nueva normativa respecto a la regulación anterior, en la que el CC omitía las referencias a la idoneidad.

En la fase judicial, que es preceptiva para la constitución de la adopción conforme dispone el art. 176.1 CC., cabe que se planteen dos tipos de procedimientos: el de jurisdicción voluntaria y el contencioso. El primero es la norma general, prevista para los menores en situación de desamparo, y su regulación actualizada se encuentra en los arts. 33 a 42 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015; y el segundo tiene lugar cuando se plantean incidentes de oposición por parte de los legitimados para ello, en cuyo caso el procedimiento se transforma en contencioso y pasa a regularse por las normas específicas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

2.2 Adopción internacional

Continuando con las reformas introducidas por la Ley 25/2015, cabe mencionar su incidencia en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI), por la que se regula la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y de los organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de Derecho internacional privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de la infancia en los supuestos en que existe un elemento de extranjería. Así lo establece su artículo primero para los casos de adopción de un niño considerado adoptable por una autoridad extranjera y con residencia habitual en el extranjero, que vaya a ser desplazado a España: por adoptantes con residencia habitual en España después de su adopción en el Estado de origen o con la finalidad de constituir su adopción a la llegada a territorio español.

Cabe aludir que en estos procesos se han de conjugar dos legislaciones diferentes, la del país de origen del niño o niña adoptable y la del país donde residen los futuros padres. Es relevante por ello destacar el tratado más importante en esta cuestión, el Convenio de la Haya, relativo a la protección de la niñez y la cooperación en materia de adopción internacional. El objetivo de esta norma es asegurar que las adopciones internacionales respondan, como ya hemos mencionado en varias ocasiones, al interés superior del niño, estableciendo así un sistema de garantías y mecanismos de cooperación entre autoridades. En este sentido, la Ley 54/2007 suscribe los principios que contiene la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar del niño, y del ya citado Convenio de la Haya. Éste último será de aplicación entre Estados contratantes y cuando haya un desplazamiento de una

niña o niño ya adoptado o con finalidad de adopción hacia el país de recepción (art.2 del Convenio)⁴⁰.

En lo referente al principio de subsidiariedad en la adopción internacional, según la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 21.b) y el Convenio de la Haya (art. 4.b) “se concederá prioridad a colocar a un niño en el propio país o en un entorno cultural, lingüístico y religioso próximo a su entorno de procedencia. La adopción internacional no se producirá hasta constatarse la imposibilidad de encontrar una solución para el niño en su país de origen”. De este modo, el alcance de este principio será determinado por cada Estado, que de entre todos los niños y niñas en situación de desamparo resolverá acerca de su adoptabilidad; correspondiendo a los países de adopción garantizar otro requisito indispensable en relación a los adultos que se ofrecen para adoptar: su declaración de idoneidad.

En la evolución de la adopción internacional en España, se puede observar un retraso respecto a otros países de su entorno de 20 años de diferencia, llegando en el año 2004 a un pico máximo en adopciones internacionales que alcanzó los 5.550 niños adoptados⁴¹. Las causas de este auge se han encontrado tanto en el descenso de niños y niñas adoptables en España, como en el aumento de la demanda de adopción, todo ello unido a una situación de desprotección de la infancia en otros países que no permitía su crecimiento dentro de sus propias familias de origen. Cabe destacar que, al mismo tiempo, el sistema de protección español favoreció y continúa favoreciendo la permanencia de los niños y niñas en sus familias, adquiriendo de este modo la adopción internacional mayor fuerza y convirtiéndose tanto en un recurso “a la carta” de la paternidad⁴² como de protección a la infancia, a pesar de que existen otros más relevantes como el acogimiento familiar, el residencial y la adopción nacional. Debido a ello, en la última década se ha producido cierta estabilización de esta figura en nuestras

⁴⁰ Adroher, S. (2010). “Los derechos del niño en las fases judicial y registral de la adopción internacional: Normas de Derecho internacional privado”. *Los derechos del niño en la adopción internacional* (169-208).

⁴¹ Berástegui A. y Gómez-Bengoechea, B. (2008). “Los retos de la postadopción: balance y perspectivas”. *La adopción internacional, quince años de historia* (21-34).

⁴² Sobre el “consumo” de la adopción internacional: Fernández Cáceres, M^a I. (2013) “La adopción internacional desde una perspectiva sociológica”.

fronteras, cuyos motivos responden al aumento de los tiempos de espera, que pueden llegar hasta los siete años; la existencia de irregularidades (secuestro de menores, falta de consentimiento de las familias de origen) en los propios procesos de adopción y la acumulación de un número desorbitado de expedientes en países donde no existen tantos niños y niñas adoptables, por lo que con aquellos se han cerrado los trámites de adopción⁴³.

En cuanto a los efectos jurídicos, la adopción internacional tiene los mismos que la adopción nacional de parentesco con la familia adoptiva y de extinción con la de origen, es decir, la adopción plena. Sin embargo, en algunos países de Latinoamérica y de África o en el caso de Francia, existe la adopción simple, que reconoce el manteniendo de lazos jurídicos con la primera familia. En esta clase de adopción, al entrar en juego dos legislaciones, se podría permitir que la adopción fuera revocada ante la autoridad judicial competente. En España la única excepción es la del art. 180 CC. ya mencionado, por la que el Juez acordará la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa, no hubieren podido intervenir en el expediente, siendo necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al niño. Si el adoptado fuere mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso.

Como acto jurídico por el que se entra a formar parte de una nueva familia y al ser aplicables la legislación del adoptante y del adoptado, en España, sólo se reconocerá la adopción internacional cuando sea válidamente constituida en el Estado de origen y además se satisfagan las exigencias legales (art. 25 LAI), todo ello en interés superior del niño. En cuanto a la reglamentación española, se dan los mismos requisitos subjetivos señalados para los adoptantes y para cuando el adoptando sea español. Ocurre así, que en algunos países como es el caso de Rusia, se restringen las adopciones con España en relación al estado civil de los adoptantes, pues al permitirse por la regulación nacional el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por de parejas de hecho, en los países de origen se limitará la adopción a aquellos

⁴³ Sobre la adopción internacional en España: San Román, B (2013). "Discursos de la adopción en España: construcción de sujetos y asimetrías de poder".

adoptantes que sean cónyuges o pareja de hecho heterosexual. Respecto al mínimo de edad para los solicitantes de adopción, continúa operando el de 25 años para adoptar y de 16 de diferencia con el adoptado y un máximo de 45, a excepción de la adopción de niños con necesidades especiales o grupos de hermanos.

El artículo 10 de la LAI dispone que la declaración de idoneidad deberá ser previamente requerida para entrar en este proceso; que tendrá como base el informe psicosocial de los profesionales técnicos que forman parte de la Entidad Pública de protección de menores de la comunidad autónoma, que tiene la competencia para recibir las solicitudes de adopción para iniciar los trámites requeridos. Esta valoración de la idoneidad permitirá que en interés del niño o niña se elija para él o ella una familia adecuada que pueda atender sus necesidades. Este certificado tiene una caducidad de tres años que ha de ser renovado debido al cambio de circunstancias que puedan concurrir durante los períodos de espera. Las comunidades autónomas serán las que regulen las condiciones de dichos adoptantes, así como las sesiones informativas y los compromisos postadoptivos de información y de seguimiento de la adopción (art. 11 LAI).

En relación a los niños y niñas adoptables serán los propios países de origen los que declaren su adoptabilidad, cuyos guardadores han de haber sido privados de la responsabilidad parental, haber decidido renunciar a ella o sea desconocida su filiación, es decir, éstos han de encontrarse en una situación de desamparo. No pudiendo ser adoptados por más de una persona, salvo las adopciones conjuntas o sucesivas. Así mismo, tendrán derecho a conocer sus orígenes biológicos, pues así lo establece el artículo 12 de esta Ley, por el que el menor de edad, a través de sus representantes legales, o cuando sea mayor de edad podrá acceder a sus datos personales previamente custodiados por las Entidades Públicas, cuya obligación es la de asegurar su acceso hasta cincuenta años después de haberse producido la adopción.

En España, la actividad de intermediación en la adopción internacional puede llevarse a cabo por las Entidades Públicas directamente con las autoridades centrales en los países de origen de los menores que hayan ratificado el Convenio de La Haya, siempre que en la fase de tramitación administrativa en aquellos no intervenga persona física o jurídica u organismo que no haya sido debidamente acreditado. Esta función de intermediación en la adopción internacional también podrá efectuarse por los organismos debidamente acreditados, es decir, las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAI), que son entidades sin ánimo de lucro que reciben las solicitudes,

la tramitación del expediente y la asignación del niño o niña (art. 6 LAI), donde no pueden existir beneficios financieros en el procedimiento salvo los requeridos para la intermediación (traducción, viajes, estancia, manutención).

En cuanto a la ley aplicable en la tramitación del expediente, puede producirse a través de la Ley de Adopción Internacional, del Convenio de la Haya de 1993 o de acuerdo bilateral si éste existe, que conducirá a la certificación de la adopción, inscribible en el Registro Civil (art. 29 LAI). También puede constituirse la adopción a través de una reagrupación familiar solicitando al Registro Civil el oportuno visado para traer al niño a España, realizándose en territorio español la adopción. Al establecerse en el Convenio de la Haya que las adopciones pueden ser plenas o simples, en el caso de las segundas, éstas serán consideradas una tutela o un acogimiento, no pudiendo acceder al Registro como adopción válidamente constituida (art. 30 LAI). Sin embargo, es convertible después del año de acogimiento y la correspondiente obtención del consentimiento de la familia de origen. Además, cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo puede ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil (art. 26.2 LAI).

En relación a la competencia de Juzgados y Tribunales españoles, la Ley de Adopción Internacional la regula disponiendo que éstos pueden autorizar la constitución de adopciones, así como la conversión de una adopción simple en plena cuando: a) el **adoptado** sea **español** o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud, b) el **adoptante** sea **español** o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud y c) la **adopción** haya sido constituida por **autoridad española** (arts. 14 y 15 LAI). Establece igualmente su artículo cuarto la prohibición de las adopciones con países que se encuentren en una situación de conflicto bélico o que hayan sufrido desastres naturales, ello debido al descontrol propio de estos contextos donde debe asegurarse primero la existencia de familiares que puedan hacerse cargo de estos niños y niñas. Está así mismo prohibido que respecto a los países de origen donde no se contempla la institución de la adopción las autoridades españolas no podrán constituir dicha adopción, salvo que el niño o niña se encuentre en una situación de desamparo o adquiera la nacionalidad española. Tampoco se constituirá en los supuestos en cuyos países de origen no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés

superior del niño o no cumplan con los principios éticos y jurídicos internacionales (art. 4 LAI).

Una vez válidamente constituida la adopción, ésta será reconocida y podrá acceder al Registro a través de una certificación de pleno derecho donde debe constar la autoridad extranjera que la constituye, que no concurre vulneración del orden público y que se producen los efectos de extinción de vínculos, junto con el certificado de idoneidad previamente recabado por la Entidad Pública, además de la regularidad formal del documento (art. 26 LAI). Las adopciones simples no se inscribirán en el Registro como adopciones ni conllevarán la adquisición de la nacionalidad, sino que serán inscritas como tutelas o acogimientos como ya hemos señalado. El Encargado del Registro Civil, según el artículo 27, en todo caso, será el responsable de verificar que se han proporcionado los consentimientos y que éstos han sido válidamente informados, que no ha existido contraprestación y que se ha recabado el consentimiento del niño mayor de 12 años respecto a su propia adopción, aunque podrá ser oído si tuviere suficiente madurez. Por último, como ya se ha mencionado para el caso de la adopción nacional, en caso de que exista un convenio de doble nacionalidad el menor conservará la de origen y adquirirá la española por vínculo adoptivo.

2.3 Experiencia catalana en procesos de adopción

El marco constitucional y legislativo de la adopción se encuentra hoy día vertebrado en tres ejes principales: la Constitución española de 1978, que en su artículo 39.2 proclama el principio de igualdad jurídica de los hijos con independencia de su filiación; la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 (norma de la que arrancan las leyes autonómicas sobre protección de la infancia promulgadas en la práctica totalidad de las CCAA) y el Código Civil (arts. 172 a 180).

En Cataluña, en cambio, gracias a sus competencias en la materia, encontramos la Ley catalana 37/1991 de Protección de los Menores y de la Adopción, y la Ley catalana 9/1998, que aprobó el Código de Familia de Cataluña; normas que integraron entonces el régimen catalán de las adopciones nacionales e internacionales. Sin embargo, en los últimos años se han producido cambios importantes en el régimen catalán de la adopción de menores. Así, las principales normas relativas a la adopción nacional e internacional actualmente vigentes se encuentran en la Ley catalana 25/2010, que aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña (CCCat.) relativo a la persona y la familia. El régimen de la

adopción aparece en el Capítulo V del Título III de su Libro II, situado en su sección tercera, entre las normas dedicadas a la familia, como una clase más de filiación. Otra importante norma catalana reciente es la Ley 14/2010, reguladora de los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia, cuya principal finalidad, declarada en su Preámbulo, es aportar al ordenamiento jurídico una mayor claridad y unidad, operando a modo de Código de la Infancia y la Adolescencia, que contiene el régimen de las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes en situaciones de riesgo o desamparo, entre las que se encuentra el régimen del acogimiento familiar y del acogimiento preadoptivo⁴⁴.

En una visión de conjunto del sistema catalán, puede apreciarse la consideración de la adopción como una clase de filiación, cuya regulación corresponde ubicar entre las normas del Código civil de Cataluña; destacando entre las instituciones catalanas la existencia de un organismo público especializado en la materia, el Institut Català de l'Acolliment i de l'Adopció (ICAA); cuya finalidad primordial es contribuir a potenciar una política global de adopciones y de acogida simple en familia ajena, de agilizar los procesos de valoración de la idoneidad de las personas o familias que optan por la acogida o por la adopción, y de tramitar, cuando corresponda, la adopción internacional.

En el régimen actual, no existe discriminación alguna entre los hijos por razón de su filiación, por lo que el efecto esencial de la adopción consiste en que el hijo adoptivo queda equiparado a los nacidos por filiación matrimonial y no matrimonial, tal como disponen expresamente los arts. 235-2 y 235-47 CCCat.: la adopción origina relaciones de parentesco entre el adoptante y su familia y el adoptado y sus descendientes, y produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza. Esta afirmación también aparece en el art. 443-1 CCCat., relativo a la sucesión del adoptado, conforme al cual el parentesco por adopción surte los mismos efectos sucesorios que el parentesco por consanguinidad. Estos derechos sucesorios de los adoptados se establecen en el Libro IV del Código civil de Cataluña aprobado por Ley catalana 10/2008, que los desarrolla en los arts. 443-1 a 5. Este precepto sienta como regla general la atribución al adoptado de derechos en la sucesión abintestato de la familia adoptiva, si bien excepcionalmente,

⁴⁴ De Paula Puig Blanes, F. (2011). "Comentarios al Código Civil de Cataluña" Tomo I. Ed. Thomson Reuters, 1º ed. (465-489).

se reconoce en ciertos casos el mantenimiento de algunos de ellos respecto a la familia de origen. De este modo, excepcionalmente tienen lugar en los supuestos de adopción del hijo del cónyuge o pareja estable, así como en las adopciones intrafamiliares de un huérfano por parientes colaterales hasta el 4º grado. En el supuesto de la adopción de hijos del cónyuge o de la pareja estable, se mantienen los derechos sucesorios del adoptado respecto al progenitor de origen que haya sido sustituido; y por otra parte, en tales casos, los hermanos por naturaleza conservan el derecho a sucederse abintestato entre sí.

La adopción conlleva igualmente la atribución al adoptante de la patria potestad y asunción de los deberes inherentes a la misma, que contemplan los arts. 236-1 y ss. del Libro II CCCat. bajo la denominación responsabilidad parental.

En relación a los apellidos del adoptado, el art. 235-48 CCCat. especifica que, en principio, éste llevará los mismos apellidos que los de otros hijos comunes de los adoptantes, y en el caso de tratarse de adoptantes del mismo sexo decidirá el Juez dentro del procedimiento de adopción. Otra cuestión debatida es la de cuales hayan de ser los apellidos del adoptado por una sola persona, cuestión que se resuelve en el sentido de atribuirle los mismos del adoptante, excepto en el caso de adoptarse a un hijo del cónyuge o pareja estable, supuesto en el que se le permite conservar los apellidos del progenitor de origen, que aparecerán unidos mediante un guion, o bien que el progenitor y el adoptante soliciten, de común acuerdo, que el adoptado conserve los dos apellidos como uno solo, unidos con un guion. El orden de los apellidos del adoptado por una sola persona puede invertirse, si bien ésta debe solicitarlo así en el momento de la adopción.

En el caso de adopción de mayores de edad o menores emancipados, se les permite conservar los apellidos de origen, siempre que lo soliciten en el momento de la adopción. En cualquier caso, los apellidos del adoptado, así como las eventuales manifestaciones sobre conservación de los de origen o cambio de orden, deben establecerse expresamente en el Auto de adopción. En relación a este último inciso, el art. 235-33 CCCat. admite excepcionalmente las adopciones de mayores de edad o menores emancipados en el caso de que los adoptandos hubieran convivido ininterrumpidamente con el adoptante antes de haber cumplido catorce años; o bien, si se hubiera producido el acogimiento preadoptivo durante los seis meses inmediatamente

anteriores al cumplimiento de la mayoría de edad o a la emancipación, y posteriormente hubieran continuado conviviendo con el adoptante de forma ininterrumpida.

Siguiendo el recorrido de la regulación de la adopción en Cataluña, el art. 235-30.1.a) CCCat indica que ésta es un negocio jurídico de familia que requiere en los adoptantes la capacidad de obrar, que sustituye la frase, anteriormente contenida en el Código de Familia de Cataluña, estar en pleno ejercicio de los derechos civiles. En la legislación catalana se exime, además, al adoptante del requisito de la edad mínima de 25 años en ciertos casos especiales, tales como los de las adopciones de parientes huérfanos, del hijo del cónyuge o pareja del adoptante (art. 235-30.1.b CCCat.), o en las adopciones conjuntas, en la que el otro cónyuge reúna dicho requisito (art. 235-30.2 CCCat.). Finalmente, la referencia al acogimiento preadoptivo del art. 235-33 CCCat, produce un supuesto de distanciamiento entre la normativa estatal y la autonómica, dada la reforma del régimen de acogimientos que establece la Ley estatal 25/2015, en la que se suprime la referencia a la modalidad de acogimiento preadoptivo, antes contemplada en el art. 173-bis del CC., y en la que se instituye la nueva figura de la “guarda con fines de adopción”, ahora regulada en el nuevo art. 176-bis del CC.

En cuanto a la adopción internacional, el Código civil catalán recoge específicamente en su art. 235-44 que ésta y el acogimiento internacional deben respetar los principios de los convenios de derechos fundamentales relativos a los niños, así como las normas convencionales y de derecho internacional privado que sean de aplicación, esto es, la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya; correspondiendo garantizar la intervención de una autoridad competente en todo el proceso, además del respeto a los principios de subsidiariedad y de interés superior, por los que se verifica que se ha intentado que el niño o niña pudiera permanecer en su entorno, habiendo sido escuchado si tiene suficiente juicio. Debiendo constar igualmente su declaración de adoptabilidad y los consentimientos libremente recabados de la familia de origen, sin recibir contraprestación alguna, conociendo las consecuencias y los efectos que se derivan, especialmente en cuanto a la ruptura definitiva, en el caso de la adopción, de todo vínculo jurídico con ésta.

Este artículo, de igual forma, establece un sistema parecido al del artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional, referido a los efectos legales en España de las decisiones acordadas por autoridades extranjeras relativas a instituciones de protección de la niñez que no producen vínculos de filiación. Esto es, el de la constitución de la

adopción en situaciones de acogimiento o tutela establecidas en el extranjero respecto de niños y niñas en cuyos países de origen no existe la adopción ni ninguna otra institución equivalente. Ésta habrá de responder a su superior interés, deberá estar permitida por las normas del derecho internacional privado aplicables, y requerirá que la Entidad Pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad correspondiente en relación a la persona o las personas que solicitan su adopción. En este caso, excepcionalmente, se establece que el niño o niña pueda mantener las relaciones personales con su familia de origen, así como en el supuesto de que existieran vínculos afectivos cuya ruptura le perjudicaría psicológicamente. Esta decisión puede ser tomada por la autoridad judicial a propuesta de la Entidad Pública competente o del Ministerio Fiscal (art. 235-47.4 CCCat.)

Por otra parte, el art. 235-49 CCCat. responde a la búsqueda de los orígenes. Se establece que las administraciones públicas habrán de facilitar a petición del adoptado, los datos que tengan sobre su filiación biológica. Con esta finalidad se habrá de iniciar un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en el marco del cual tanto el adoptado como su familia de nacimiento habrán de ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte en relación con el posible encuentro. También el art. 235-50 CCCat., profundizando en la identidad de la persona adoptada, señala la obligación de informar al hijo adoptado sobre su condición tan pronto como aquel tenga la suficiente madurez o, a lo más tardar, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria a su propio interés.

3. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN EN LA ADOPCIÓN

3.1 Adoptabilidad de niños y niñas

La adopción es un proceso legal, psicológico y social de integración plena y definitiva de un niño o niña en el seno de una familia en la que no ha nacido. Por lo que si entendemos la adopción como una medida de protección de la infancia por la que se busca una nueva familia para aquél que la necesita, con la consiguiente ruptura de vínculos, irrevocabilidad y equiparación con la filiación biológica, la declaración de adoptabilidad se convierte en el punto de partida de todo el sistema protector. Esta afirmación nos conduce a aseverar que para cualquier niño o niña, especialmente para los más pequeños, la privación de un cuidado adulto, de una relación estable que le proporcione seguridad, puede tener efectos perniciosos, ya que sin un contacto de afecto

y estabilidad relacional, como se señaló en el apartado sobre identidad de la persona adoptada, se deja a los niños desprovistos de herramientas en las áreas del funcionamiento personal, cognitivo y social. Así lo apunta Gómez-Bengoechea⁴⁵, siendo especialmente relevantes en este sentido los estudios e investigaciones realizados por Spitz y Bowlby⁴⁶ sobre el hospitalismo y la privación del cuidado parental.

Para un correcto desarrollo físico y psicológico entonces será preciso una vida en familia que lo permita, por lo que se reconoce el derecho de los niños y niñas a tener una familia en la que puedan satisfacer dichas necesidades⁴⁷. Sin embargo, la existencia de un niño que ha sido privado de esta estructura fundamental no nos conduce directamente a su adoptabilidad, pues la adopción no se constituye para una familia que busca tener un hijo o hija, sino como medida de protección para el niño que va a ser capaz de afrontar un cambio de esta transcendencia y se encuentra en una situación de vulnerabilidad⁴⁸. Por todo ello, la adoptabilidad resulta más determinante que la propia idoneidad de los futuros adoptantes, debiendo ser previamente evaluada desde el punto de vista jurídico y psicológico.

La adoptabilidad jurídica implica la presencia de tres elementos que aportan las garantías necesarias en todo proceso de adopción, ya sea nacional o internacional. En primer lugar, el cumplimiento del **principio de subsidiariedad**, enunciado en el Convenio de La Haya de 1993, según el cual la separación definitiva de la familia de origen y la integración en una nueva debe ser la última de las medidas a contemplar en cada caso. Por este motivo, dicho Convenio propone priorizar las adopciones o los acogimientos en familia extensa, frente a las adopciones en familia ajena, y las soluciones que permitan al niño permanecer en su país, frente a la adopción

⁴⁵ Gómez-Bengoechea, B. (2012). "Adoptabilidad: el derecho del niño/a a vivir en familia". Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales, 16 (395-22).

⁴⁶ Sobre privación maternal: Bowlby, J. (1951), "*Maternal Care and Mental Health*" y Spitz, R. (1965), "*The first year of life: a psychoanalytic study of normal and deviant development of object relations*".

⁴⁷ En este sentido se ha pronunciado en varias sentencias el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que menciona la necesidad de que las autoridades competentes pongan todos los medios necesarios para ayudar a las familias a superar las dificultades que les impiden vivir con sus hijos e hijas: Sentencias del TDHE (Sección 5ª), de 26 de octubre de 2006 y (Sección 1ª), de 21 de septiembre de 2006.

⁴⁸ Rius, M. (2011). "Adopciones e identidad". Cultura y raza en la integración familiar y social (9-23).

internacional. En segundo lugar, la constancia de que los **consentimientos** requeridos para la adopción han sido dados libremente y sin recibir ningún tipo de contraprestación, con conocimiento de las consecuencias y efectos que se derivan, especialmente en relación con la ruptura de todo vínculo jurídico con la familia de origen; debiendo estar adecuadamente documentados. En último lugar, cabe además recabar el **asentimiento del niño** a la hora de determinar su adoptabilidad, siendo necesario informarle a él, teniendo en cuenta sus deseos y opiniones según su madurez; pues será fundamental para el éxito de la adopción.

Para valorar la conveniencia de la medida en relación al interés superior del niño como para tratar de minimizar las posibilidades de fracaso, desde el punto de vista psicológico, la adoptabilidad ha de centrarse: a) en la disposición del niño o niña a aceptar la adopción, b) en su capacidad para adaptarse a un cambio de tal magnitud, c) en la posibilidad de integrarse en una nueva familia y d) en obtener su opinión si tuviere conocimiento suficiente sobre lo que conlleva este cambio. Por ello, en los niños de mayor edad, a pesar de manifestar el deseo de pertenecer a una familia, pueden tener mermada su capacidad para establecer vínculos o de integrarse en nuevas estructuras de convivencia, quedando comprometido así su nivel de adoptabilidad psicológica.

“El Convenio de La Haya sobre adopción internacional recoge el compromiso de los países firmantes de comprobar la adoptabilidad de los menores (tarea encomendada a las autoridades competentes del país de origen de los niños), garantizar la subsidiariedad de la medida y velar porque se den los consentimientos necesarios, informados, libres y sin ningún tipo de compensación o pago. Menciona, además, que la madre debe consentir la adopción después del nacimiento, y que no debe existir contacto entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño hasta que se haya determinado la adoptabilidad y se hayan prestado los consentimientos oportunos.

En este punto, es importante tener en cuenta las dificultades que existen en algunos países, en los que hay muchos niños en situación de desprotección, para declarar formalmente la ausencia de familia, y, con ella, la adoptabilidad de los menores. Hay casos en los que los Estados carecen de las estructuras políticas y legales necesarias para hacerlo, supuestos de autoridades negligentes, que no otorgan importancia a esta cuestión y no invierten recursos en ella, o incluso países ideológicamente contrarios a la adopción, que, por tanto, nunca declararán adoptables a los menores necesitados de protección. Los niños que se encuentran en esta situación no son adoptables porque ninguna autoridad competente los ha declarado como tales, y, por tanto, no pueden ser definitivamente integrados como hijos en otra familia”⁴⁹.

En relación con la infancia necesitada de protección, Gómez-Bengoechea nos plantea la importancia del principio de subsidiariedad cuando existe un niño que pasa necesidades y tiene una familia que quiere hacerse cargo de él. Éste entonces no necesitará una nueva familia, sino una ayuda adecuada a la suya para que pueda ser mantenido dentro de su entorno. Pone también de manifiesto la paradoja de la realidad en la adopción, donde se buscan niños lo más pequeños y sanos posibles para satisfacer esa idea de asimilación respecto a la filiación biológica, mientras que los niños que están esperando una familia suelen ser algo mayores, grupos de hermanos o menores con algún tipo de necesidad especial.

Cabe destacar igualmente, como manifestación de los principios de interés superior del niño y de subsidiariedad, la prohibición de adoptar en situación de catástrofe, promulgada por la Ley de Adopción Internacional 54/2007. Las razones de ello se encuentran por una parte en la motivación para la adopción, decisión que ha de ser suficientemente madurada y reflexionada por quienes se ofrecen a adoptar, pudiendo resultar peligroso para el éxito de la adopción que el ofrecimiento provenga únicamente de un impulso solidario (niño-obra de caridad); y por otra, en las dificultades prácticas para declarar su adoptabilidad; debiendo comprobarse la condición de adoptables de estos niños, siendo necesario intentar localizar a sus familiares o buscar soluciones de cuidado alternativo dentro del país antes de someter a éstos a todos los cambios que

⁴⁹ Gómez-Bengoechea, B. “Adoptabilidad”. Revista AFIN, nº 11, enero 2010 (2-7).

trae consigo una adopción internacional. Este aspecto se relaciona directamente con la adoptabilidad psicológica y la capacidad para afrontar la pérdida de tantos referentes y una nueva situación.

3.2 Idoneidad de los futuros adoptantes

Como ya hemos apuntado en el apartado anterior, la adopción requiere como punto de partida la declaración de adoptabilidad por parte de su país de origen. En contraposición, debemos recordar la otra cara de esta figura, por la que sólo será posible dar protección a los niños y niñas necesitados de una familia gracias a la declaración de idoneidad de los que se ofrecen a adoptar. Por tanto, para que una persona o pareja solicitante de adopción se pueda constituir como familia adoptiva, se han de dar tres condicionantes: ser considerados capaces, es decir, cumplir los requisitos de estado civil, edad y parentesco ya mencionados; ser declarados idóneos por la administración competente según la normativa vigente, debiendo ser debidamente formados; y por último, ser escogidos (*matching*) según las necesidades de los niños y niñas. Este sería el acoplamiento que garantizaría la premisa de que la adopción es la medida de protección que responde a su interés superior, buscando familias para niños desamparados y adoptables, y no niños para los adultos⁵⁰.

Cabe mencionar, que los procedimientos de adopción en España pueden ir precedidos de una propuesta previa acordada por resolución administrativa, que tiene por objeto fundamental la valoración de la idoneidad de los solicitantes, y es preceptiva para iniciar el procedimiento judicial de adopción (arts. 176.2 CC., y 235-38 CCCat.), excepto para determinadas adopciones, exigencia que por lo demás se mantiene tras las reformas de 2015. Esta valoración es realizada por equipos técnicos de la Administración, cuyo régimen se encuentra pormenorizado en preceptos contenidos en la legislación autonómica⁵¹; aunque este trámite sólo se exige cuando se trata de adoptar niños separados de sus familiares y sobre los que ésta tiene asumida la tutela y ejercita la guarda a través de las medidas adecuadas, que pueden consistir básicamente en el

⁵⁰ Óp. Cit.: Rius, M. (2011). "Adopciones e identidad". Cultura y raza en la integración familiar y social. *Evolución de la vivencia social del hecho adoptivo* (25-45).

⁵¹ De Paula Puig Blanes, F. (2011). "Comentarios al Código Civil de Cataluña" Tomo I. Ed. Thomson Reuters, 1º ed. (465-489).

acogimiento familiar o residencial, por lo que no se exige en otro caso (supuestos de las adopciones intrafamiliares contemplados en el art. 176.2 CC., y en los arts. 235-32.1 y 235-33 CCCat.). Esto sucederá así en las solicitudes de adopción con propuesta previa por parte de la Administración, que estará a lo establecido en la correspondiente normativa autonómica, por lo que nos centraremos en la regulación de Cataluña.

La propuesta de adopción ha de reunir dos requisitos (art. 235-38 CCCat.): a) la idoneidad razonada de la persona o personas que quieren adoptar atendiendo a sus condiciones personales, sociales, familiares y económicas y a su aptitud educadora; y b) el último domicilio, si es conocido, de los progenitores, tutores o guardadores del adoptado. En este sentido, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción (aún vigente a pesar de las reformas llevadas a cabo en 2010) contiene disposiciones más detalladas en sus arts. 68 a 76, que se refieren a los procedimientos de valoración de los solicitantes de adopción en las solicitudes con propuesta previa.

Conforme a lo que dispone el art. 68, las familias que quieran adoptar, deberán presentar en la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (DGAIA) un escrito de solicitud en el que se expresarán sus datos personales y la voluntad de adoptar a un niño, adjuntándose los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos legales para adoptar así como los que sean necesarios para proceder al estudio y valoración de los solicitantes. En el caso de que no se acrediten los requisitos se requerirá al interesado para que subsane el defecto o adjunte los documentos preceptivos en el plazo de 10 días, con la indicación de que en caso de no realizarlo se le tendrá por desistido en su solicitud y ésta quedará archivada. Esta documentación necesaria que debe adjuntarse a la solicitud comprende los certificados de empadronamiento y de antecedentes penales, así como un informe médico de salud física y psíquica suficiente para poder prestar a un niño o niña la atención adecuada.

El estudio de la valoración de la aptitud de los solicitantes tiene por finalidad determinar la idoneidad de la persona o familia que quiere adoptar, para garantizar de este modo la cobertura de las necesidades de éste y el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente. Éste se especifica en diversos informes de los equipos técnicos correspondientes, integrados por psicólogos y otros profesionales, referidos a las circunstancias personales, familiares y sociales y del entorno socioeconómico de los solicitantes, relativas al cuidado de niños, así como otros datos sobre su aptitud

educadora (art. 71). La autoridad administrativa, en este caso el ICAA, debe comprobar, en especial, la ausencia de prohibiciones para adoptar. Y su desarrollo consistirá en la celebración de sesiones formativas, entrevistas, visitas domiciliarias y pruebas psicomédicas. Su duración se fija en 8 meses; que habiendo transcurrido sin que haya recaído resolución, se considerará desestimada, aunque el vencimiento del plazo no exime a la Administración de la obligación de resolver (art. 72).

En la asignación de un niño, niña o adolescente a un determinado solicitante de adopción, la Administración debe tener en cuenta las necesidades de aquél y de acuerdo con unos criterios de preferencia legalmente establecidos. Así lo dispone el art. 75 del Reglamento, donde se da prioridad a los cónyuges o pareja estable teniendo en cuenta la distancia generacional, además del hecho de que la edad del adoptado sea inferior a la del último hijo de los adoptantes, debiendo mediar entre ambos al menos un año de edad. En caso de igualdad de idoneidad, se respetará el orden cronológico de la solicitud. Una vez superada la prueba de idoneidad, se iniciará el acogimiento preadoptivo, que, junto con el informe técnico sobre la buena integración del menor en la familia de los futuros adoptantes, dará lugar a la propuesta previa con la que se inicia el procedimiento judicial de adopción.

En este sentido, el artículo 15 del Convenio de La Haya recoge la necesidad de un informe exhaustivo que abarque aspectos como la capacidad jurídica y aptitud para adoptar, los antecedentes familiares, el historial médico y el entorno social; pues el estudio psicosocial que se hace a las familias que solicitan una adopción es el otro punto de partida para el diálogo con las mismas. Sin embargo, como se apuntó en el Foro Internacional sobre Adopción Internacional y Subrogación Global⁵², consta una evidente variación en las normas, calidad y duración de la evaluación en los países que han ratificado el Convenio. Además de la existencia de investigaciones realizadas que han relacionado las rupturas⁵³ en la adopción con informes psicosociales llevados a cabo con

⁵² Óp. Cit.: Richards, S. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy* IV. "La Implementación del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional y el Interés Superior de la Niñez". Revista AFIN, nº 78, diciembre 2015 (7-13).

⁵³ Sobre ruptura en la adopción: Galli, J. Y Viero, F. (2001). "El fracaso en la adopción". Prevención y reparación.

escasa diligencia. Un informe riguroso será el punto de partida vital para los intereses y protección de niños y niñas.

En respuesta a estos intereses en la adopción, la valoración de la idoneidad debe revelar con precisión las capacidades y aptitudes de los y las potenciales adoptantes para satisfacer las necesidades de la niñez que llegan a la adopción, debiendo incluir de manera más efectiva temas hasta ahora descuidados, como el del racismo y la homosexualidad. También cabe destacar el creciente número de niños y niñas adoptados con “necesidades especiales” debido a la no disponibilidad de los sanos y pequeños que puedan ser declarados adoptables, aumentando así la exigencia de estudios psicosociales que abarquen dichas necesidades, y se dé una estructura de apoyo integral que incluya un sentido de responsabilidad especial en relación con el apoyo a las familias por parte de los profesionales que se dedican a la adopción.

4. RUPTURA EN LA ADOPCIÓN

La adopción es una forma diferente de acceder a la maternidad o paternidad, presentando unas características particulares que difieren de la biológica. Cabe mencionar esta obviedad debido a la concepción con la que se ha acudido a la adopción en las últimas décadas por parte de los solicitantes. La construcción de esta nueva forma de vida desde la asimilación conlleva un riesgo de fracaso en la adopción que puede prevenirse en la formación previa y por supuesto en la valoración de la idoneidad, donde puede ser detectada. De este modo, el trabajo desde esta base diferenciadora supondrá un acoplamiento más exitoso del futuro hijo en la familia adoptiva. Por este motivo, de los futuros padres se exigirá la disposición para aceptar la historia previa del niño que van a adoptar, así como su capacidad para convivir con sus recuerdos. Será necesaria igualmente la comprensión de las dificultades de adaptación que provienen de pertenecer a una raza o cultura diferente; e, inseparablemente, la aceptación del derecho que tiene el niño a conocer la verdad sobre su adopción y sus orígenes⁵⁴. Este proceso será manejado en la medida en que los adoptantes sean conscientes de sus necesidades y motivaciones para la adopción; de sus temores y fantasías sobre ella, de

⁵⁴ Berástegui, A. y Gómez-Bengoechea, B. (2008). “Los retos de la postadopción: balance y perspectivas”. *El trabajo con familias en riesgo de ruptura* (151-155).

la angustia que despierta la tramitación y su correspondiente espera⁵⁵; sus expectativas realistas respecto a las características del niño que se convertirá en su hijo y el conocimiento de las dificultades de integración familiar y social como del desarrollo evolutivo⁵⁶.

Podemos afirmar por ello, que la mayoría de los niños procedentes de la adopción consiguen adaptarse a su nuevo entorno, siendo una experiencia satisfactoria tanto para padres adoptantes como para los hijos que entran en estas nuevas familias. Sin embargo, varios estudios e investigaciones⁵⁷ en esta materia indican que los niños y niñas, procedentes indistintamente de adopción nacional o internacional, se han hallado expuestos en algún momento de su vida a experiencias vitales que afectan a su desarrollo cognitivo, emocional y conductual.

En general, las estadísticas oficiales consideran el fracaso adoptivo como la interrupción de la relación que tiene lugar antes de que se decrete definitivamente la adopción del niño o niña desde el punto de vista jurídico. No obstante, es posible que estos casos no supongan sino la punta del iceberg de una realidad de inadaptación más amplia. Existiendo situaciones donde no existe un ingreso en el sistema de protección de menores y sin embargo, la convivencia familiar se ve interrumpida por el ingreso del niño en instituciones educativas internas o en centros de tratamiento psiquiátrico o de menores con trastornos de conducta. Estas son las llamadas “pseudorupturas”. En otras ocasiones, la familia comparte techo sin que se haya producido una adopción en el sentido psicológico del término, es decir, sin que se haya establecido una relación paterno-filial además de la legal. Estas son las adopciones no constituidas, terminología usada por Berástegui. A pesar de que estas familias altamente insatisfechas no acaben

⁵⁵ Sobre el tiempo de espera en la adopción: Bertrán, M. y Badía, V. “El tiempo de espera en la adopción: ¿tiempo de riesgo o de formación para la prevención para las familias?”. *Revista de Psicología, Ciències de l'Educació i de l'Esport*, 2014, 32(2), 65-75.

⁵⁶ Sobre experiencias personales en adopción: Curto, E. “Adopción: de la fantasía a la realidad”. *Revista AFIN*, nº 24, febrero 2011.

⁵⁷ Berástegui, A. y Gómez-Bengoechea, B. (2008). “Los retos de la Postadopción: balance y perspectivas”. *Adopción: evolución tras la adversidad inicial en adopción internacional* (35-58).

en ruptura o pseudoruptura, debemos apuntar que no son adopciones plenamente constituidas en el plano psicosocial⁵⁸.

“El número de niños adoptados que pasan cada año a estar tutelados por la administración es un misterio insondable. Algunos expertos estiman que son en torno a 80; otros creen que se trata de varios centenares. La ley marca que la adopción produce vínculos idénticos a la filiación biológica, por lo que las administraciones no tienen estadísticas oficiales que discriminen entre hijos biológicos y adoptados. El primer estudio sobre el tema se llevó a cabo en el 2003 en la Comunidad de Madrid y arrojaba la cifra de un 1,5% de fracasos, entendiendo como tales aquellos en los que el menor dejaba de convivir con la familia y la administración se encargaba de buscarle un nuevo hogar. Aplicando este porcentaje a las adopciones internacionales realizadas en los últimos cinco años (23.035), estaríamos hablando de 346 niños. Sin embargo (...) estudios más recientes sitúan los fracasos adoptivos en torno al 10%. En cualquier caso, estos porcentajes están muy por encima de los de las familias biológicas que pierden o renuncian a la patria potestad de sus hijos. A falta de estadísticas estatales, tomaremos como referencia Cataluña, donde los niños tutelados por el Estado que no conviven con sus familias son cinco de cada 10.000 (el 0,05%)”⁵⁹.

A continuación pasaremos a examinar algunos de los elementos que influyen en esta adaptación, tanto de los niños y niñas como de los padres y madres, estrechamente relacionados con la adoptabilidad e idoneidad aludidos anteriormente.

4.1 Motivación en la adopción

Para una familia, el fracaso del proyecto adoptivo significa no haber sido capaz de acoger e instaurar con un niño una relación significativa desde el punto de vista afectivo, además de no haber conseguido atravesar con él las fases evolutivas hasta alcanzar su autonomía en la edad adulta. Para intentar comprender este fenómeno psicosocial, en este apartado presentaremos algunas de las cuestiones encontradas con mayor frecuencia en las historias de ruptura en la adopción⁶⁰, directamente relacionadas con la idoneidad de los futuros adoptantes y su adecuada motivación. Ésta última será la clave para prevenir la entrada de un niño o niña en una familia adoptiva que inconscientemente no está preparada para recibir su experiencia, como sucede en los

⁵⁸ Berástegui, A. y Gómez-Bengoechea, B. (2008). “Los retos de la Postadopción: balance y perspectivas”. *La ruptura de la adopción y las pseudorrupturas* (59-69).

⁵⁹ San Román, B. (2008). “Cuando las adopciones fallan”. Artículo en Magazine, La Vanguardia (38-42).

⁶⁰ Galli, J. y Viero, F. (2001). “El fracaso en la adopción” Prevención y reparación. *Señales de riesgo y de fracaso adoptivo* (9-30).

casos de sustitución del hijo biológico deseado o muerto y del hijo adoptivo-obra de caridad.

Las situaciones de infertilidad, la esterilidad y los tratamientos médicos se encuentran frecuentemente cuando se realizan las evaluaciones para la obtención del certificado de idoneidad para la adopción, representando un posible riesgo para la relación adoptiva. La frustración y el duelo no elaborados por el hijo que no ha nacido ocupan la mente de la persona y de la pareja, modificando su dinámica y reduciendo el espacio creativo y vital para poder recibir al hijo adoptivo, al que en estas circunstancias le vendrá atribuida de manera inconsciente la tarea de anular el duelo y los sentimientos de dolor que derivan de la esterilidad. Cuando, por el contrario, la solicitud de adopción coincide con los tratamientos de procreación asistida y se produce un embarazo, la llegada del hijo adoptivo produce una ambivalencia a nivel emocional en la pareja, especialmente en la gestante, que se debate entre atender a ambos, limitándose su capacidad para reconocer las necesidades de cada uno, llevando esta situación a menudo a la frustración y la culpabilidad. Se compromete así tanto la relación con el hijo biológico como con el adoptivo.

En los casos en los que el solicitante o solicitantes de adopción padecen alguna enfermedad o inhabilidad (crónica progresiva o déficit sensorial), al hijo adoptado que entra en esta familia se le pide que desarrolle un papel “terapéutico” ante un adulto enfermo, debiendo afrontar una doble reparación: la que se refiere a su relación primaria que se interrumpió con el abandono y la de la pareja que no ha podido procrear; sumando también el posterior deber reparador más complicado ante la madre o padre enfermo. En relación a esto último, Galli menciona la existencia de adultos que son incapaces de establecer una relación individual con un niño, sobre todo pequeño, ya que sus limitaciones requieren la presencia de un tercero que ayude a esta relación; por lo que reconociendo el dolor que deriva de la condición de la enfermedad o inhabilidad, debe asumirse una posición de tutela respecto al niño y su futuro, tomando decisiones a favor de él por parte de los profesionales que participan en todo el proceso.

Las solicitudes de adopción hechas por las personas que han tenido sus propios hijos y luego han de enfrentar a su pérdida, nos colocan ante el problema de la elaboración del duelo, así como el riesgo de que el hijo adoptivo se encuentre desempeñando la imposible tarea de sustitución del hijo perdido. Con frecuencia, estas solicitudes son de niños mayores que llevan consigo una carga de experiencias algunas

veces muy dolorosas. En este tipo de adopciones confluye un alto riesgo evolutivo y de fracaso a largo plazo que tiende a surgir al entrar en la adolescencia, fase que conlleva una revisión de la infancia y el cuestionamiento de vínculos y de su propia adopción.

Por otro lado, según explica Galli, las parejas que con o sin hijos y sin problemas de infertilidad eligen adoptar en lugar de procrear presentan características particulares relacionadas con motivaciones de tipo filantrópico o ideológico (“Hay muchos niños necesitados, ¿por qué concebir otros?”). Detrás de éstas, se esconden ansiedades relacionadas con el embarazo y/o el parto, los temores de transmitir enfermedades genéticas o profundos problemas concernientes a la sexualidad. Los adultos que no están suficientemente capacitados para afrontar aspectos significativos de su propia evolución psicosexual, se arriesgan a proyectar sobre los hijos adoptivos cuando llegan a la adolescencia la sensación de peligrosidad y negatividad de las manifestaciones sexuales. Se evidencia así que el adolescente adoptivo que se enfrenta con unos padres para los que la actividad sexual está separada de la procreación, tendrá mayores dificultades de identificación y vinculación pues “ha de estar agradecido por lo que han hecho por él”; así como de adaptación y cuestionamiento de la autoridad al interiorizar que su adopción es una “obra benéfica”.

Por último, la presencia de hijos nacidos de la persona o pareja o adoptados por ella representa tanto un recurso como una variante de riesgo tanto para los hijos ya presentes como para el niño que es adoptado. La motivación filantrópica de hacer el bien por un niño abandonado, por sí sola considerada, no supone un elemento de riesgo. Sin embargo, desde el punto de vista psicológico, representa una mayor complejidad en la gestión de la maternidad o paternidad. A veces, en estos supuestos, sucede que la búsqueda a ultranza del hijo adoptivo se convierte en la búsqueda a toda costa del hijo biológico de las parejas estériles, retando y buscando una nueva forma de ser padres, diferente a la enseñada; sin tener en cuenta las necesidades de los hijos presentes en la familia y el esfuerzo y preparación que requiere un niño que ha sido abandonado y que tiene sus problemas específicos. Además de las consecuencias emocionales de desvalorización que pueden interiorizar los hijos biológicos⁶¹, a los que no se les ha

⁶¹ Rius, M. (2011). “Adopciones e identidad”. Cultura y raza en la integración familiar y social. *La relación del niño adoptado dentro y fuera de su familia nuclear* (131-150).

preparado suficientemente en la llegada del nuevo miembro a la familia, se suma la conflictividad intrínseca de la adolescencia del hijo adoptivo. Galli relaciona esta idea con las parejas que no “disfrutaron” del cuidado directo de sus hijos biológicos durante sus primeros años de vida y que deciden adoptar a niños, incluso algo mayores, que pueden valerse por sí mismos, pero que cuando llegan a la adolescencia no se ven facultados para lidiar emocionalmente con este período, produciéndose un segundo abandono emocional además del sufrido en su primera infancia.

Esta autora nos apunta como los solicitantes que quieren adoptar a un niño llegan a este proceso con información insuficiente sobre la adopción, sobre los niños, sobre los procedimientos y dificultades que ésta conlleva a pesar del material relacionado con la adopción del que se dispone en la actualidad. De aquí la importancia de que la valoración psicosocial pueda ser realizada por distintos profesionales, donde el trabajador social actuará fundamentalmente sobre aspectos externos y el psicólogo sobre las representaciones y la dinámica del mundo interno, constituyendo éste un primer nivel de tutela para el niño que va a ser adoptado.

4.2 Señales de riesgo en el niño adoptable

En cuanto a la situación psicoevolutiva del niño del que se ha propuesto su declaración de adoptabilidad, ésta adquiere gran relevancia cuando entramos a examinar los riesgos y el futuro éxito en la adopción.

Los niños y niñas que van a ser adoptados pueden haber sufrido situaciones traumáticas en los primeros años de vida, cuyos comportamientos serán desconfiados o defensivos en la gran mayoría de los casos. Por ello, durante el proceso de adaptación, en la interacción con el nuevo entorno es posible que se repitan modelos relacionales aprendidos, lo que puede dar lugar a una gran variedad de conductas para las que las familias adoptivas pueden no estar preparadas. Estos son los factores postadoptivos a los cuales deberán hacer frente al producirse el encuentro con su nueva familia, entre los que se encuentran además la aceptación de la pérdida súbita de sus referentes, la adaptación a una situación de transculturalidad y/o transraciedad y la elaboración de su propia identidad. Cabe mencionar especialmente los preadoptivos, que nos hablarán sobre las circunstancias en las que se originó el embarazo y las conductas de riesgo durante el mismo, así como la forma y condiciones en que se produjo el parto, las situaciones de pobreza extrema, negligencia física y/o afectiva, las estancias en

hospitales y/o instituciones con pocos recursos, y la ausencia de vínculos significativos, entre otros⁶².

Generalmente, se le atribuye a la edad que tiene el niño en el momento de la adopción una importancia fundamental respecto al resultado positivo de la misma y al menor o mayor riesgo de ruptura en la relación adoptiva. Con frecuencia se trabaja en el campo de la adopción con la idea de que cuanto más pequeño es el niño declarado como adoptable más fácil será su inserción en el nuevo núcleo, más positiva su relación con los nuevos padres y, como consecuencia menores los riesgos de fracaso para él y para los padres adoptivos. Si bien esto es confirmado en muchas historias adoptivas, no sucede siempre así debido a la falta de recursos y recuerdos de estos niños, no pudiendo conectar con su historia biológica y por consiguiente de adopción, al no disponer de información suficiente en los casos en que son abandonados nada más nacer, que con la llegada a la adolescencia se produce el cuestionamiento de los vínculos. Existe también la teoría de que los niños más mayores tienen dificultades significativas de vinculación debido a que son conscientes de su historia y de lo que han vivido. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que su capacidad de resiliencia y el apoyo terapéutico en una relación diaria que proporcione seguridad al niño o niña para hacer frente a las situaciones cotidianas, tendrán como consecuencia su desarrollo de manera autónoma y el establecimiento de relaciones afectivas y sociales⁶³. Consiguientemente, la edad deberá ser tomada en cuenta en cada caso particular a la hora de declarar su adoptabilidad.

Por otro lado, son de especial importancia la manera y el momento en el que tuvo lugar la separación de la madre biológica o de quién hizo las veces de madre desde el nacimiento; lo apropiado o no del ambiente y de los cuidados que recibió desde su primera infancia; la posibilidad o no de desarrollar un lazo afectivo precoz; la discontinuidad relacional o el grado de carencias y/o privaciones vividas en los primeros períodos de su niñez; y los eventuales maltratos o violencia que haya podido sufrir.

⁶² Abrines, N. y Barcons, N. "Factores de riesgo y de protección en la adopción internacional". Revista AFIN, nº 4, julio 2009 (1-4).

⁶³ Galli, J. y Viero, F. (2001). "El fracaso en la adopción". Prevención y reparación. *Señales de riesgo y de fracaso adoptivo* (31-39).

La presencia discontinua o ausencia de una figura materna “suficientemente buena” significa para el recién nacido una falta de contención y de organización mental que favorezca su desarrollo⁶⁴. Además, si éste nace más vulnerable biológicamente, ha sido abandonado tempranamente y ha sufrido una grave y duradera privación afectiva que no le ha posibilitado vincularse a sus cuidadores, probablemente tendrá más dificultades o le será imposible establecer una estrecha relación de confianza y cariño con sus padres adoptivos; constituyendo ésta una posible causa de fracaso en la relación adoptiva. Pero más importante, un signo que desaconseja su declaración de adoptabilidad, sobre todo en los niños institucionalizados. En estos casos, el “desuso” de la capacidad del niño para vincularse hace que ésta se vaya mermando, atrofiando, de manera que le va a resultar más difícil activarla cuando, al ser adoptado, tenga la posibilidad de vincularse firmemente. También sucede en estos niños el establecimiento de relaciones indiscriminadas al haber sido atendidos por numerosas personas a lo largo de su vida, que comprueban que reciben más atención si se esfuerzan por hacerse presentes y agradar; actuando seguramente del mismo modo cuando conozcan a su familia adoptiva, aunque no por ello quiere decir que estén vinculados⁶⁵. Conseguir este objetivo será un cometido complicado que requerirá de los futuros padres la paciencia para transmitir lo que no ha podido todavía absorber en su corta experiencia sobre la importancia y significancia de las personas en su vida.

Otro aspecto que aparece como índice de riesgo de fracaso tiene que ver con la experiencia de maltrato físico, además del psicológico, que el niño pueda haber sufrido. En general, muy poco se puede conocer de los maltratos sufridos por parte de los recién nacidos o niños pequeños; con frecuencia, la única posibilidad de obtener información será a través de las marcas presentes en su cuerpo, aunque otras señales podrán ser vistas mediante la observación del juego y de su comportamiento. Por lo que serán los niños mayores los que conserven, además de marcas o cicatrices, los recuerdos de los maltratos sufridos. Esas experiencias, sobre todo si se prolongan en el tiempo,

⁶⁴ Acerca de esta idea de Klein, M. (1948), en su obra *“A contribution to the theory of anxiety and guilt”*, Galli nos resume que en los niños abandonados prematuramente y colocados en instituciones, se confirma constantemente la sensación de peligro, con una disminución del umbral de angustia, y un aumento de la autosensorialidad, que es una de las modalidades de defensa que les permite sentir que existen, que les hace sentirse vivos.

⁶⁵ Óp. Cit.: Rius, M. (2011). “Adopciones e identidad”. Cultura y raza en la integración familiar y social. *La identidad de las personas adoptadas* (47-98).

constituyen para muchos de ellos un tipo de “normalidad” en la relación con los adultos. En este caso, también la relación adoptiva viene con frecuencia fuertemente condicionada. Para los niños que tanto en la familia de origen como en la institución fueron golpeados, la búsqueda del castigo físico se presentará también con los futuros padres. Esta modalidad, según Galli, parece responder a la continuidad de un modelo de relación, y por otra parte a la búsqueda de contacto físico intenso que no pasa por los sentimientos normales de ternura y afecto, sino por el maltrato. Cuando estos niños se encuentran con parejas o familias adoptivas que activan inconscientemente estas experiencias traumáticas, el riesgo puede ser el de reproducir en la adopción una relación de maltrato, avocada de este modo a alguna modalidad de ruptura o pseudoruptura⁶⁶.

Tratar de evitar, dentro de lo posible, el surgimiento de posteriores sufrimientos y experiencias traumáticas en las relaciones adoptivas, en lo que se refiere a la adopción nacional pasaría por contemplar y evaluar tanto las experiencias de la situación psicoevolutiva del niño como las características de la familia que podría acogerlo. Aunque en adopción internacional, este recorrido con el niño adoptable no es posible hasta que se encuentra con su nueva familia, la posibilidad de prevenir se centrará en la evaluación en profundidad de las particularidades de la persona o pareja, las dinámicas de la relación, sus límites y los recursos que poseen.

5. PREVENCIÓN DE LA RUPTURA

5.1 Intervención y seguimiento

Junto a los factores de riesgo aludidos anteriormente, encontramos que en los niños y niñas que llegan a la adopción, tanto nacional como internacional, interactúan factores de protección, contrarrestando los efectos negativos de los primeros. Entre estos factores encontramos la calidad de los vínculos establecidos con quienes cuidaron de ellos en su familia de origen o en la institución, así como, posteriormente, con la familia adoptante, sus aptitudes personales, y los recursos emocionales y competenciales de los que disponen los padres y/o madres en la mejora del desarrollo

⁶⁶ Óp. Cit.: Galli, J. y Viero, F. (2001). “El fracaso en la adopción”. Prevención y reparación. *Señales de riesgo y de fracaso adoptivo* (31-39).

de su identidad. También debemos hacer referencia al concepto de resiliencia, por el que las personas consiguen una buena adaptación a pesar de haber sufrido experiencias de riesgo, como sucede en la separación de la familia biológica. Sin embargo, puede ocurrir que no se dé este ajuste de manera adecuada, debido a que el proceso de aprendizaje por parte de estos niños y niñas de los códigos propios de la relación de confianza y de incondicionalidad requieren tiempo, dedicación y comprensión por parte de los adultos, y a veces también de ayuda profesional⁶⁷.

A este respecto, la separación de la familia biológica o de sus cuidadores, cualquiera que haya sido la causa, es un proceso doloroso y lento que significa la pérdida de todo lo que formaba parte de su entorno hasta ese momento. Por este motivo, ha de priorizarse la buena integración familiar a través de la construcción del vínculo afectivo. Este será un proceso que llevará tiempo, pero que tendrá consecuencias positivas a corto y largo plazo en su desarrollo neurobiológico y cognitivo, en su bienestar emocional y el de sus relaciones sociales. No obstante, estos niños y niñas pueden presentar inseguridades y dificultades que se manifiestan a través de su comportamiento y que, con frecuencia, son diagnosticados y medicados para hacer frente a una sintomatología (trastornos de conducta; autismo; retraso mental, por déficit de atención con o sin hiperactividad; etc.) que comporta no solamente que los síntomas no remitan tal como se esperaba, sino que no se incide en la problemática de fondo a tiempo. Y el tiempo, en postadopción, sobre todo en aspectos concernientes a la evolución infantil, es primordial.

Cabe mencionar, que las causas que acercan a las familias a solicitar asesoramiento especializado como son los problemas de lenguaje o alimentación, de comportamiento o de adaptación escolar y de comunicación de la condición de adoptado y sus orígenes, esconden realmente dificultades en el proceso de vinculación familiar relacionadas con la historia de la familia adoptante, la historia del niño y el efecto de ésta en la vida de la familia después de la adopción. Por lo tanto, serán los profesionales que se dedican a la postadopción los que ayudarán a discernir entre lo que es una conducta reactiva ante la nueva situación que supone la adopción, de lo que son síntomas de

⁶⁷ Abrines, N. y Barcons, N. "Factores de riesgo y de protección en la adopción internacional". Revista AFIN, nº 4, julio 2009 (1-4).

problemáticas que requieren ayudas terapéuticas⁶⁸. En relación a éstas, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 requiere a los Estados para que asuman una serie de funciones para proteger a los niños adoptados y a sus familias, incluyendo la instauración de servicios postadoptivos. Igualmente, el Convenio de La Haya, en su artículo 9, establece que sus autoridades centrales deberán tomar todas las medidas adecuadas con el objetivo de fomentar el asesoramiento sobre la adopción y los servicios de postadopción en sus Estados. El objetivo es la instauración de servicios adecuados de apoyo postadoptivo que permitan conseguir la protección social y cultural de los niños adoptados. Disposición incluida también en la Guía de Buenas Prácticas relativa a la puesta en funcionamiento del Convenio de La Haya, en la que se establece el modo en que los padres adoptivos deberán buscar ayuda cualificada en sus propios países.

Por otra parte, debemos hacer referencia al seguimiento, especialmente en adopción internacional, que como nos indica Ferrandis Torres⁶⁹ éste puede ser concebido como una simple vigilancia o inspección de la situación del niño adoptado, que se diferencia de la concepción del seguimiento como supervisión, que permite también apoyo, acompañamiento y orientación. Más allá de lo exigible de un acuerdo bilateral o la normativa del país de origen, esto significa poner a disposición de las familias los recursos que les permitan asegurar el bienestar de estos niños y niñas. Por ello, los servicios de postadopción son el nexo para garantizar que el proceso global de la adopción se lleve a cabo de la mejor forma posible, en el interés superior del niño. Este eslabón constituye, probablemente, una de las mejores herramientas de prevención de los fracasos de la adopción, debiendo ser brindado por servicios de postadopción especializados que ofrezcan diferentes modalidades de asesoramiento: líneas de llamadas telefónicas, consultas individuales, grupos o encuentros de familias adoptantes y/o adoptados, información, documentación, conferencias, formación, etc.

⁶⁸ Óp. Cit.: Berástegui A. y Gómez-Bengoechea, B. (2008). "Los retos de la postadopción: balance y perspectivas". *El trabajo con familias en riesgo de ruptura* (151-162).

⁶⁹ Berástegui A. y Gómez-Bengoechea, B. (2008). "Los retos de la postadopción: balance y perspectivas". *El seguimiento: ¿una verdadera oportunidad para la intervención postadoptiva?* (157-162)

“El trabajo de los profesionales que lo brindan [consistirá, de este modo,] en ayudar a los padres adoptivos a comprender e interpretar los comportamientos y las reacciones del niño basándose en su personalidad, sus experiencias anteriores y el tipo de apego elaborado hasta entonces; valorar la repercusión que las secuelas del abandono y la institucionalización puedan tener a la hora de iniciar nuevas vinculaciones; orientar sobre el desarrollo de la vida escolar de los niños y niñas; brindar asesoramiento a los profesores para una mejor comprensión de las necesidades de sus nuevos alumnos; y a comprender sus propias vivencias como padres de ese niño, a adecuar sus expectativas a la realidad de las necesidades del hijo; etc. Sin este apoyo, muchos padres pueden ignorar lo que ellos mismos aportan a la relación vincular y malinterpretar algunas conductas de sus hijos vivenciándolas como falta de amor, de reconocimiento o de deseo de integración en el seno de la familia adoptiva. En cuanto a los profesores, este apoyo puede conseguir que interpreten adecuadamente las conductas de esos alumnos, y así poder encontrar recursos y apoyo que resulten más adecuados. La ayuda terapéutica especializada tiene que brindar contención psicológica que ayude a los niños y niñas a superar las secuelas que sus vivencias anteriores pudieran haber dejado, permitiéndoles lograr seguridad afectiva en su nuevo entorno relacional”⁷⁰.

5.2 Apoyo postadoptivo

5.2.1 Apoyo a las familias adoptivas

En relación con la prevención de la ruptura debemos hacer referencia al apoyo postadoptivo como el otro instrumento de soporte a la tríada de la adopción. Por ello cabe apuntar que la institución de la familia en España ha vivido, aunque con retraso respecto al entorno europeo, una fuerte transformación en su estructura y procesos de formación y funcionamiento. Según Rodríguez-Jaume, este cambio se explica a través del proceso de individualización por el que se alude al protagonismo que la sociedad otorga a las opiniones y decisiones individuales en el ámbito de la vida familiar. Es el caso de las familias adoptivas, cuya visibilidad es novedosa y trae causa en la mayor tolerancia social hacia comportamientos que “se desvían” respecto al modelo de familia “normal”: la sustentada en la heterosexualidad, en la filiación biológica y en la “monoracialidad”.

⁷⁰ Parrondo, L. “Especialización de los profesionales en servicios de apoyo postadoptivo”. Revista AFIN, nº 8, octubre 2009 (1-5).

“El camino de la aceptación social hacia “nuevas formas familiares” se inició con la pérdida de importancia del matrimonio dando paso al divorcio y, con él, a las familias ensambladas o reconstituidas, y a las familias monoparentales. Hoy, y de la mano de la filiación adoptiva, el camino se traza a partir de la pérdida de importancia que la descendencia consanguínea ha ido adquiriendo en los procesos de construcción identitaria individual y familiar. En España, el 70% de la población se imagina, asimismo, en situación de adoptar y solo el 2,6% de los españoles declara que jamás adoptaría a un niño que procediera de otro país. Sin embargo, los estudios que han abordado el fenómeno de las adopciones atendiendo a las actitudes sociales que suscita, y su impacto en la familia adoptiva, han subrayado su carácter estigmatizante⁷¹. Desde la sociología, el disenso que se produce entre las actitudes y los comportamientos sociales frente a la adopción plantea algunos interrogantes: ¿la elevada valoración positiva que la sociedad española declara sobre las adopciones reproduce respuestas de deseabilidad social?, ¿nuestra actitud manifiesta frente a las adopciones es la “políticamente correcta”?, ¿somos reacios a sancionar públicamente la adopción, del mismo modo que públicamente no avalaríamos actitudes racistas o xenófobas? y, en todo caso, ¿cómo afecta a madres, padres, hijos, hijas y familias adoptivas las opiniones de las que son objeto por haberse “salido de la norma”?⁷².

En relación a la percepción de las familias adoptivas españolas, la hegemonía en Occidente del sistema de parentesco definido por la familia genérica (biológica y natural), ha conllevado que las formas de familia no constituidas a partir de vínculos consanguíneos hayan sido socialmente construidas como “anormales”. Las emociones vividas, el valor de las hijas e hijos adoptados y la validez de la crianza adoptiva no son considerados tan buenos, reales o verdaderos como los de las familias biológicas, pues la sociedad ha identificado en el nexo biológico el requisito previo de una “auténtica” vinculación filial. Por ello, las familias adoptivas argumentan que son vistas como “familias de segunda” o de “último recurso” cuando no es posible tener hijos biológicos. De este modo, la adopción carece de la legitimidad social que otorga la consanguinidad; percibiéndoseles como consumidores privilegiados dispuestos a prácticas abusivas (irregularidades en los procesos de adopción), o requiriendo igualmente de las futuras familias adoptivas que respondan de forma eficiente a las múltiples deficiencias que los niños y niñas adoptados puedan tener de forma individual para ser considerados idóneos para la adopción.

⁷¹ Sobre la estigmatización en la adopción: Rodríguez-Jaume, M^a J. y Jareño, D. (2015) “Estigma social y adopción internacional en España. ¿Es la familia adoptiva un modelo familiar menos «auténtico» que los basados en lazos biológicos?”. *Papers Revista de Sociología*, vol. 100, nº 2 (211-236). Sobre el concepto de estigma: Goffman, E. (2010[1963]) “Estigma: La identidad deteriorada”. Buenos Aires: Amorrortu.

⁷² Rodríguez-Jaume, M^a J. “Las adopciones y su contexto sociológico”. *Revista AFIN*, nº 56, diciembre 2013 (1-5).

Más allá del período inmediatamente posterior a la formalización de la adopción, existe en estas familias la necesidad de apoyo postadoptivo especializado como herramienta preparatoria-educativa. Esta exigencia es evidente en el Convenio de la Haya, por lo que identificar formas eficaces de soporte a las familias en el tratamiento de las fronteras raciales, culturales y familiares que la persona adoptada encuentra responde a su interés y al de su familia adoptiva, y consiguientemente, al de la prevención de la ruptura o deterioro de vínculos. Ello se manifestaría a través de la cooperación necesaria entre los países de origen y los receptores para mejorar los resultados de adopción, así como la determinación de servicios que puedan aplicarse tanto para las personas adultas adoptadas y las familias de nacimiento. Es también un tema relevante la preocupación acerca de la patología a la que se ven sometidas la adopción y las propias personas adoptadas en relación al apoyo postadoptivo. Es decir, el “temor” que algunas familias tienen ante la posibilidad de que sus hijos puedan serles retirados tanto si acuden en busca de ayuda como si no parecen estar preocupándose o de alguna manera no están “a la altura”. Esta es la llamada “patologización” de las familias adoptivas, y en este contexto, en el Foro Internacional sobre Adopción Internacional y Subrogación Global, se planteó como posible forma de afrontar esta cuestión el apoyo independiente a las familias adoptivas del de la persona adoptada:

“Sin embargo, hay algunas cuestiones comunes a ambas. La necesidad de abordar el estigma de la adopción, combatir el racismo y la discriminación fue destacada por las adultas y adultos adoptados y sus organizaciones en el Foro. El Convenio de La Haya hace hincapié en la debida consideración en la crianza de los niños y niñas adoptados de su origen étnico, religioso y cultural (artículo 16). Los grupos de apoyo se centran habitualmente en actividades que tienen como objetivo vincular a la persona adoptada con sus culturas de origen, pero no se debe asumir que estas actividades ayudan a los niños y niñas en el aprendizaje de estrategias para responder al racismo en sus países de adopción. La modificación del artículo 16 para incluir la raza junto a la etnicidad, la religión y la cultura remarcaría la importancia de distinguir una de otras como parte de cualquier apoyo y asesoramiento pre y postadoptivo”⁷³.

5.2.2 Apoyo a las familias de origen

La adopción, como ya hemos señalado, se inscribe en dos tipos de procesos, el de filiación y el de la protección de la infancia, que razonablemente se refuerzan el uno

⁷³ Óp. Cit.: Richards, S. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy* IV. “La Implementación del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional y el Interés Superior de la Niñez”. Revista AFIN, nº 78, diciembre 2015 (7-9).

al otro. Por ello, es necesario señalar que este vínculo de filiación adoptiva se establecerá en la gran mayoría de casos en sociedades cuyo modelo de filiación supone tener un solo padre y una sola madre; presuponiendo que los genitores del niño/a son sus padres, todo ello dentro de un orden social y simbólico preestablecido dentro del cual el padre era tradicionalmente el marido de la madre y la madre era la mujer que había dado a luz ese niño, surgido de las relaciones sexuales autorizadas moralmente. Consecuentemente, siguiendo este modelo relacional, si nos referimos a las partes constitutivas de esta tríada, la familia de origen será la gran olvidada.

En este sentido, este patrón de la adopción plena ha perdurado gracias a cuatro tipos de lógicas: las de sustitución, sucesión, continuidad y relación⁷⁴. En cuanto a la de sustitución ha de deshacerse en primer lugar la filiación primaria para poder establecer la adoptiva y dar cumplimiento, de este modo, a la idea de que esta filiación es idéntica a la natural y sólo existan unos únicos genitores. La segunda, hace referencia a que el niño/a adoptado no puede ser pensado, ni “concebido”, como nacido de su madre y su padre adoptivos aunque los vínculos de filiación establecidos a partir de su nacimiento se rompan para ser remplazados por los vínculos de filiación adoptiva; aplicándose no tanto una lógica de sustitución de parentesco como una lógica de sucesión de parentesco, según la cual el primer parentesco del niño/a es negado. Sin embargo, siguiendo la lógica de la continuidad, ésta permite mantener rastros del parentesco de origen, por lo que una vez se han convertido en familia adoptiva, el vínculo de filiación entre el niño/a y su familia de origen se deshace, pero la historia del niño/a permanece. Cabe señalar que el contacto eventual con los genitores (o primeros padres) no es generalmente imaginado hasta el final de la adolescencia o en la edad adulta. La búsqueda de los orígenes pasará entonces por distintas etapas, donde la persona adoptada vuelve a encontrarse entre dos universos de parentesco: el adoptivo, oficial, y el de nacimiento, borrado. No obstante, la ruptura institucional entre estos dos universos no es nunca completa, sino recuperable. Y en lo referente a la de relación, cuestiona Cadoret la continuidad de la historia personal de la persona adoptada, para que al mismo tiempo pueda disfrutar de todos los derechos filiales en su nueva familia como de no

⁷⁴ Cadoret, A. “El niño/a adoptado y el parentesco contemporáneo: la cuestión de la doble pertenencia”. Revista AFIN, nº 31, septiembre 2011 (1-9).

tener que renunciar a la primera; sin tener que circular entre dos parentescos, existiendo procesos que responden a este objetivo como son la adopción abierta y la simple.

Cuando representamos los derechos de la familia de origen, el argumento de que es necesario dar prioridad a los intereses del niño o niña en lugar de lo que puedan querer o necesitar los progenitores o adoptantes es utilizado asiduamente para dejar a éstos relegados a un segundo o ultimísimo plano. De este modo, se afirma que debemos esperar para conocer si la persona adoptada quiere establecer contacto o buscar a la familia de origen. Sin embargo, esto puede ser demasiado tarde. Así se hizo constar en el Foro Internacional sobre Adopción Internacional y Subrogación Global⁷⁵, donde algunas familias de Nueva Zelanda declararon que querían buscar antes de que “todo se enfriara” y las conexiones con la primera familia se hubieran perdido para siempre. Del mismo modo, la sugerencia de preguntar a los niños y niñas sobre lo que piensan de sus intereses está plagada de dificultades, pues sus intereses también pueden cambiar a medida que maduran. Como se señaló en el Foro, se debe empezar a conceptualizar a las personas adoptadas como adultas y no como eternos niños/as.

Desde el punto de vista de las familias de origen, lo relevante es que las consideraciones del interés superior del niño o niña deben asegurar que se llevan a cabo todas las medidas para garantizar la reunificación familiar o la ayuda. Esto requiere más atención a los derechos de la familia primaria, que es el punto más débil del Convenio de la Haya. Por otra parte, se planteó la cuestión de si los derechos y el bienestar de los primeros padres/madres y sus hijos/as pueden ser totalmente separados, ya que estos últimos son, en un principio, un miembro de la familia de origen. Por lo tanto, no potenciar políticas de ayuda a éstos también perjudica a sus hijos/as, existiendo una gran necesidad de fortalecer los derechos de las primeras familias en la Convención, sobre todo en adopción internacional. Por el momento están ausentes, mientras que los intereses de los padres y madres adoptivos están salvaguardados y protegidos.

⁷⁵ Högbäck, R. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy I*. “Países y Familias de Origen en la Adopción Internacional”. Revista AFIN, nº 75, septiembre 2015 (6-8).

Apuntado lo anterior, debemos mencionar los peligros de la filosofía de la “ruptura limpia” que parece caracterizar la mayoría de las adopciones internacionales⁷⁶, en las cuales, el interés superior del niño vendrá relacionado con las necesidades y experiencias cambiantes a través del tiempo de la persona adoptada. En conexión con ello, el grupo que probablemente más ha sufrido bajo este régimen del *clean-break* han sido las primeras familias de los adoptados y adoptadas. En el peor de los casos, no se les ha dado ninguna información sobre sus hijos e hijas después de su adopción, dependiendo únicamente de los padres y madres adoptivos decidir si permanecen en contacto o proporcionan noticias a la primera madre (u otros miembros de la familia extensa como hermanos y abuelos). Es evidente que muchas madres primerizas quieren saber y la anulación legal de su maternidad no se corresponde con su experiencia de vida y sentimiento. De hecho, estos procedimientos pueden ser desconocidos en sus culturas, como sucede en África.

Según lo explicado por Ruth McRoy en el Foro, la investigación extendida en el tiempo sobre las primeras madres norteamericanas demostró que quienes tenían más contacto o recibían más información sobre sus hijos e hijas experimentaban niveles más bajos de dolor. Este cuerpo de investigación también mostró que los mayores niveles de apertura son beneficiosos para todas las partes constituyentes: los padres y madres adoptivos, los adoptados/as y los primeros padres y madres. En la adopción internacional esta es, sin embargo, una tarea pendiente. Las prácticas actuales son deshumanizadoras, no habiendo motivos para la diferencia de trato hacia las primeras madres por haber nacido y vivido en países con menos recursos y no haber sido capaces de expresar sus preocupaciones.

⁷⁶ Selman, P. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy V.* “Las agencias de adopción Internacional y el Convenio de la Haya”. Revista AFIN, nº 79, enero 2016 (4-6).

“Dado que la mayoría de las adopciones nacionales en EE.UU., Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda ya son abiertas y la apertura está promovida como una buena práctica, se plantea la cuestión de por qué esto no se está proponiendo para las adopciones internacionales. En un primer momento, sería necesario aclarar el concepto de adopción abierta. La manera en que se utiliza en los Estados Unidos en las adopciones nacionales, por ejemplo, implica algún tipo de contacto entre la familia adoptiva y la familia de origen después de la adopción. Este contacto puede ser anónimo a través de un buzón o mediada por trabajadores sociales de adopción, o puede involucrar el contacto directo que incluye una de las siguientes opciones: el envío de cartas y fotografías, la utilización del correo electrónico (o Skype), llamadas de teléfono, o visitas. Los investigadores tienen claro que la adopción abierta no implica “devolver” el niño a su primera familia, ya que los derechos y obligaciones de la patria potestad corresponden a la familia adoptiva. No obstante, los derechos de la primera familia, incluido el derecho a recibir información sobre el niño o niña, deben ser claramente establecidos y legalmente exigibles”⁷⁷.

En el contexto de la adopción internacional, la inmensa brecha de riqueza entre las dos familias, las enormes distancias geográficas y las posibles barreras lingüísticas representan nuevos desafíos. Éstos supondrían tener en cuenta las características de las relaciones entre las familias adoptivas, las primeras familias y las personas adoptadas, si bien una mayor apertura beneficiaría la necesidad de saber de estas últimas y de sus primeras familias. Ello implicará avanzar hacia prácticas más inclusivas y justas en la adopción internacional, donde la participación sustituya a la eliminación como forma de prevención de las rupturas.

CONCLUSIONES

Como ya se formulaba en la introducción, la interrelación existente entre la concepción social de la adopción y su ruptura tiene como base la motivación en la adopción y las señales de riesgo en el niño adoptable. Así se ha expuesto y validado en el cuerpo de esta tesis, cuyo abordaje está estrechamente relacionado con los instrumentos de evaluación en la adopción. Éstos serán, en último término, los que nos proporcionen las herramientas de primer filtro para evitar, en lo posible, la ruptura o alguna de sus modalidades respecto a los niños que son adoptados por parte de las familias españolas, ya sea en adopción nacional o internacional. De este modo, en el recorrido de esta tesis se ha conseguido refutar lo expuesto por varios autores acerca de la adopción abierta y sus efectos beneficiosos en la creación de vínculos con la nueva familia a través del apoyo postadoptivo; así como el replanteamiento de los principios de

⁷⁷ Óp. Cit.: Högbäck, R. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy* I. “Países y Familias de Origen en la Adopción Internacional”. Revista AFIN, nº 75, septiembre 2015 (6-8).

subsidiariedad y de interés superior del niño en relación a las primeras familias y su respectivo soporte por los países de origen, especialmente en adopción internacional. De igual modo, cabe destacar la existencia de figuras como la adopción abierta y la simple, que responden al contacto entre las familias adoptivas y las de origen para un mejor esbozo de la adoptabilidad y su incidencia en la adaptación del niño adoptado.

I. En primer lugar, no debemos asumir que las familias adoptivas necesariamente y siempre desean adopciones cerradas. Así lo han demostrado numerosas investigaciones⁷⁸ donde muchos padres y madres adoptivos han buscado activamente más información para sus hijos e hijas antes de que “el camino se enfriara”, camino en el que las familias adoptivas se involucraban con poco apoyo de los países de origen y de recepción. Por ello, es importante hacer referencia a la pluriparentalidad. Como ya expuso Cadoret, el modelo de parentesco occidental parte de la vinculación entre filiación, procreación y sexualidad, lo que implica que hay “un padre” y “una madre”. Sin embargo, paulatinamente se ha producido una individualización de los lazos de parentesco, vinculados a la voluntad del padre y la madre de reconocer el derecho de filiación. Con la aparición de las familias recompuestas tras la separación o el divorcio con nuevas parejas de los progenitores y con las técnicas de reproducción asistida (TRA), los modelos de parentesco se pluralizan. En este sentido, podemos establecer un paralelismo con la adopción al aparecer nuevas figuras de parentesco que no tienen nombre o lugar dentro de este modelo, como son las familias de nacimiento. De este modo, el éxito de la adopción podría considerarse desde el punto de vista del contacto entre familias de origen y adoptivas en adopción, especialmente en la internacional, y su correspondiente apoyo. En España, aunque se encuentra en vigor la figura de la adopción nacional abierta, tendremos que esperar a conocer su impacto y adaptación en nuestra sociedad por su reciente implantación.

II. Es el caso de la experiencia en adopciones abiertas del Reino Unido, que nos muestra que existe un contacto periódico entre los niños y niñas adoptados y los

⁷⁸ Sobre búsqueda de orígenes: Berástegui A. y Gómez, B. (2008). “Los retos de la postadopción: balance y perspectivas”. *Experiencias de trabajo en el apoyo a la búsqueda de los orígenes* (137-150).

miembros de sus familias de nacimiento⁷⁹. Consecuentemente, se pueden extraer de ella dos miradas opuestas a la adopción abierta. La primera vendría dominada por la perspectiva pro-apego, que considera que el contacto directo con la familia primaria ubica al niño bajo influencias que le dañan y podrían amenazar el vínculo con la familia adoptiva. Los profesionales pro-apego, consiguientemente, recomiendan limitar el contacto al correo electrónico, e incluso irlo eliminando progresivamente. En cambio, el enfoque pro-contacto argumenta que el daño causado por la pérdida permanente de la primera familia impide la creación del apego con la familia adoptiva. Los profesionales pro-contacto perciben a la familia de origen como un recurso constante para los niños y niñas adoptados y apoyan todas las maneras posibles de contacto. A este respecto, los contactos deben realizarse a través del diálogo y no de la imposición, teniendo que ser revisados y modificados si es necesario y se debe reconocer a los padres adoptivos como “los padres”, otorgando a los de nacimiento un papel diferente como “participantes en la vida del niño o niña” ya que, aunque una madre o un padre de nacimiento no pueda criar, no implica que no pueda realizar una contribución importante a la necesidad de continuidad de éstos.

Cabe destacar igualmente que las experiencias de las familias adoptivas ante la adopción abierta, representan tres usos del conocimiento que los hijos e hijas adoptivos adquirirán a través del contacto con las familias de nacimiento. En primer lugar, este contacto les ayudará a “saber exactamente” quiénes fueron sus familias de nacimiento, previniendo la posible idealización. En segundo lugar, los padres adoptivos podrán sentir que ese contacto les protege de la posibilidad de que las familias de nacimiento puedan confundirles o engañarles en el futuro. Conjuntamente, este conocimiento y contacto permitirán a los niños y niñas construir sus identidades sabiendo “de dónde vienen”. Consiguientemente, las adopciones abiertas presentarán retos, entre los cuales podemos nombrar el sentimiento de obligación de mantener relaciones poco saludables con la familia de nacimiento que surge de la creencia en los “lazos de sangre”; la estigmatización o recordatorio permanentemente el estado “anormal” de las

⁷⁹ Óp. Cit.: Sabater Bayle, E. “La adopción abierta en el derecho español”. Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, N°. 4, 3, julio 2016 (66-93).

familias adoptivas y el planteamiento de la protección de hijos e hijas ante contactos no planeados ni supervisados con las familias de nacimiento a través de las redes sociales. Aunque también podremos obtener recompensas, apareciendo entre ellas la habilidad de construir una relación de confianza entre los niños y niñas y sus padres adoptivos ante el intercambio de información sobre la familia de nacimiento, la oportunidad de dejar opciones abiertas a éstos para configurar sus relaciones de parentesco en el futuro, y el reconocimiento y validación del rol parental de los padres adoptivos por parte de la familia de nacimiento.

- III. Respecto a la ambigüedad y dinamicidad del principio del interés superior como concepto, éste debe ser empleado en favor de la persona adoptada, pues ésta y sus inquietudes cambian a lo largo de su vida. El reconocimiento de las personas adoptadas como algo más que niños y niñas pequeños se descuida en la mayoría de las discusiones sobre bienestar, cuya representación dominante del “adoptado-niño” impide la identificación de la adopción como un cambio y una experiencia vital larga. Por tanto, un mayor énfasis en la persona adoptada como ser y también como proyecto de ser es un imperativo. La inclusión de las voces de las personas adoptadas es de suma importancia para entender cómo estos intereses varían a lo largo del tiempo.

En consecuencia, cuando reflexionamos acerca de la adoptabilidad de un niño que ha sido abandonado es importante considerar el grado de elaboración del duelo por la pérdida de sus genitores, que permanecen idealizados y englobados pero no interiorizados en un proceso de duelo inconcluso; no dejando lugar libre para una nueva y diferente figura paternal o maternal, constituyéndose éstos como permanentes y quizás insuperables rivales de aquellos que intentan con la adopción ser los sustitutos. Desde la óptica global y eficaz del interés superior del niño, es necesario pensar que éste tiene derecho no sólo a una nueva familia, sino también, en el caso de que sea indicada, a una psicoterapia tan larga y profunda como sea necesaria. Cuando este recurso no está disponible, el riesgo es el de confiar a los padres adoptivos una tarea muy difícil, quizá imposible, aumentando la probabilidad de fracaso en la adopción. La adopción no es, ni puede ser, la solución mágica para cada niño, no tiene que ser un mito, sino un

instrumento, entre otros, para proveer el bienestar a un menor que no puede crecer en su propia familia⁸⁰.

- IV. En relación a esta herramienta, el Convenio de La Haya prioriza las soluciones familiares permanentes, incluyendo la adopción internacional entre ellas, por encima del cuidado temporal o institucional en el estado de origen del niño o niña. Esta priorización, que presumiblemente responde a su interés superior sugiere todo lo contrario, pues toda medida de protección debería acudir indudablemente a la permanencia dentro de su entorno, incluso recurriendo a la atención institucional. Corresponde, por tanto, un replanteamiento de este principio en relación con el de subsidiariedad, pues su aplicación no es necesariamente de interés superior para el niño o niña si la adhesión al principio de subsidiariedad produce un resultado de ruptura cuando no se ha examinado adecuadamente su adoptabilidad. De esta manera, si la adopción internacional se practica éticamente, solo deberá apelarse a ella cuando un niño o niña necesite una familia. La necesidad de garantizar que la adopción internacional no es impulsada por una demanda de niños y niñas por parte de los adoptantes o las agencias de adopción es un paso que debe darse para que éstos no sean innecesariamente retirados de sus familias biológicas.

Este sería un propósito posible si las formas de apoyo a las familias de nacimiento se organizaran en relación con el principio de subsidiariedad, cuyo objetivo debería ser la eliminación total de cualquier suma de dinero en el proceso de adopción internacional. Pues los y las adoptantes no pueden ni deben responder a cuestiones más amplias de la pobreza, incluso a nivel micro relativo a familias específicas. Las donaciones de las personas adoptantes a éstas pueden inducir sentimientos de culpa por haber adoptado a unos niños o niñas y no a otros y, finalmente, contribuir a la sensación de que algunos de éstos están siendo comprados con esas donaciones con el fin de respaldar que otros puedan permanecer en sus familias. Es el caso de los orfanatos sufragados con fondos externos, vinculados a las agencias de adopción internacional (documental *Paper Orphans* de Nepal), cuya finalidad es incrementar el número de adopciones

⁸⁰ Óp. Cit.: Galli, J. y Viero, F. (2001). "El fracaso en la adopción". Prevención y reparación. *Historia de un doloroso fracaso y del sufrimiento de una separación* (41-76).

internacionales para recibir una mayor financiación⁸¹. Éstos definitivamente deben ser eliminados, pues impiden el desarrollo de estructuras de asistencia social en los países de origen. Existiendo la posibilidad de que las agencias cumplan con el papel de apoyo a las familias biológicas y de reunificación familiar, y no solo en la adopción como tal, los países de origen deben ser alentados a solicitar ayuda al desarrollo para dar soporte a la atención preventiva para proteger a las familias y apoyar su continuidad.

- V. En lo referente a las primeras familias en general, como ya se ha mencionado, hoy en día sus estructuras han cambiado. Estamos rodeados de familias divorciadas y reconstruidas, de familias adoptivas de niños nacidos en países extranjeros, de familias homoparentales y monoparentales. Por un lado, un niño puede circular del hogar materno al paterno (o de la otra madre); pero también puede frecuentar o vivir con una madrastra (la nueva compañera de su padre o madre) mientras tiene una madre, o con un padrastro (el nuevo compañero de su madre o padre) mientras tiene un padre. La exclusividad de un solo padre y de una sola madre como podemos comprobar no forma parte de la vida cotidiana de los niños y niñas, ya que viven en un contexto de pluralidad familiar. Se nos plantea entonces la cuestión, en relación a la adopción y el contacto con las familias de origen, de la inclusión de la adopción abierta, tanto nacional como internacional, y de la simple en este nuevo contexto de pluriparentalidad.
- La adopción abierta o el acuerdo de comunicación se trataría siempre de una adopción plena, donde las familias de origen y adoptiva convendrían en un modo de información o de contacto entre ellas y el niño o niña, como pueden ser simples cartas o fotos, pero también visitas. Este principio de apertura que, no obstante, deja a la familia adoptiva como única responsable del niño o niña adoptado, pues ejerce las tareas parentales, no afecta al funcionamiento de nuestro modelo parental de una sola familia. Sin embargo, transforma su sentido implícito, ya que los “verdaderos” padre y madre del niño no ejercen la función de genitor/a. Sexualidad (procreación) y parentesco ya no convergerían, por lo

⁸¹ Sobre el rechazo de los países de recepción a reconocer la existencia de las familias biológicas: V Congreso Internacional AFIN. “La tría en la adopción, el acogimiento y la reproducción asistida: el lugar de la familia de origen”. Revista AFIN, nº 34, diciembre 2011.

que favorecer este acuerdo sería primordial, siendo aún necesario que sea “ideológicamente” aceptado, ya que todavía concurre en parte de la sociedad aquella concepción asimilacionista de la adopción, por la que las familias adoptivas se sienten amenazadas por mantener esta historia con la de origen. Este acuerdo podría entonces ayudar a las primeras familias en dificultad a consentir la adopción de su hijo o hija, sabiendo donde ha sido ubicado y pudiendo comprobar desde lejos el bienestar de su niño/a. Estas primeras madres (y padres) entonces podrían sentirse socias dignas en la decisión que afectará a sus hijos/ as, estableciendo una relación con la familia adoptiva, en la cual sientan que su dignidad como madres cuidadoras ha sido preservada.

A diferencia de la plena, la adopción simple o sin ruptura de los vínculos de origen, no borraría el vínculo jurídico de filiación entre la persona adoptada y su familia de origen, sino que le conferiría un vínculo de filiación suplementaria con su familia adoptiva marcado por el apellido, a menos que desee conservar, como segundo apellido, el de su familia de origen. Sin embargo, la responsabilidad parental, que sólo concierne a los niños y niñas menores de edad, estaría totalmente transferida a la familia adoptiva. La adopción simple instituye de este modo una doble filiación genealógica. Pero, de hecho, si la adopción simple existe aún en Francia hoy en día, se produce principalmente entre personas adultas, y los adoptantes son generalmente los padrinos de la persona adoptada de quienes ésta puede heredar⁸². La desaparición de la adopción simple para los niños y niñas pequeños en favor de la adopción plena es una marca de la evolución de nuestro ejercicio del parentesco, cuyo replanteamiento también es ineludible para asegurar el éxito en adopción, pues no se puede continuar negando a los niños y niñas que llegan a nuestro país el derecho a compartir la experiencia de pluralidad familiar que otros de su entorno sí viven.

- VI. Por último, en el desarrollo de esta tesis no se ha podido entrar a examinar el posible aumento de las adopciones nacionales si se instaurara de igual modo la adopción internacional abierta. Es decir, la implementación de esta figura podría tener como consecuencia la adopción de los niños y niñas que permanecen en

⁸² Óp. Cit.: Cadoret, A. “El niño/a adoptado y el parentesco contemporáneo: la cuestión de la doble pertenencia”. Revista AFIN, nº 31, septiembre 2011 (1-9).

nuestros centros, tanto sanos y pequeños, como mayores y con necesidades especiales o grupos de hermanos. A través de la pérdida del “miedo” a contactar y proporcionar información a la familia de origen, que por otra parte debería establecerse como derecho inherente a ésta, sería viable el cambio de mentalidad para acercarse a la adopción así como la desaparición de su concepción imitadora de la filiación biológica. Si así sucediera, el acceso en igualdad de condiciones tanto a la adopción nacional como internacional, implicaría la reducción de esa desorbitada demanda de adopciones internacionales que en parte ha buscado tener a las primeras familias lo más lejos posible. Por tanto, para dar protección a los niños y niñas que se encuentran en desamparo en los países donde existen irregularidades (como los secuestros de menores que posteriormente son ofrecidos a orfanatos, los consentimientos forzados de las familias o la existencia de retribución, engaño o amenaza para recabarlos) sería conveniente el replanteamiento de la adopción internacional en nuestro ordenamiento. Pues esta modalidad daría paso a prácticas legales y loables que responderían realmente al derecho a crecer en familia sin tener que perder una para poder acceder a otra. Sobre esta materia cabría reflexionar e investigar en profundidad para solucionar dos de los problemas planteados: las irregularidades en adopción internacional y la sobrepoblación de nuestros centros de menores.

BIBLIOGRAFÍA

ABRINES, N. y BARCONS, N. "Factores de riesgo y de protección en la adopción internacional". Revista AFIN, nº 4, julio 2009 (1-4).

ADROHER, S. (2010). "El largo camino de la adopción. Una visión desde el Derecho". Adoptar hoy: avanzando hacia nuevas estrategias (503-532).

ADROHER, S. (2010). "Los derechos del niño en las fases judicial y registral de la adopción internacional: Normas de Derecho internacional privado". Los derechos del niño en la adopción internacional (169-208).

AVITAL, E. JABLONKA, E. y LACHMAN, M. (1998), "*Adopting adoption*". *Animal Behavior*, nº 55 (1451-1459).

BERÁSTEGUI A. y GÓMEZ-BENGOECHEA, B. (2008). "Los retos de la postadopción: balance y perspectivas".

CABEDO MALLOL, V. (2016). "Comentarios acerca de las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia".

CADORET, A. "El niño/a adoptado y el parentesco contemporáneo: la cuestión de la doble pertenencia". Revista AFIN, nº 31, septiembre 2011 (1-9).

DE PAULA PUIG BLANES, F. (2011). "Comentarios al Código Civil de Cataluña" Tomo I. Ed. Thomson Reuters, 1º ed. (465-489).

FREIXA, M. (1996). Tema monográfico: "La adopción". Anuario de psicología, 71 (4) (3-145).

GALLI, J. y VIERO, F. (2001). "El fracaso en la adopción". Prevención y reparación.

GIBERTI, E. y CHAVANNEAU DE GORE, S. (1992). "Adopción y silencios". Buenos Aires: Sudamericana (46-75).

GÓMEZ-BENGOECHEA, B. (2012). "Adoptabilidad: el derecho del niño/a a vivir en familia". Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales, 16 (395-22).

GÓMEZ-BENGOCHEA, B. "Adoptabilidad". Revista AFIN, nº 11, enero 2010.

HÖGBACKA, R. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy I*. "Países y Familias de Origen en la Adopción Internacional". Revista AFIN, nº 75, septiembre 2015.

Institut Català de l'Acol·liment i de l'Adopció. Anuario de Psicología, vol. 38, 2007, nº2 (273-281).

Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño, aprobada en su 62º periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

PARRONDO, L. "Especialización de los profesionales en servicios de apoyo postadoptivo". Revista AFIN, nº 8, octubre 2009 (1-5).

POUS DE LA FLOR, Mª P. (2016). "Protección jurídica del menor". La adopción. Ed. Colex, 4ª ed. (81-106).

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2011). "Derecho de la persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho" (439-478).

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", vol. 2º, (90-97).

RICHARDS, S. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy IV*. "La Implementación del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional y el Interés Superior de la Niñez". Revista AFIN, nº 78, diciembre 2015.

RIUS, M., BEÀ, N., ONTIVEROS, C., RUIZ, Mª J. y TORRAS, E. (2011). "Adopciones e identidad". Cultura y raza en la integración familiar y social (9-150).

RODRÍGUEZ-JAUME, Mª J. "Las adopciones y su contexto sociológico". Revista AFIN, nº 56, diciembre 2013 (1-5).

SABATER BAYLE, E. "La adopción abierta en el derecho español". Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, Nº. 4, 3, julio 2016 (66-93).

SAN ROMÁN, B. (2008). "Cuando las adopciones fallan". Artículo en Magazine, La Vanguardia (38-42).

SAN ROMÁN, B. (2013). "De los hijos del corazón a los niños abandonados: construcción de los orígenes en la adopción en España". Papeles del Psicólogo. Vol. 34(1) (2-10).

SELMAN, P. *Especial International Forum on Intercountry Adoption & Global Surrogacy* V. "Las agencias de adopción Internacional y el Convenio de la Haya". Revista AFIN, nº 79, enero 2016 (4-6).

VALLVERDÚ, J. (2004). "Reflexiones históricas sobre la adopción", Revista de psiquiatría y psicología del Niño y Adolescente, 4 (1) (28-53).

VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2015). "Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 49 (17-41).