

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# La guarda para la adopción y las relaciones personales de menores «preadoptados» con la familia biológica

## *The guard for the adoption and personal relations of minors with the biological family*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Titular de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** Existe un derecho de relaciones personales de la abuela con sus nietas que se encuentran en régimen preadoptivo, llamado actualmente guarda para la adopción, pues en base al interés superior del menor *no consta* que mantener contacto con su abuela vaya a resultarles perjudicial en el proceso de adaptación e integración en la eventual familia adoptiva.

**ABSTRACT:** *There is a right of personal relationships of the grandmother with her granddaughters who are in a preadoptive regime, currently called for adoption, because based on the best interests of the child there is no evidence that maintaining contact with her grandmother will be harmful to them in the process of adaptation and integration in the eventual adoptive family.*

**PALABRAS CLAVE.** Relaciones personales. Abuelos. Familia biológica. Menores. Acogimiento preadoptivo.

**KEY WORDS** *Personal relationships. Grandparents. Minor biological family. Preadoptive fostering.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.—II. EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS EN LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.—III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES EN LA GUARDA O ACOGIMIENTO.—IV. LA SUPERIOR VIGILANCIA DEL MINISTERIO FISCAL Y LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.—V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN DESAMPARO: REUNIFICACIÓN FAMILIAR VS. GUARDA PARA LA ADOPCIÓN.—VI. DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS: NO CABE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE NIETOS.—VII. APROXIMACIÓN A LA FAMILIA BIOLÓGICA y ALTERACIÓN DE LA ESTABILIDAD EMOCIONAL DE LOS MENORES.—VIII. ACOGIMIENTO FAMILIAR PREADOPTIVO QUE QUEDA SIN EFECTO PARA QUE EL NIÑO CONVIVA CON SU FAMILIA BIOLÓGICA.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP Y JUZGADOS).—XII. LEGISLACIÓN CITADA.

## **I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA**

La publicación de la Ley de 2003 de modificación del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos supuso a principios del siglo XXI el reconocimiento de las relaciones personales del menor y del menor acogido con sus abuelos. Modificación que introdujo la eliminación del exiguo tratamiento existente en nuestro Código civil a las relaciones de los nietos con sus abuelos imprescindibles en su desarrollo personal. El espíritu de la Ley, expresado en su Preámbulo, puso de manifiesto como el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales que, aunque preferentes, no pueden aislarse y entorpecer el resto de relaciones familiares, dando importancia a los abuelos, hermanos, parientes, y a los allegados, pues además de otorgárseles visibilidad, a su vez, se les reconoce sus derechos.

La idea central del legislador de 2003 era que los abuelos podían prestar una ayuda inestimable a sus nietos, ya fuera en las situaciones de crisis matrimonial como sin la existencia de esta ruptura matrimonial, y no solo por el grado de máxima proximidad de parentesco sino sobre todo por su experiencia vital.

No obstante, hace casi cuatro años, el artículo 161 del Código civil fue nuevamente redactado por el apartado once del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que posibilitó que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulase este derecho (que engloba visitas y comunicaciones) también respecto a los *menores en situación de desamparo*, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

Para acordar dicha supresión temporal del derecho tanto el director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados deberán informar a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor, pues como hemos indicado la medida debe estar motivada. Y además tanto el menor, como los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dicha resolución administrativa de supresión temporal del derecho de relaciones conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dicha reforma de 2015 introduce en el artículo 160, 1.º *in fine* del Código civil español, también la posibilidad de que los *menores adoptados por otra familia*, solo puedan relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4 del Código civil.

Precepto que es precisamente objeto de nuestro estudio de hoy. Así la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce la posibilidad de que cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, se pueda acordar por el juez al constituir la adopción el mantenimiento de *alguna forma de relación o contacto* a través de *visitas o comunicaciones* entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la familia adoptiva, *favoreciéndose especialmente*, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

El juez será el encargado de determinar la periodicidad, duración y condiciones del derecho de relaciones personales, su modificación o finalización a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, y, además, con el consentimiento de la familia adoptiva (que se contendrá en la declaración de idoneidad) y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. Como todas las medidas de protección que afectan al menor, la Entidad Pública deberá remitir al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos, a petición del juez.

## II. EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS EN LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

La señalada reforma de 2015 ha suprimido el *acogimiento preadoptivo* siendo sustituido por la *guarda con fines de adopción*. Uno de los principios inspiradores de dicha ley y que se destaca en el propio Preámbulo, fue el de otorgar prioridad al acogimiento familiar respecto al residencial ya que el menor necesita un ambiente familiar para un adecuado desarrollo de su personalidad en todo tipo de menores. Se incide específicamente en que si son menores de seis años, y de forma aún más señalada e imprescindible si son menores de tres, la *conveniencia* se torna en *necesidad ineludible* salvo que el acogimiento residencial convenga más al interés superior del menor. Se trata por consiguiente de *evitar* que el menor permanezca en el centro de protección y, que los trámites se alarguen y que el menor crezca en un ambiente institucionalizado.

Este tipo de *adopción abierta* supone una adopción plena pero manteniendo el contacto y las comunicaciones, en nuestro caso con la abuela, una vez que ha habido consentimiento por parte de todos.

El juez será el encargado de otorgar este derecho de relaciones personales de la abuela con sus nietos estableciendo su frecuencia, el momento evolutivo y la edad de los menores y sus necesidades. Prima el interés del menor y no el de la abuela. Es por consiguiente el juez el que a tenor de los informes de los expertos decidirá. De esta forma se constituye una adopción abierta cuya apertura dependerá de la situación del menor y su modificación también dependerá del menor y de su desarrollo madurativo<sup>1</sup>.

### III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES EN LA GUARDA O ACOGIMIENTO

Cabe indicar dos cuestiones. El derecho de relaciones personales ha evolucionado cualitativa y cuantitativamente en los últimos tiempos, ya que del mero *derecho de visita* que en 1981 se otorgaba al progenitor no guardador tras la separación o divorcio... cuarenta años después implica el mantenimiento de todo tipo de relaciones personales que engloba no solo la *visita* sino también el *derecho de comunicación* (y dentro de él tengamos en cuenta el amplio uso de *internet* —correo electrónico— y de todo tipo de *redes sociales* que posibilitan tener contacto directo y a distancia entre el menor y la familia de origen) y el *derecho de estancias prolongadas*.

Además se posibilita el ejercicio de este derecho de relaciones personales a los menores, hermanos, abuelos, parientes y allegados, y no solo tras la ruptura matrimonial o de convivencia sino también en los casos de desamparo de menores, e incluso hasta cómo vamos a ver, su introducción en una familia diferente a la de origen con visos y encaminada hacia la adopción.

Estamos ante una medida de protección de menores que resuelven aquellos casos de menores sujetos en principio a una medida de protección temporal pero que se puede alargar en el tiempo y por consiguiente contraria a los principios establecidos en la Ley de 2015, que recordemos que tenía como finalidad establecer medidas de protección estables y definitivas, frente a las temporales, que doten de estabilidad a los menores<sup>2</sup>.

Serán los equipos psicosociales los que *analicen* los deseos del menor, los de la familia adoptiva, los de la familia de origen así como la calidad y la seguridad del contacto e *informen* (incluyendo el diagnóstico y la valoración previa y previsible de la medida) al juez que será quien establezca la medida de protección, la guarda preadoptiva con derecho de relaciones personales con la familia biológica o con alguno de sus miembros. Informes realizados por técnicos especialistas que deben ir seguidos de la revisión y del seguimiento de los casos como toda medida de protección que afecta a menores.

Y aquí es donde entra en juego la labor del Ministerio Fiscal quien según la Ley 26/2015 es el superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores y quien, además, podrá solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública. La duda estriba en los medios económicos existentes en cada comunidad autónoma para que tales medidas se puedan realizar de manera efectiva, de modo que la labor del legislador estatal no quede en papel mojado o en una actuación meramente simbólica sin posibilidad de llevarse a cabo, pues deberá comprobar, *al menos semestralmente*, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias (art. 174 CC).

El derecho de relaciones con carácter abstracto puede ser considerado como no beneficioso en sí mismo, no obstante al analizar caso por caso, puede favorecer el desarrollo psicológico, emocional y madurativo del menor otorgándole seguridad en la integración de la nueva familia, quien al aceptarla supondrá un apoyo en el niño.

Prima, como se desprende de la regulación legal, el actuar siempre en el interés superior del menor: que el niño no sufra en un centro de acogida indefinidamente donde va creciendo sin el apoyo familiar tan importante durante los primeros años de vida, o que continúen esperando volver con su familia que puede no llegar a producirse por no existir un cambio (social, económico...) en

su familia de origen, y, a su vez, posibilitar que familias que quieren adoptar lo consigan o que familias que quieran «algo más que guardar» consigan un vínculo definitivo con el menor.

Y en cuanto a la familia de origen puede que con esta medida asientan en la adopción analizando que no pueden hacerse cargo de sus hijos por encontrarse en una situación de la que en el plazo de dos años establecido no van a poder salir en detrimento de los menores, pudiendo continuar con el derecho de relaciones con sus hijos, siempre que así lo establezca el juez. Nos referimos a los supuestos de entrega voluntaria de la guarda introducido en el artículo 172 bis del Código civil<sup>3</sup>.

#### IV. LA SUPERIOR VIGILANCIA DEL MINISTERIO FISCAL Y LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

Centrándonos en la sentencia objeto de comentario debemos exponer el supuesto de hecho cuyo protagonista es la abuela de *cinco menores declarados en situación de desamparo*.

La resolución de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía estableció su derecho a mantener relaciones personales con carácter supervisado con sus nietos menores: Fidela, Raquel y José Enrique con una periodicidad mensual en el Espacio Facilitador de Relaciones Familiares, en horario de 16.00 horas a 17.00 horas, pero dicha resolución no se pronunciaba respecto a sus relaciones con sus otras dos nietas, más pequeñas, Dolores y Mercedes. Los tres primeros se encontraban en acogimiento con familia extensa, frente a las dos más pequeñas que se encontraban en acogimiento preadoptivo, adaptado tras la reforma a guarda para la adopción, al haberse declarado la inidoneidad de la actora para su acogimiento, y no ser posible el restablecimiento de las relaciones con su familia biológica.

Los informes técnicos consideraban en este supuesto de hecho que era contraproducente para las menores, dada la fase en la que se encontraba el expediente de protección, que se mantuvieran relaciones con la familia biológica, pues ello aunque sería beneficioso para la abuela, sería perjudicial para los intereses de las menores, y en concreto para constituir los necesarios vínculos con la nueva familia.

Informes que corroboró el letrado de la Consejería indicando que la propia redacción del artículo 176 bis, establecía que salvo que conviniera otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procedería a suspender el régimen de visitas con la familia de origen cuando se iniciara el periodo de convivencia preadoptiva, excepto en los casos previstos en el artículo 178.2 del Código civil.

No obstante, el Ministerio Fiscal, tras las pruebas practicadas y en su función de superior vigilante de la situación de los menores, interesó el dictado de una sentencia que estimara la demanda de oposición formulada por la actora, al considerar que aunque las menores se encontraban en acogimiento preadoptivo, ello no impedía la relación con la actora, por cuando incluso se preveía la posibilidad de que incluso en caso de formalizarse la adopción se pudieran mantener relaciones con la familia biológica, en los supuestos previstos en el artículo 178.2 del Código civil.

A su juicio, *no se acreditó que la relación de la actora con sus nietas pudiera perjudicarles, toda vez que no se había aportado ninguna prueba en este sentido*, y de la documental aportada en los autos se constataba que durante el periodo de

tiempo que las menores habían mantenido relaciones personales y visitas con la abuela se habían desarrollado adecuadamente sin ningún tipo de contraindicación o perjuicio para las menores.

## V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN DESAMPARO: REUNIFICACIÓN FAMILIAR VS. GUARDA PARA LA ADOPCIÓN

El *interés superior* del menor es un *derecho sustantivo*, como un principio general de derecho pero también como, hemos indicado anteriormente, como una *norma de procedimiento* en el que están implicados desde los equipos técnicos (médicos, psicólogos, servicios sociales...) y los jurídicos como el Ministerio Fiscal que en última instancia vela por él y el juez que dispone de las medidas adecuadas. En resumen, el interés superior del niño requiere unas garantías procesales —que evalúen la situación del menor—, y un procedimiento que determine las medidas adecuadas a cada supuesto de hecho ajustándolo al mayor beneficio del menor<sup>4</sup>.

Por otro lado, el legislador estatal de 2015 estableció como principio rector en materia de protección de menores la *reunificación familiar*, que se basa en la defensa del derecho del menor a crecer en el seno de su propia familia, (basándose en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 artículo 6.º; la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, artículo 3.º; el Convenio de los Derechos del Niño, adoptado por la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990...) e introduce diversas instituciones protectoras para mantener al menor en su familia.

El artículo 172 bis establece la *guarda voluntaria* del menor en la institución pública a petición de los propios progenitores, la cual no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales, transcurrido el cual, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores o ser dictada una nueva medida de protección permanente.

En el artículo 172 ter se recoge la *prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial*. Se regula también la posibilidad de acordar, por las Entidades Públicas, *estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias*, de origen o alternativas, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento y se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor.

La introducción de la *apertura en la adopción* en el ordenamiento jurídico español fue una de las novedades más importantes de las que introduce respecto de esta figura de protección. El artículo 176 bis del Código civil fue introducido por el artículo 2.21 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y en él se recoge la figura de la *guarda con fines adoptivos* en los casos en que el menor se encuentra en una situación de desamparo.

Figura que sustituye el anterior acogimiento preadoptivo, que regulaba el antiguo artículo 173 bis 3.º del Código civil, y ha desaparecido de entre las formas de acogimiento familiar del artículo 173 bis del Código civil, para incluirse como una fase del proceso de adopción, siempre y cuando concurren ciertas circunstancias.

Esta sustitución no supone una simple modificación terminológica, pues se persigue con esta figura conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva. De ahí que con la *guarda con fines adoptivos* se produce la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen (arts. 176 bis, 2 CC) salvo excepciones. Pero como no se trata de una adopción definitiva es por lo que las relaciones con la familia de origen no se extinguen, sino que se suspenden, en tanto no se obtenga la resolución judicial constitutiva de aquella.

Las excepciones a esta previsión son las siguientes:

- que convenga hacer lo contrario atendiendo al interés del menor;
- que se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 178.4 del Código civil que se refiere a la posibilidad de acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se determine y la familia adoptiva.

Adopción que rompe los vínculos jurídicos con la familia de origen y supone la existencia de una nueva relación de filiación con la nueva familia adoptiva, igual a la que existiría con un hijo biológico pero que se compagina con la posibilidad de mantener una *cierta* relación personal, establecida en cada caso *en función de las circunstancias del niño, la familia biológica y la familia adoptiva*. Y esto es, precisamente, lo más difícil de concretar (art. 178, 4.º CC).

El juez va a ser el que al constituir la adopción determine la periodicidad, duración (modificación y finalización) y condiciones de las relaciones personales con la familia de origen. Siempre teniendo en cuenta la propuesta previa de la Entidad Pública de protección de menores o del Ministerio Fiscal. Y, con el consentimiento de la familia adoptiva<sup>5</sup> (que constará en la declaración de idoneidad) y del adoptando si fuera mayor de 12 años, pues el menor de esta edad será oído de acuerdo con su madurez (Vid. SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de julio de 2016).

La forma y planificación de llevar a cabo el mantenimiento de estas relaciones será a través de la Entidad Pública y otras entidades acreditadas a tal fin.<sup>6</sup> Organismo que deberá durante los dos primeros años, y después a petición del juez, remitirle informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como cualquier propuesta de mantenimiento o modificación de las mismas. (Vid. SAP de Tarragona, Sección 1.ª, 10/2017 de 12 de enero de 2017, SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 14 de diciembre de 2017, sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Toledo, sentencia 63/2017 de 12 de abril de 2017).

En todo caso la suspensión o supresión de las visitas o comunicaciones podrá ser solicitada por la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor con suficiente madurez y, en todo caso, el mayor de 12 años que será determinada por el juez (Vid. STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018)<sup>7</sup>.

## VI. DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS: NO CABE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE NIETOS

La ley de 2015 también recordó la posibilidad de otra modalidad de tutela que es el *acogimiento familiar del menor dentro de la misma familia extensa*.

La medida señalada es una medida de protección de los menores donde se concreta la posibilidad de ser acogidos por un miembro de su propia familia



biológica extensa, siendo el medio ideal para evitar el acogimiento residencial, y que se proporciona en un ambiente conocido. En esta forma de protección priman las múltiples ventajas que se obtienen al preservarse el ambiente familiar al vivir con personas no solo conocidas sino de confianza, con quienes les une lazos de sangre y afectivos y que tienen una común identidad cultural... Los familiares a los que se suele recurrir son los/as abuelos/as y/o tíos/as.

Tras la declaración del desamparo y la solicitud de acogimiento por el familiar se examinará y valorará la conformidad del menor, la idoneidad del familiar (se le someterá a un estudio valorativo de sus circunstancias sociales y psicológicas), el vínculo afectivo entre ambos... Siempre teniendo en cuenta que este tipo de acogimiento va a dotar al menor de estabilidad al continuar manteniéndose la relación con los demás miembros de la familia.

Medida de protección que no se solicita en la sentencia objeto de comentario, sino que simplemente se persigue por la abuela la consecución del derecho a mantener relaciones y visitas con todos los nietos y no solamente con los tres mayores, solicitando la revocación de la resolución recurrida y pidiendo que se le otorgue el derecho de «relaciones y régimen de visitas entre los abuelos y todos sus nietos Fidela, Raquel, José Enrique, Dolores y Mercedes».

Y en esa línea le dió el Juzgado la razón en la sentencia el 8 de junio de 2016, indicando que «como mínimo en la misma forma y periodicidad prevista para el resto de sus nietos, dándose cumplimiento de forma inmediata» se otorgase por la Entidad Pública el régimen de comunicaciones y visitas solicitado por la abuela con las dos nietas pequeñas. Confirmando dicha sentencia la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Granada en la sentencia de 21 de julio de 2015.

## VII. APROXIMACIÓN A LA FAMILIA BIOLÓGICA Y ALTERACIÓN DE LA ESTABILIDAD EMOCIONAL DE LOS MENORES

Uno de los parámetros necesarios para que el juez pueda otorgar el mantenimiento de relaciones personales con algún miembro familiar cuando el menor se encuentra en un supuesto de guarda para la adopción es que el mantenimiento de los contactos con la familia biológica *no suponga una alteración emocional* en los menores. Y ejemplo de ello lo tenemos en la STS de 14 de febrero de 2018<sup>8</sup>, que establece que en el acogimiento familiar preadoptivo, se mantiene la suspensión de las visitas de los padres biológicos de los menores porque están plenamente integrados con otra familia. Se expone en la sentencia que «por encomiable que sea la voluntad de los progenitores por recuperar la proximidad de sus hijos, debe evitarse colocar a estos en una situación de riesgo ya que podría alterar su estabilidad emocional y debe prevalecer su superior interés».

El propio juzgador enfatiza que no se ha analizado la posible repercusión negativa que podría tener sobre los menores esta aproximación con sus padres, pues *faltan informes precisos* que provoquen una convicción suficiente de que la medida acordada no provocaría en los menores una desubicación de su actual entorno socio familiar y educativo, en el que se encuentran integrados de forma positiva, superando carencias que sufrieron y que motivaron la situación de desamparo<sup>9</sup>.



## VIII. ACOGIMIENTO FAMILIAR PREADOPTIVO QUE QUEDA SIN EFECTO PARA QUE EL NIÑO CONVIVA CON SU FAMILIA BIOLÓGICA

La sentencia de la AP de Asturias, de 10 de marzo de 2016<sup>10</sup> recoge otro supuesto en el que el acogimiento familiar preadoptivo (en la nomenclatura antigua) queda sin efecto para que el niño conviva con su familia biológica. Y ello por la falta de asentimiento de la madre que no está incurso en causa de privación de la patria potestad pues era una adolescente de 15 años que no mostró rechazo hacia su hijo aunque sí inexperiencia. Además muestra una situación personal estable tras un periodo de conductas disruptivas coincidentes con su etapa de menor embarazada e institucionalizada.

Una vez alcanzada la mayoría de edad, no presenta incapacidad ninguna para el ejercicio de una maternidad responsable. Durante el periodo en que estuvo bajo la tutela de la Consejería —por su propio desamparo— actuó como consideró que podía hacerlo para no perder a su hijo y, aunque solicitó ayuda, la Administración no le procuró medios para alcanzar esas actitudes y aptitudes que insistentemente dice que le faltan.

La Audiencia resuelve la entrega inmediata del menor, acompañada de seguimiento y apoyo por parte de la entidad pública que actuará bajo la supervisión del psicólogo.

## IX. CONCLUSIONES

I. Desde inicios del presente siglo el derecho de visita del siglo XX ha ido modificándose, ampliándose cuantitativamente en extensión de contenido ya que no solo engloba a la visita en sí misma sino también al derecho de todo tipo de comunicaciones (telefónicas, electrónicas...) y al derecho de estancias largas (vacaciones, verano, periodos largos indeterminados), y, cualitativamente, en número de familiares (hermanos, abuelos, parientes), y allegados (pues cada vez es mayor y diferente la tipología que tiene esta condición).

Derecho que además ha sido ampliado desde el punto de vista del menor con derecho al mismo para su beneficio. Menores inmersos en situaciones de ruptura familiar como sin ella, y sobre todo respecto a los *menores en situación de desamparo*.

II. Tras la declaración de la situación de desamparo del menor y el inicio de una guarda preadoptiva cabe la posibilidad de que cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, se podrá acordar por el juez al constituir dicha guarda con vistas a la adopción, el mantenimiento de *alguna forma de relación o contacto* a través de *visitas o comunicaciones* entre el menor, los miembros de la familia de origen que el juez considere y la familia adoptiva, *favoreciéndose especialmente*, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

III. Este tipo de *adopción abierta* supone una adopción plena pero manteniendo el contacto y las comunicaciones, con la familia biológica ampliándose a los abuelos como se establece en la sentencia de este comentario.

Se favorece con ello actuar siempre en el interés superior del menor: que el niño no sufra en un centro de acogida indefinidamente, posibilitar que familias que quieren adoptar lo consigan o que familias que quieran «algo más que guardar» consigan un vínculo definitivo con el menor, sin romper las anteriores relaciones.

IV. Corresponde al Ministerio Fiscal como superior vigilante de la situación de los menores intentar mantener el vínculo con el familiar de origen, en el caso objeto de comentario, la abuela. Corresponde a la Entidad Pública la carga de probar y acreditar que en la relación del familiar de origen interesa continuar manteniendo el derecho de relación con los menores no les perjudica ni a ellos, en sí mismos (emocional y psicológicamente, ni a ellos (en la consideración de la relación preadoptiva que está fraguándose).

No obstante, en este proceso de consolidar el mayor beneficio del menor todavía falta camino por recorrer.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ BENGOCHEA, B., Aplicación de la nueva legislación de protección de menores: ¿una oportunidad perdida? en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 15194/2018.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., Estudio legal y jurisprudencial del principio de reunificación familiar tras la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 11313/2018.
- SALVATIERRA OSSORIO, D., Tramitación de expedientes de adopción y necesidad de su asentimiento por los progenitores. Particularidades procesales de su inexistencia y oposición de los padres biológicos. «El caso Asturias», en *Práctica de Tribunales*, núm. 124, Sección Estudios, enero-febrero de 2017, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 110/2017.

## XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP Y JUZGADOS)

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 366/2018 de 15 de junio de 2018, Rec. 4090/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (*La Ley* 68766/2018). ECLI: ES:TS:2018:2206.
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018, Rec. 1339/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (*La Ley* 3115/2018). ECLI: ES:TS:2018:404.
- Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, sentencia 10/2017 de 12 de enero de 2017, Rec. 413/2016. Ponente: Francisco Javier OFICIAL MOLINA (*La Ley* 17782/2017). ECLI: ES:APT:2017:1.
- Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, sentencia 1185/2017 de 14 de diciembre de 2017, Rec. 117/2017. Ponente: María Pilar RAMÍREZ BALBOTE (*La Ley* 244952/2017). ECLI: ES:APMA:2017:3745.
- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, sentencia 582/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 1307/2015. Ponente: M.ª del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (*La Ley* 118223/2016). ECLI: ES:APM:2016:9464.
- Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, sentencia 88/2016 de 10 de marzo de 2016, Rec. 390/2015. Ponente: Paz FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ (*La Ley* 24465/2016). ECLI: ES:APO:2016:683.
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Toledo, sentencia 63/2017 de 12 de abril de 2017, Proc. 155/2016. Ponente: Alfonso ÁLVAREZ SUÁREZ (*La Ley* 24241/2017).

## XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución (art. 39)
- Código civil (arts. 176 bis, 178.2)
- Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (art. 19 bis)

## NOTAS

<sup>1</sup> GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca: Aplicación de la nueva legislación de protección de menores: ¿una oportunidad perdida? en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 15194/2018.

<sup>2</sup> Recordemos que «el artículo 173 bis redefine las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración. Se suprime el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar; así como el acogimiento preadoptivo que, en definitiva, es actualmente una fase del procedimiento de adopción. Con ello se introduce claridad en los verdaderos supuestos de acogimiento familiar, que quedarán concretados en acogimiento de urgencia, acogimiento temporal (hasta ahora denominado simple), con una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje una prórroga, y acogimiento permanente». Preámbulo de la Ley 26/2015.

<sup>3</sup> Precepto que se refiere a aquella situación en la que los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, y solicitan a la Entidad Pública que asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido dicho plazo o la prórroga el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

<sup>4</sup> NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: Estudio legal y jurisprudencial del principio de reunificación familiar tras la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 11313/2018.

<sup>5</sup> Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, sentencia 582/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 1307/2015. Ponente: M.ª del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (*La Ley* 118223/2016). ECLI: ES:APM:2016:9464. Articular un sistema de contactos, por mínimo que sea, exigirá la intervención de los acogedores, desconociéndose hasta qué punto estarían dispuestos, puesto que en el expediente no han sido siquiera oídos ignorándose, igualmente, en qué modo incidirán las visitas en el entorno de los acogedores.

Puede verse comprometida la estabilidad y equilibrio emocional del menor, factor aquí determinante, pues es el superior interés de Mariano el que ha de hacerse primar, frente al, desde luego legítimo, de D.ª Ángela, a relacionarse con su sobrino nieto.

Por todas las razones expuestas, ha de ser confirmada la sentencia apelada, con desestimación del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de que, por acuerdo entre la tía abuela y los familiares de acogida, se lleven a cabo las comunicaciones, o incluso, habida cuenta la edad actual de Mariano, en un futuro más o menos próximo, con libertad y flexibilidad se inicie la relación, contando con la voluntad del niño.

<sup>6</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, 10/2017 de 12 de enero de 2017, Rec. 413/2016. Ponente: Francisco Javier OFICIAL MOLINA (*La Ley*

17782/2017) se solicita el régimen de visitas de menor sometido a acogimiento preadoptivo, respecto de abuela paterna. El Tribunal consideró improcedente tal derecho de relaciones personales puesto que los informes aportados valoran positivamente la evolución del acogimiento del menor, no considerando beneficioso para el interés del mismo el establecimiento de visitas con la familia biológica, al considerar que pudieran resultar perjudiciales para el desarrollo integral del niño, provocándole confusión emocional e inseguridad, afectando a la estabilidad familiar que necesita para su desarrollo emocional y personal. Y consideró que *una vez acordada la medida de acogimiento preadoptivo, se han de suspender las visitas y las relaciones con la familia biológica, para conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si ello conviene al interés del menor*.

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, 1185/2017 de 14 de diciembre de 2017, Rec. 117/2017. Ponente: María Pilar RAMÍREZ BALBOTE (La Ley 244952/2017). ECLI: ES:APMA:2017:3745. Suspensión cautelar de visitas y régimen de relaciones familiares. Insiste el Tribunal que «los datos positivos que se acreditan en los progenitores resultan insuficientes frente a la contundencia de los informes sobre la falta de acreditación de un cambio sustancial de la situación. El interés del menor requiere con carácter prioritario máximo la adaptación a la nueva familia, futuros padres adoptivos, y ello en modo alguno puede lograrse si se compagina la relación con la familia biológica por medio de un régimen de visitas».

Incluso hay supuestos muy claros como el de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Toledo, sentencia 63/2017 de 12 de abril de 2017, Proc. 155/2016. Ponente: Alfonso ÁLVAREZ SUÁREZ (La Ley 24241/2017) que indica que «un régimen de visitas a favor de la abuela y de la madre, es absolutamente incompatible con dicho régimen de acogimiento preadoptivo y es absolutamente incompatible igualmente con el interés superior de la menor, que pasa sí o sí por el mantenimiento de su actual estado administrativo, tanto por el contenido del expediente (que demuestra la idoneidad de la situación actual de la menor siendo altamente satisfactoria su evolución), como por el testimonio prestado en el acto de la vista por la Psicóloga Técnica de Menores encargada de la supervisión del caso, que describe la situación dantesca a la que estaba sometida la menor en su anterior núcleo familiar, formada por una madre presuntamente incapaz, con retraso mental, trastorno límite de la personalidad, con grado de discapacidad del 65% y con rasgos de alcoholismo y de consumo de sustancias tóxicas (cocaína), que entra y sale de centros psiquiátricos, y por una abuela con trastorno bipolar y 66% de incapacidad, lo cual llevaba a los bisabuelos de la menor a tener que cuidar de la misma, estando Lidia expuesta en todo momento a la grave situación de conflicto familiar, plasmada en conductas agresivas, discusiones, con falta absoluta de colaboración de madre y abuela con las instituciones sociales a fin de poder conseguir de nuevo la custodia de la menor, propiciando así situaciones límite como el prolongado absentismo escolar de Lidia e incluso encontrar a la niña vagando por la calle en solitario sin supervisión alguna de algún mayor “responsable”».

<sup>7</sup> Como así pasó en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018, Rec. 1339/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ, (La Ley 3115/2018) que desestimada la demanda de oposición a la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo, *se mantiene la suspensión de las visitas de los padres biológicos de los menores pues los niños están plenamente integrados con otra familia*. Por encomiable que sea la voluntad de los progenitores por recuperar la proximidad de sus hijos, debe evitarse colocar a estos en una situación de riesgo ya que debe prevalecer su superior interés...».

Pero el TS indica acertadamente que «No se ha analizado la posible repercusión negativa que podría tener sobre los menores esa aproximación con sus padres, ni si ello alteraría su estabilidad emocional».

<sup>8</sup> Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018, Rec. 1339/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 3115/2018). ECLI: ES:TS:2018:404.

<sup>9</sup> Afirma que se constata de informes técnicos «un acoplamiento satisfactorio de los menores con su familia acogedora, hasta el punto de estar totalmente integrados en el núcleo familiar actual, con fuertes lazos afectivos entre los menores y los componentes de la familia acogedora».

Al ponderar los intereses de estos, en relación con los de la madre, y partiendo de los informes obrantes en autos que ponen de manifiesto la plena integración de los menores con otra familia con la que han logrado lazos de afectividad, añade que, ante esta realidad «no puede ceder el que la madre haya rehecho su vida o mejorado su situación económica».

Frente al derecho de ella «prevalece el interés de estos de vivir un ambiente de afecto y armonía que no va a encontrar junto a los recurrentes, cuya falta de capacidad y habilidades para cumplir respecto de los menores los deberes de la patria potestad, han quedado patentes».

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018, Rec. 1339/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (*La Ley* 3115/2018). ECLI: ES:TS:2018:404.

<sup>10</sup> AP de Asturias, Sección 4.<sup>a</sup>, sentencia 88/2016 de 10 de marzo de 2016, Rec. 390/2015. Ponente: Paz FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ. *La Ley* 24465/2016. ECLI: ES:APO:2016:683.