NÚMERO 48 | 2023 | ISSN: 1575-720-X | RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 48 | 2023-II

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
Subdirector: D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)
Secretario académico: D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)
Secretaria económica: Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
Responsable de difusión y medios digitales: Dña. Margarita Sánchez González (Derecho Civil - UAM)

Consejo de redacción:

D. Javier Antón Merino (Ciencia política y Relaciones Internacionales - Universidad de Burgos)
Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
D. Víctor Bethencourt Rodríguez (Derecho administrativo - Universitat de València)
D. Carlos Cabrera Carretero (Derecho financiero y tributario - UAM)
D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)
Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario)
D. Jaime Coulbois Bernardo (Ciencia política y Relaciones Internacionales - UAM)
D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)
Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
D. Javier Fernández-Lasquetty Martín (Derecho civil - UAM)
Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho - UAM)
Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
Dña. Diana Rosa Latova Santamaría (Filosofía del Derecho - UAM)
Dña. Mariona Llobet Anglí (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
D. Pedro Luis López Herraiz (Historia del Derecho - Universidad de Salamanca)
D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
Dña. Elena Martínez-Moya Ruiz (Derecho mercantil - UAM)
Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM)
D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
Dña. Claudia de Partearroyo Francés (Derecho constitucional - UAM)
Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universität Bonn)
D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
Dña. Matilde Rey Aramendía (Filosofía del Derecho - UAM)
D. Javier Roncero Núñez (Derecho romano - UAM)
D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - Universität Münster)
D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la Seguridad Social - UAM)
Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)
Dña. Laura Sanjurjo Ríos (Derecho procesal - UAM)
Dña. Alejandra Soto García (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - Universidad de París I Panteón-Sorbona)
Dña. Ana Belén Valverde Cano (Derecho penal - UAM)
Dña. Isué Natalia Vargas Brand (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)

Consejo asesor:

D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
D. Ignacio Molina Álvarez de Cienfuegos (Director del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
Dña. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)
D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM; y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)
D. Martín Hevia (Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina; y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson
ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y recensiones relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:

UAM
Universidad Autónoma de Madrid
Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid

Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.
e-mail: revista.juridica@uam.es
http://www.uam.es/rjuam
Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid.
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es http://www.dykinson.com

ISSN: 1575-720-X
Depósito Legal: M-39772-1999
Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 48 (2023-II)
https://doi.org/10.15366/rjuam2023.48

LECCIÓN

Jean MEYER «Los ladridos de la OTAN a las puertas de Rusia» 9

ARTÍCULOS

Sara NACARINO MORENO «Discapacidad física y mental en Roma y su solución jurídica: la *cura furiosi*» 45

Selena TIERNO BARRIOS «La mediación como instrumento de acceso a la justicia de menores y víctimas de violencia de género: reflexiones a la luz de la agenda 2030 y las reglas de Brasilia» 61

Celia GÓMEZ GARRIDO «Prisión permanente revisable: constitucionalidad declarada, inconstitucionalidad manifiesta» 87

Juan Pedro DÍAZ SENÉS «La adopción abierta, una nueva perspectiva sobre la adopción: causas de su implantación y régimen jurídico» 105

Miguel BREY RODRÍGUEZ-TEMBLEQUE «El Derecho de transformación. límites y obra derivada» 125

Enrique MUÑOZ LERMA «Algunos aspectos controvertidos del régimen fiscal de neutralidad en el canje de valores» 153

ESTADÍSTICAS 169

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES 171

LA ADOPCIÓN ABIERTA, UNA NUEVA PERSPECTIVA SOBRE LA ADOPCIÓN: CAUSAS DE SU IMPLANTACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO*

OPEN ADOPTION, A NEW PERSPECTIVE ON ADOPTION: CAUSES OF ITS IMPLEMENTATION AND LEGAL REGIME

Juan Pedro Díaz Senés**

Resumen: La adopción abierta se presenta en la Ley 26/2015, de 28 de julio, como una importante novedad en el ordenamiento jurídico, que permite, si las condiciones así lo aconsejan, preservar la relación entre el menor adoptado y su familia de origen. Esta modalidad, que podría, *a priori*, ser interpretada como una figura desconocida y de compleja integración en España, está prevista de cuantiosos mecanismos de garantía, en base a la protección del interés superior del menor.
Palabras clave: adopción abierta, interés superior del menor, contacto postadoptivo, contacto con la familia de origen.

Abstract Open adoption is presented in Law 26/2015, of July 28, as an important novelty in the legal system, which allows, if the circumstances so advise, to preserve the relationship between the adopted minor and his or her family of origin. This modality, which could, a priori, be interpreted as an unknown figure in Spain, is provided with numerous guarantees, based on the protection of the superior interests of the child.
Keywords: open adoption, superior interests of the child, postadoptive contact, relations with the family of origin.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. MOTIVOS QUE FAVORECIERON LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN ABIERTA EN EL CÓDIGO CIVIL; 1. Conservar los vínculos afectivos y personales entre el menor y la familia de origen; 2. La adopción abierta como alternativa a otras medidas de protección a la infancia. Especial atención a la acogida; 3. Reproducir en el ordenamiento interno cierta tendencia internacional; 4. Armonizar el ordenamiento jurídico interno en materia de adopción; III RASGOS DE LA ADOPCIÓN ABIERTA; 1. La referencia a los hermanos biológicos en la adopción abierta; 2. Desigual sistema de manifestación de voluntades de cada uno de los sujetos que intervienen en la adopción abierta;

* https://doi.org/10.15366/rjuam2023.48.004
Fecha de recepción: 3 de febrero de 2023.
Fecha de aceptación: 1 de junio de 2023.

** Contratado predoctoral de la Universidad Rey Juan Carlos. Área de conocimiento: Derecho Civil. Correo electrónico: juanpedro.senes@urjc.es

3. Peculiaridades del procedimiento judicial, mediante el que se constituye la apertura de la adopción; 4. La destacada actuación de la Entidad Pública, como garante del interés superior del menor adoptado a lo largo de todo el proceso; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA; VI. RESOLUCIONES JUDICIALES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 26/2015, de 28 de julio[1], junto a la Ley Orgánica 8/2015[2], de 22 de julio, tienen por objeto la protección jurídica del menor. Se consagran en ellas un conjunto de medidas e instituciones destinadas al adecuado desarrollo de la infancia y la adolescencia, como es el caso de la adopción abierta, tema central de este trabajo.

La adopción abierta constituye una modalidad de adopción ordinaria en la que se permite el contacto o comunicación entre el menor adoptado y su familia de origen. Se contrapone, por tanto, esta definición al concepto de adopción tradicional imperante en España, si bien en ambos tipos de adopción los efectos, así como la naturaleza jurisdiccional, son semejantes. Lo característico de esta forma de adopción es que dota de un mayor protagonismo a la familia de origen o biológica, siendo un sujeto vital en lo que se define como el triángulo adoptivo[3].

II. MOTIVOS QUE FAVORECIERON LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN ABIERTA EN EL CÓDIGO CIVIL

La Exposición de motivos de la Ley 26/2015 con relación a la adopción abierta es uno de los elementos que más información aporta sobre los motivos que han propiciado su integración en el ordenamiento español. En este sentido, se señala que «la oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la "pérdida", y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en

[1] Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Referencia: BOE-A-2015-8470, Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con> [Consultado el 16/06/2023].

[2] Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Referencia: BOE-A-2015-8222, Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8> [Consultado el 16/06/2023].

[3] Los autores Reich y Battly son unos de los primeros autores que prestan un estudio detallado a este concepto, con el que hacen referencia a la relación directa y bidireccional que se establecen entre todos aquellos que participan en la adopción: el menor, la familia adoptante y la familia biológica o de origen. *Vid.* REICH, D., BATTLY, D., *The adoption triangle*, 12ª ed., Londres (BAAF), 1990.

especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que, aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho».

De forma pormenorizada se procede a continuación a analizar estas causas y su implicación en el ordenamiento jurídico. Además, se añaden a este estudio dos motivos no citados en la Exposición de motivos, –son estos, armonizar el ordenamiento español y reproducir cierta tendencia internacional– que también justifican la implantación de la adopción abierta.

1. Conservar los vínculos afectivos y personales entre el menor y la familia de origen

En primer lugar, la Exposición de motivos, anteriormente citada, indica como una finalidad de la adopción abierta, evitar la ruptura de los vínculos afectivos, y modular la pérdida del menor adoptando (o adoptado) y su familia de origen. Se observa, por tanto, una nueva perspectiva de la adopción, que deja atrás el histórico y marcado carácter secreto en pro de rasgos como la transparencia y la flexibilización[4].

Por una parte, la transparencia se refiere a la manifestación práctica del derecho del menor a conocer sus orígenes[5]. Este derecho, que ha sido reconocido tanto en Convenios internacionales, ratificados por España, como en el ordenamiento interno[6], es para el adoptado inherente a su persona[7]. Especialmente, la adopción abierta tiene por objeto dotar de transparencia aquellos procedimientos en los que el menor es adolescente[8], pues conser-

[4] Sobre el carácter tradicionalmente secreto y reservado de la adopción véase LÓPEZ MAZA, S., «Capítulo V. De la adopción y otras formas de protección de menores», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, 1ªed., pp. 685-691 y PÉREZ GALLARDO, L. B., «Luz verde a la adopción abierta en el derecho español», en: LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid (Dykinson), 2018, 1ª ed., p. 1232.

[5] Opinión que también expresa Sabater Bayle, quien afirma que «representa en realidad una aplicación concreta del derecho del niño a conocer sus orígenes, principio general en materia de menores que, a su vez, encuentra particular expresión en el deber de informar al adoptado de su verdadera situación». En SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», *Actualidad jurídica iberoamericana*, vol. 4, núm. 3, 2016, pp. 66-93.

[6] Derecho que se reconoce en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño de 1989 y en el artículo 22, apartado tercero del Convenio europeo revisado en materia de adopción de niños, así como en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, en su artículo 12, que modifica el contenido del artículo 180, apartados quinto y sexto del Código Civil.

[7] Así, MAYOR DEL HOYO, M. V., *La adopción en el derecho común español*, ed. electrónica, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019, p. 362.

[8] Realidad que describen quienes desarrollan su actividad profesional en las Entidades Públicas. Entre otros, el jefe del Área de Adopciones de la Dirección General del menor y la familia de la Comunidad de Madrid. FERRANDIS TORRES, A., «La adopción abierta: una nueva posibilidad», ponencia pronunciada en el marco del XIII Congreso Internacional de Infancia Maltratada. Construyendo modelos para el buen trato a la infancia, celebrado en Murcia, el 17 a 19 de noviembre de 2016 pp. 1-3. Disponible en <https://www.youtube.

van un recuerdo nítido de su familia biológica durante las primeras etapas de su infancia, padeciendo un gran sufrimiento al ser separado. En contraposición, la adopción abierta de menores no adolescentes atiende a una motivación distinta, orientada al adecuado desarrollo de su personalidad e identidad.

Por otra parte, la flexibilización si se atiende en sentido amplio se refiere a las facultades que se han introducido en el procedimiento adoptivo para todos los sujetos que participan en él; desde una perspectiva más concreta, la flexibilización se traduce en la introducción de medidas, como la adopción abierta, que pueden ser un instrumento adecuado para proteger a menores en riesgo de desamparo, como son los menores extranjeros no acompañados y los niños y niñas con necesidades especiales[9].

Estos conceptos deben ser interpretados, en todos los casos, desde la perspectiva del interés superior del menor, pues el bien jurídico a proteger en la adopción reside en el adoptado. En concreto, esta medida de protección sobre el menor atienda a garantizar su salud psíquica y emocional, permitiéndole conocer y mantener ciertos vínculos con su familia biológica en las distintas etapas de crecimiento[10].

2. La adopción abierta como alternativa a otras medidas de protección a la infancia y en particular a la acogida

La segunda causa para implantar esta modalidad de adopción, junto a la voluntad de mantener los vínculos afectivos con la familia de origen, consiste en desincentivar y reducir el número de menores que se encuentran en instituciones provisionales. Así, la propia Exposición de motivos de la citada Ley 26/2015 indica que «la oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades». Es fácilmente interpretable esta afirmación como una referencia a la actual problemática a la que se enfrentan las Entidades Públicas, que no cuentan con recursos económicos para atender en

com/watch?v=lDqwRjil8Sw> [Consultado el 13/06/2023] y DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más», *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, p. 162.

[9] Son dos perspectivas en torno a la adopción abierta sobre las que la jurisprudencia aún no se ha posicionado, si bien, autores como Heras Hernández, respecto a los Menores extranjeros no acompañados, y Echevarría de Rada, sobre los menores con necesidades especiales, entienden adecuado que, en aras de preservar el interés superior del menor, se apueste por conservar los vínculos afectivos entre el menor y su familia biológica. Respectivamente HERAS HERNÁNDEZ, M. del M., *La adopción abierta: a propósito del Artículo 178.4 del Código civil,* ed. electrónica, Barcelona (J.M. Bosch), 2020, p. 98 y ECHEVARRÍA DE RADA, M. T., «Régimen jurídico de la adopción nacional de menores con necesidades especiales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2018, pp. 27-54.

[10] En esta misma línea argumental se sitúan autores como GÓMEZ BENGOECHEA, B. «La implantación de la adopción abierta en España», *Actualidad Civil Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Privado*, núm. 2, 2018, p. 5 o SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», cit., p. 68.

sus centros tutelares al gran número de menores que allí residen. Dada esta situación, las Entidades Públicas, han optado por incentivar el acogimiento familiar, al no ser posible en la práctica implantar sobre ellos medidas de protección permanente[11].

Los menores en situación de acogida son, en una gran proporción adolescentes o próximos a serlo, lo que conlleva que puedan tener un recuerdo nítido de su familia de origen y, en ocasiones, que la relación con la familia de origen haya sido preservada mediante el derecho de visitas acordado por la Entidad Pública. Asimismo, es destacado el gran número de menores en situación de acogida familiar o en guardas de hecho, que no pueden ser adoptados, pese a que las Entidades Públicas no tienen dudas de los beneficios que supondrían para ellos la constitución de la adopción abierta[12]. No es posible debido a la negativa expresa que presentan las familias de origen del menor, quienes aún conservan la patria potestad.

Profesionales como Adroher Biosca[13], quien fue Directora General de Familia e Infancia del Ministerio de Sanidad, o Ferrandis Torres[14], Director del Área de Adopciones de la Comunidad de Madrid, reconocen la adopción abierta como una importante alternativa a la adopción tradicional y especialmente para aquellos menores en acogida, pudiendo finalmente revertir su situación, transformando una medida provisional que se había dilatado de forma excesiva en el tiempo en una de carácter permanente. Es acertada la reflexión que aporta Ferrandis Torres, quien señala que «la adopción abierta ofrece una opción permanente de integración familiar», pero añade «con la condición de que se establezcan las garantías indispensables para su buen funcionamiento»[15]. Adicionalmente, esta medida conlleva un

[11] En este sentido, Sabater Bayle «Los legisladores se esfuerzan en buscar fórmulas que permitan conciliar los diversos intereses en juego, ya que interesa a la Administración –y éste parece haber sido el motivo principalmente aducido para justificar la reforma del sistema español en este punto– incrementar las adopciones nacionales así como la reducción del número de menores que permanecen provisionalmente bajo medidas de acogimiento familiar simple (ahora denominado "temporal") o en centros residenciales (que ahora se prohíbe en todo caso para los menores de 3 años)». SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», cit., p. 71.

[12] Véase DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más», cit., p. 166.

[13] En declaración de Adroher Biosca: «Muchas familias de origen no permiten la adopción porque no quieren perder los vínculos, y esa es una de las razones por las que muchos niños acaban viviendo durante años en centros de protección o en familias de acogida provisionales. Con esto pretendemos que esas familias de origen se atrevan a dar el salto, y también que haya muchas más que se lancen a adoptar a esos niños porque, aunque estén obligadas a mantener los vínculos con los padres biológicos, no tendrán que vivir con la amenaza de que se los pueden quitar». ADROHER BIOSCA, S., «El CGPJ expresa "cautelas" sobre la introducción de la adopción abierta». Disponible en <http://politica.elpais.com/politica/2014/09/30/actualidad/1412076929_989220.html> [Consultado el 13/06/2023].

[14] FERRANDIS TORRES, A., «La adopción abierta: una nueva posibilidad», cit., p. 1.

[15] En este sentido, FERRANDIS TORRES, A. («La adopción abierta: una nueva posibilidad», cit., p. 1), quien se ha posicionado desde años antes a la reforma de 2015 a favor de medidas que flexibilicen la adopción.

riesgo, pues puede disminuir el número de familias interesadas en adoptar, al ser reticentes a que un tercero forme parte, en mayor o menor medida, de su esfera privada familiar[16].

Los beneficios que se alegan en reiteradas ocasiones con respecto a la adopción, como alternativa al acogimiento, están en gran medida vinculados al carácter permanente de aquella sobre esta, especialmente cuando el menor pasa sucesivos años de su infancia en acogida. El menor crece, en muchos casos hasta alcanzar la edad adulta, no teniendo instrumentos adecuados para dar respuesta a sus necesidades que son cambiantes, como pueden ser, entre otras, afianzar su situación dentro de su nueva familia, salir al extranjero, acceder a ciertos servicios públicos o el tener los mismos apellidos que tienen las personas con quien convive. El menor también se ve perjudicado en el ámbito económico, como por ejemplo respecto a sus derechos hereditarios, en caso de fallecimiento; o derechos de alimentos, en caso de divorcio. Son derechos que recoge el ordenamiento jurídico, a favor de quien posee una relación de filiación, indistintamente de si es resultado de un procedimiento adoptivo o biológico, aunque no son directamente aplicables en caso de acogimiento, sucediendo en la práctica que la vinculación afectiva es idéntica en ambos casos, pues el motivo que ha impedido la adopción ha sido la reticencia de la familia biológica a perder el contacto con el menor adoptado[17].

Por tanto, es posible afirmar que la adopción abierta favorecerá que la familia de origen del menor cambie su criterio –es decir, consienta la adopción–, influida por el hecho de que no cesará el contacto con el menor. No obstante, conviene advertir que la adopción abierta no debe ser aplicada por las Entidades Públicas como una solución automática ante todos los casos de menores que se encuentran en acogimiento durante largo tiempo, sino que se deberá siempre atender a sus circunstancias y motivando de forma adecuada los beneficios que aportará en su bienestar esta decisión[18].

3. Reproducir en el ordenamiento interno cierta tendencia internacional

En tercer lugar, la Exposición de motivos incide en ciertos países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá o Austria donde está reconocida la figura de la adopción

[16] Entre otros autores, destaca ROSSER LIMIÑANA, P., «Retos y dificultades para la implantación de la adopción abierta en España», *Mediaciones sociales,* núm. 16, 2017, pp. 185 y SERRANO MOLINA, A., «La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación», *Revista de Derecho UNED*, núm., 22, 2018, pp. 289.

[17] Véase DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más», cit., p. 165.

[18] Las Entidades Públicas competentes de la mayoría de Comunidades Autónomas expresan «que siempre van caso a caso, especialmente con niños de cierta edad, teniendo en cuenta que en caso de que existan relaciones significativas con familiares y de que su mantenimiento sea un obstáculo para la integración en familia adoptiva, se podrían plantear la adopción abierta siempre que los familiares de origen acepten la adopción y no suponga un conflicto sobreañadido al proceso»: DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta En España. Una visión en cifras y algo más», cit., p. 174.

abierta[19]. Esta referencia permite intuir la intención del legislador de justificar la apertura de la adopción mediante su comparación con otros ordenamientos extranjeros. Sin embargo, hay dos argumentos que se oponen a ello.

Por una parte, la modalidad de *open adoption* procedente de países como Estados Unidos difiere en gran medida de la que se conoce en España. En aquel país, una extensa mayoría –en torno el 95%[20]– de las adopciones incluyen condiciones relativas a numerosos tipos de contacto entre la familia de origen y el adoptado, mientras que el Código Civil español regula esta modalidad como una medida de carácter excepcional.

Por otra parte, otra diferencia destacable respecto al ordenamiento estadounidense es la libertad que disponen los sujetos que conforman el triángulo adoptivo para acordar la modalidad y requisitos del contacto en aquel país, frente a la regulación española en materia de protección a la infancia, que está condicionada a exhaustivos controles pre y postadoptivos, a través de la autoridad administrativa y judicial[21].

Además, es muy superior el número de países que ha rechazado la adopción abierta frente a los que reconocen esta institución. Destaca a este respecto la cuarta Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de junio de 2015, en la que la pertinencia de la adopción abierta fue objeto de debate[22]. Las opiniones emitidas por las autoridades de los distintos países fueron muy dispares, los países contrarios a la apertura en la adopción se encuentran principalmente en Asia, América Latina, Europa del Este y África; defendiendo el principio de anonimato sobre el principio de acceso a información respecto a la identidad de los adoptandos. Los países que sí defienden la adopción abierta son aquellos de tradición anglosajona, tales como Estados Unidos, Gran Bretaña, Nueva

[19] Apartado III de la Exposición de motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio: «Se trata de una figura establecida con diferente amplitud y contenido en la legislación de diversos países, tales como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. En unos casos está configurada como «un acuerdo privado entre las partes», con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y en otros debe ser confirmado por un Juez, a quien correspondería la decisión sobre su posible modificación o finalización, como es el modelo que se incluye en esta ley.

[20] Información obtenida del portal web de la UNIVERSIDAD DE CONNECTICUT, «Adoption Assistance Program. Openness in Adoption». Disponible en <https://health.uconn.edu/adoption-assistance/learn/openness-in-adoption/> [Consultado el 13/06/2023].

[21] Para un estudio más detallado sobre la adopción abierta u *open adoption* en EE. UU. puede consultarse VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las open adoptions en el Derecho anglosajón», *Actualidad civil revista semanal técnico-jurídica de derecho*, núm. 4, 2017, pp. 1-39 o CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, «Major Federal legislation concerned with child protection, child welfare, and adoption». Disponible en <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/majorfedlegis.pdf> [Consultado el 13/06/2023].

[22] Véase JEANNIN, C., «Capítulo 18. Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido en la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del CLH-1993», en: M. MAYOR DEL HOYO (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Navarra (Aranzadi), 2017, 1ª ed., p. 391.

Zelanda o provincias de Canadá, que promueven esta modalidad de adopciones en aras del interés superior del menor. La posición de Europa en torno a la comunicación en la adopción entre la familia de origen y el menor es compleja. Se observa una tendencia en la que progresivamente el número de países que optan por regular esta posibilidad en su ordenamiento es creciente; países como Alemania, regiones de Bélgica, Austria o Irlanda actualmente permiten esta posibilidad. Se presenta en Europa, en su mayoría, como una alternativa que nace del consenso y que tiene un carácter excepcional, condicionado a importantes controles administrativos y judiciales, para garantizar el bienestar y adecuado desarrollo del menor adoptando.

Esta Comisión pese a no alcanzar un acuerdo común –lo que desde sus inicios se preveía improbable–, sí permitió una declaración de mínimos. Así, «La [Comisión Especial] precisa que, cuando la legislación interna no lo prohíbe y después de la asignación realizada por profesionales, el contacto entre el adoptado y la familia biológica puede resultar favorable en algunos casos. A efectos de maximizar los beneficios y minimizar los riesgos de este contacto, se debería brindar apoyo profesional para preparar a las partes, así como también para asistirlas durante y después del contacto. El interés superior del niño adoptado, así como sus deseos, deberían determinar la naturaleza del contacto»[23].

En suma, el contenido de la Exposición de motivos induce en este punto a error, al asumir que el modelo anglosajón de *open adoption*, es el que se articula en España, pues este instrumento se presenta en el Código Civil con un carácter excepcional y condicionado a un elevado grado de garantías a favor del del menor, frente a aquella que en Estados Unidos es la medida más frecuente y que, durante el proceso, carece de una exhaustiva supervisión.

4. Armonizar el ordenamiento jurídico interno en materia de adopción

Se aprecia un cuarto motivo que, pese a no ser citado en el preámbulo de la Ley 26/2015, fue fundamental para la introducción de la adopción abierta en el Código Civil. Consiste en armonizar esta modalidad de adopción en todo el territorio nacional, frente a las normas autonómicas que habían regulado esta misma cuestión hacía varios años. Con base en el mandato constitucional contenido en el artículo 148.1.20 Código Civil, las Comunidades Autónomas tienen competencia en materias vinculadas a la asistencia social. De tal forma, determinadas Comunidades habían optado por permitir cierto grado de contacto entre la familia de origen y el menor una vez constituida la adopción.

[23] *Vid*. SSI/CIR «La adopción abierta: Varias velocidades, varias medidas», *Boletín del Centro Internacional de Referencia para los Derechos del niño privado de familia*, núm. 194, pp. 1-17. Disponible en: <https://www.escueladefamiliasadoptivas.es/wp-content/uploads/2021/11/ISS_2015_194septiembre_boletin_ESP.pdf> [Consultado el 13/06/2023] y SSI/CIR «Hoja informativa: Adopción abierta Comisión Especial 2015». Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf> [Consultado el 13/06/2023].

En el caso de la Comunidad Valencia –la ya derogada Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar– y Castilla-La Mancha –Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar–, reconocían la potestad de sus Entidades en tareas de mediación para posibilitar el contacto entre el adoptado y su familia de origen. Otras Comunidades Autónomas, como el País Vasco –en su Decreto 114/2008, de 17 de junio, por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las Diputaciones Forales en materia de adopción de personas menores de edad– y Galicia –Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia–, presentaban esta figura con mayor detalle, si bien limitando exclusivamente este contacto a los hermanos. Finalmente, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Comunidades como Extremadura han realizado una remisión expresa en su norma de rango autonómica en materia de adopción abierta –Decreto101/2018, de 3 de julio, por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad, artículo 6.

Destaca, sobre el resto de las normas autonómicas que regulan las comunicaciones postadoptivas entre el menor y la familia de origen, el caso de Cataluña, que introdujo mediante la *Llei 25/2010*, de 29 de julio, la adopción abierta en su artículo 235-47 Código Civil de Cataluña[24]. Se aprecian en ella los mismos rasgos y elementos para constituir esta medida de protección sobre el menor que los que posteriormente utilizaría el artículo 178.4 del Código Civil, guardando, incluso, cierta similitud en su literalidad. Son estos elementos: i) la actuación coordinada de la autoridad administrativa –quien promueve y permite el adecuado desarrollo del procedimiento adoptivo– y la autoridad judicial –la constitución de la misma está supedita a resolución judicial–, y ii) el carácter excepcional de la medida, sometida al interés superior del menor. Sin embargo, no hace referencia alguna a los hermanos biológicos ni indica que declaración de voluntad son necesarias.

En suma, al contrario de lo que afirma la Exposición de motivos de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su apartado III, no se aprecia verdaderamente en la regulación de la adopción abierta «una importante novedad», si bien es destacable la reforma del legislador, que ha permitido con este precepto armonizar los elementos de la adopción abierta en todo el territorio. La unificación de los criterios, especialmente por los que deben regirse las Entidades Públicas competentes en cada Comunidad, permitirá dotar de garantías a la actividad de intermediación que tradicionalmente han prestado estas entidades en el marco del procedimiento adoptivo.

[24] Artículo 235-47 Código Civil de Cataluña: «La autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la Entidad Pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor».

III. RASGOS DE LA ADOPCIÓN ABIERTA

En España la adopción abierta se regula conforme a cuatro elementos esenciales, presentes en el apartado cuarto del artículo 178 del Código Civil: i) la referencia a la figura de los hermanos biológicos, como individuos especialmente llamados a continuar los contactos, ii) un desigual sistema de manifestación de voluntades, iii) la naturaleza judicial del procedimiento, y iv) la permanente participación de la Entidad Pública. A continuación, se abordarán cada uno de estos elementos.

1. La referencia a los hermanos biológicos en la adopción abierta

Es destacado el hecho de que la ley omita cualquier tipo de *numerus clausus*, así como de orden de prelación entre los sujetos llamados a participar en las comunicaciones o posibles visitas, pues sí hace una referencia expresa, en el artículo 178.4 del Código Civil, a los hermanos biológicos del adoptado, como quienes han de permanecer especialmente en contacto con el menor cuando las circunstancias así lo aconsejen.

En palabras de Heras Hernández, tiene como propósito «fortalecer los lazos afectivos entre los hermanos y no […] restringirlos partiendo de la presunción que estos redundan positivamente en su desarrollo psicosocial y afectivo, es decir, siempre que se compruebe que su mantenimiento no genera algún tipo de perjuicio para la persona adoptada»[25]. Es esta reflexión acertada pues no es aislada esta referencia en el Código Civil, siendo reiteradas las ocasiones en las que, en materia de protección a la infancia, se protege de un modo especial la relación entre hermanos, especialmente cuando son ambos menores de edad. Por ejemplo, sucede en los casos de nulidad, separación o divorcio, donde se prevé que, al acordar el régimen de guardia y custodia, el Juez debe procurar no separar a los hermanos, regulado en el artículo 92. 10 del Código Civil. También, en circunstancias en las que los hermanos residen en instituciones públicas o se les ha de designar un tutor, artículos 172 ter 2 y 215 del Código Civil respectivamente, se prioriza la convivencia entre los hermanos, en la medida de lo posible y siempre que no acarree un riesgo para ninguno de los menores.

Además, más allá de la referencia a los hermanos biológicos, la norma tampoco menciona una preferencia de los familiares –progenitores biológicos, abuelos, tíos, etc.–, frente a allegados del adoptando que guarden una especial vinculación con él –*v. gr*. antiguos tutores o guardadores del menor. Es esta posibilidad aceptada por gran parte de la doctrina, que defiende el criterio de mayor apego o vinculación afectiva, frente al mero criterio de la vinculación por consanguinidad[26].

[25] HERAS HERNÁNDEZ, M. del M., *La adopción abierta: a propósito del Artículo 178.4 del Código civil*, cit., p. 167.

[26] Heras Hernández argumenta que la adopción abierta «posibilita el mantenimiento de los vínculos afectivos, no en atención a la proximidad parental, sino en función del apego emocional, prolongado, consolidado y habitual que ha unido a esta persona con el menor, así como su incidencia, relevancia y contribución al equilibrio

2. Desigual sistema de manifestación de voluntades de cada uno de los sujetos que intervienen en la adopción abierta

En segundo lugar, la constitución de la adopción está condicionada a la declaración de voluntades de adoptante y adoptando, que revisten de un complejo mecanismo de garantías para preservar el interés superior del menor. No obstante, la posibilidad de mantener algún tipo de contacto o comunicación, una vez constituida esta medida, precisa de una nueva declaración de voluntades, concurriendo, por tanto, en el procedimiento de adopción dos declaraciones distintas.

Por una parte, se ha de señalar que la declaración necesaria para la constitución de la adopción es actualmente bien conocida, pues ha sido objeto de cuantiosos estudios[27], siendo definida como una declaración de carácter irrevocable y pura. En contraposición, la declaración de voluntades que propicia la apertura de la adopción es revocable −así lo prevé la propia regulación del artículo 178.4 Código Civil− y posiblemente está sujeta a condición. En este último elemento guarda silencio la norma, aunque parece coherente que el adoptante acceda a ciertas comunicaciones dependiendo de posibles escenarios o límites[28]. Asimismo, ambas declaraciones son independientes entre sí, pudiendo darse el supuesto de que un candidato adoptante manifieste, ante la Entidad Pública, su rechazo a la posibilidad de que el menor conserve la vinculación con su familia biológica. En todo caso, este hecho no debe ser interpretado como una negativa general a la adopción, ni objeto de una evaluación desfavorable por la Entidad sobre el candidato adoptante[29].

---

emocional de este». HERAS HERNÁNDEZ, M. del M., *La adopción abierta: a propósito del Artículo 178.4 del Código civil*., cit., p. 165.

[27] Para un estudio exhaustivo del consentimiento y asentimiento en la constitución de la adopción véase GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi (Navarra), 2000, pp. 21 y ss., o LLEDÓ YAGÜE, F., *Las Relaciones Paterno-Filiales*, *Adopción y Potestad Parental*, 2ª ed., Dykinson (Madrid), 2017 pp. 62 y ss.

[28] López Maza y López Azcona reflexionan en este mismo sentido sobre la declaración del adoptando en la adopción abierta. Respectivamente en LÓPEZ MAZA, S., «Capítulo V. De la adopción y otras formas de protección de menores», cit. pp. 688 y ss., y LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, enero 2016, pp. 72 y ss.

[29] Son numerosos los candidatos idóneos para la adopción que rechazan desde un primer momento la adopción abierta. Si es cierto que en el Anteproyecto de 2014 sobre la Ley de Protección a la Infancia se podía interpretar esta cuestión de modo distinto, motivo por el que finalmente se optó por una nueva redacción, tal y como se recomendaba en el Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL «Informe del Consejo General del Poder Judicial». Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia> [Consultado el 13/06/2023], pp. 86 y ss.

Por otra parte, la declaración de voluntades en la adopción abierta difiere en gran medida, en función del individuo del triángulo adoptivo que deba prestarla: adoptante, menor adoptando o familia biológica. Se procede a su estudio a continuación.

A. La declaración de voluntad del adoptante

La declaración del adoptante se manifiesta en dos momentos distintos: en la fase previa, de carácter administrativo, ante el equipo psicosocial de la Entidad Pública –durante la evaluación de idoneidad[30]–, y posteriormente, en sala, ante el Juez, en el momento que se constituye la adopción.

En relación con la declaración del adoptante en la adopción abierta, existe cierta controversia sobre la posibilidad de que otros miembros de la familia adoptante (por ejemplo, su cónyuge o hijos biológicos) deban o no asentir o tengan el derecho a ser oídos. Esta posibilidad, aunque ha sido omitida en el Código Civil[31], cabría admitirla si se considera como una manifestación más del derecho al interés familiar en sentido amplio, o de un medio adecuado para evitar riesgos para los hijos biológicos del adoptante, que observan cómo se introducen en su entorno personas ajenas a él.

B. La declaración de voluntad del menor adoptando

El adoptando también ha de manifestar, en sala y ante el Juez, si desea mantener el contacto con su familia de origen, declaración que podrá ser vinculante atendiendo a su capacidad y madurez.

En el supuesto en el que el menor tuviese más de doce años se presumirá que tiene capacidad suficiente para consentir, siendo, por tanto, su aceptación necesaria para que la adopción sea abierta. Se observa cómo el legislador utiliza la misma fórmula que la contenida en el artículo 177.1 Código Civil, sobre el consentimiento del menor en la constitución de la adopción. En caso contrario, es decir, si el adoptando no ha cumplido los doce años, se deberá valorar por el Juez qué grado de madurez presenta el menor para entender el alcance de la medida. No obstante, una vez manifestada la voluntad del menor el Juez podrá ordenar

[30] La declaración de idoneidad es un instrumento, previsto en el artículo 176 Código Civil, que ofrece una radiografía detallada de las circunstancias y aptitudes de quienes están interesados en iniciar un procedimiento de adopción. Desde la introducción de la Ley 26/2015, de 28 de julio, esta declaración debe recoger la declaración –tanto favorable como desfavorable– sobre la posibilidad de que la adopción sea abierta.

[31] En opinión de autores como Callejo Rodríguez o Mayor del Hoyo, pese a que esta posibilidad había sido ya prevista en el Código Civil Catalán como un derecho a ser oído a favor de los hermanos del hijo biológico, no es extensible a la regulación estatal, puesto que supondría una interpretación excesivamente alejada de lo expuesto por el legislador. En CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «Cuestiones Controvertidas En La Nueva Regulación de La Adopción Tras La Ley 26/2015, de 28 de Julio, de Modificación Del Sistema de Protección de La Infancia y La Adolescencia», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, núm. 6, 2017, pp. 52–53, y MAYOR DEL HOYO, M. V., *La adopción en el derecho común español*, cit., p. 351.

cuantas diligencias estime necesarias para conocer con mayor detalle las circunstancias del menor, así como dictar nuevas medidas, distintas a la propuesta por la Entidad Pública, para realizar las comunicaciones entre la familia de origen y el menor adoptado.

Este criterio previsto en la adopción abierta, a raíz de la Ley 26/2015, de 28 de julio, es una importante novedad normativa, a favor del principio de participación progresiva del menor[32]. Sin embargo, señala López Maza de forma acertada, que, una vez introducida esta novedad respecto a la adopción abierta, debía haber sido modificado el artículo 177.3. 3º Código Civil, que regula el derecho del adoptando menor de 12 años a ser únicamente oído, pues se produce una evidente contradicción de criterios [33]. Tanto es así que, conforme al artículo 178.4 Código Civil, el adoptando menor de 12 años, atendiendo a su grado de madurez, podrá prestar su consentimiento sobre la posibilidad de mantener el contacto con su familia biológica, pero tan sólo le será reconocido el derecho a ser oído sobre la constitución de la misma adopción, si se atiende al artículo 177.3.3º Código Civil.

Es adecuado, a mi juicio dotar de un adecuado contexto la declaración del menor, no siendo suficiente una mera respuesta afirmativa o negativa. Es conveniente que el Juez conozca en profundidad sus necesidades, pudiendo dictar la apertura de la adopción cuando el adoptando muestre posibles dudas. Aunque esto no quiere decir que en todos los casos se haya de obviar la voluntad del menor, pues difícilmente se podrá instaurar una medida que cuenta con el rechazo frontal de uno de los sujetos del triángulo adoptivo.

C. La declaración de voluntad de la familia de origen

Es sorprendente cómo se omite el derecho de la familia de origen a manifestar su voluntad sobre la apertura de la adopción, habiendo sido detallado la actuación de quienes han de participar en la adopción abierta. Pese a que se presume que en toda adopción abierta la familia de origen participará de forma activa en las comunicaciones o visitas con el menor, su voluntad es obviada, pues no reconoce la norma ningún tipo de derecho de asentimiento, ni derecho a ser oído.

Acertadamente, Mayor del Hoyo afirma que es «una incorrección que debe ser subsanada. Es evidente que no puede constituirse una adopción de estas características si quienes van a mantener el contacto no están de acuerdo»[34]. *A priori*, la participación de la familia se puede plantear como una declaración de voluntad indirecta, de modo que sus deseos se tienen en cuenta al ser expresados ante la Entidad Pública durante la fase administrativa. No obstante, de ser así cabría preguntarse, por qué, durante la constitución de la adopción ante el Juez, la familia de origen no tiene la posibilidad de rectificar su declaración.

[32] ANGUITA RÍOS, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 11, 2016, p. 87.

[33] En LOPEZ MAZA, S. «Capítulo V. De la adopción y otras formas de protección de menores», cit., p. 688.

[34] MAYOR DEL HOYO, M. V., *La adopción en el derecho común español*, cit., p. 350.

3. Peculiaridades del procedimiento judicial mediante el que se constituye la apertura de la adopción

En tercer lugar, la adopción, con anterioridad a la Ley 26/2015, de 28 de julio y a la Ley 8/2015, de 2 de julio, ya requería para su constitución resolución judicial, siendo el Juez mediante auto quien toma la decisión, con base en una propuesta formulada por la Entidad Pública y ante la presencia del Ministerio Fiscal.

La naturaleza judicial de la adopción –tanto en su modalidad tradicional como abierta– continúa siendo un elemento esencial para dotar a esta medida, destinada a la protección del menor, de las máximas garantías, regulado en el artículo 176 del Código Civil. No es, por tanto, posible en el ordenamiento español ningún tipo de acuerdo privado que permita por sí solo constituir la adopción. En otros ordenamientos jurídicos, como sucede en numerosos Estados de Estados Unidos, es posible el mero acuerdo de voluntades entre la familia interesada en la adopción y los progenitores biológicos –o incluso la futura madre biológica, aún embarazada– para constituir la adopción, sin un control exhaustivo por parte de las instituciones públicas[35].

En relación con la adopción abierta, la propuesta de adopción es elaborada previamente por la Entidad Pública, quien conoce muy de cerca cuales son los hechos que aconsejan o no acordar cualquier tipo de contacto postadoptivo, mediante sucesivas entrevistas con la familia de origen y con el menor, tanto de forma aislada entre ellos como conjunta. Finalmente, esta propuesta será la que se presente al Juez, quien valorará nuevamente el posible beneficio o perjuicio que supondrá este tipo de comunicación para el adoptado, dotando de una especial garantía a todo el proceso[36].

4. La destacada actuación de la Entidad Pública como garante del interés superior del menor adoptado a lo largo de todo el proceso

En cuarto lugar, las Comunidades Autónomas tienen reconocida, competencia en materia de asistencia social[37], entre las que se incluyen las medidas de protección a la in-

[35] Véase VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las open adoptions en el Derecho anglosajón», cit., pp. 1-39.

[36] Heras Hernández señala, en dos ocasiones en su obra, la actual convivencia que existe entre el tendente proceso de administrativización de la protección jurídica de la infancia en España –si se atiende al contenido de la LJV y de la LPIA– y el hecho de que aún persista en el mismo una marcada competencia judicial. En HERAS HERNANDEZ, M., *La adopción abierta: A propósito del Artículo 178.4 del Código civil*, cit., pp. 85 y 178.

[37] El Artículo 148.1.20 de la Constitución Española, establece la potestad de las Comunidades Autónomas para que asuman la competencia en asistencia social, siendo mayoritario el número de Comunidades que han optado por regular y gestionar el procedimiento de adopción.

fancia y a la adolescencia, que ejercen mediante la actividad de sus Entidades Públicas[38]. La consecuencia más notable de ello es una gran disparidad en el modo de trabajo de las Entidades, siendo distinto el servicio que se presta en función de la Comunidad en la que se encuentra el menor[39].

En todo caso, las Entidades Públicas han de cumplir en su actividad con una serie de actuaciones comunes en todo el territorio previstas en el Código Civil. Referido a la adopción abierta, el artículo 178.4 Código Civil reconoce la intervención de la Entidad en una fase anterior a su constitución –preadoptiva– y también en una fase posterior –postadoptiva–.

En la fase preadoptiva, la Entidad Pública es quien ha de valorar y motivar las razones que aconsejen el contacto del menor con su familia de origen, con base en el interés superior del menor. Es este un concepto indeterminado que responde a elementos como la edad, el deseo y la madurez del menor, o si esta relación ya existía previamente, y en su caso cómo se ha desarrollado. Las Entidades Públicas tienen, entre sus profesionales, un equipo psicosocial que presta asistencia individualizada al menor, al mismo tiempo que se entrevistan con la familia biológica y familias interesadas en la adopción. Así, son las Entidades Públicas quienes mejor conocen las circunstancias en torno a los que se constituyen la adopción, ofreciendo, posiblemente, la descripción más acertada sobre si conviene o no al adoptando que conserve la relación con la familia de origen.

En la propuesta presentada por la Entidad Pública al Juez, si el equipo psicosocial ha estimado beneficiosa para el menor la adopción abierta, se plasmará un Plan de Contactos[40], de tal forma que el Ministerio Fiscal y finalmente el Juez puedan tener acceso al mismo. Si el Juez albergara dudas podrá ordenar cuantas diligencias fuesen necesarias, debiendo,

[38] Respecto a esta cuestión competencial, el Tribunal Constitucional resuelve en su sentencia 36/2021, de 18 de febrero, a favor de los intereses de las Comunidades Autónomas. En concreto, se reconoce a la Comunidad Autónoma de Cataluña, competencias en materia de adopción internacional, en contra de la Administración del Estado de España, quien desde el Reglamento de adopción internacional –Real Decreto 165/2019 de 22 de marzo–, venía asumiendo un gran número de competencias en este ámbito, en el que coexisten elementos de representación internacional del Estado, y de protección a la infancia y a la adolescencia. Disponible en <https://www.boe.es/id=BOE-A-2021-4511>, ECLI:ES:TC:2021:36 [Consultado el 13/06/2023].

[39] Autores como Díez Riaza o Ravetillat Ballesté inciden en esta afirmación. En especial, la primera autora muestra a través de encuestas y entrevistas a las Entidades Públicas de todas las Comunidades Autónomas, cuál es la realidad sobre el modo de trabajo y prioridades de cada una de ellas en materia de adopción abierta. *Vid*. DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más», *Revista de Derecho UNED*, cit., pp. 160 y ss. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «Competencias autonómicas en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia: estudio al hilo del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 21, 2015, pp. 159-201.

[40] La petición para que se constituya la adopción abierta también es posible, tal y como se reconoce en el artículo 178.4 Código Civil, que provenga del Ministerio Fiscal. Si bien, la jurisprudencia ha demostrado cómo en la práctica la propuesta siempre tiene su origen en la Entidad Pública, pudiendo el Ministerio Fiscal avenirse o, por el contrario, oponerse.

en su auto de constitución de la adopción, dar respuesta –favorable o desfavorable– a este Plan de la Entidad Pública[41].

En la fase postadoptiva, es decir, una vez que se ha constituido la adopción, la Entidad Pública ocupa una nueva función, no ausente de responsabilidad e importancia para garantizar el bienestar del menor mientras crece y desarrolla nuevas necesidades. Durante los dos primeros años desde que se dicta el auto de adopción, dicha Entidad se compromete a facilitar nuevos informes a la autoridad Judicial, pudiendo extenderse en el tiempo si así se estima conveniente[42].

La finalidad de estos informes consiste en garantizar la eficacia de la medida, en concreto, velar por que esta medida no acarree para el adoptado un perjuicio. Si así fuese, tanto la Entidad Pública como el Ministerio Fiscal, o cualquier sujeto que conforma el triángulo adoptivo, estarían legitimados para solicitar su modificación o cese.

IV. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones que se obtienen a raíz de este trabajo, que tiene por objeto el estudio detallado de la actual regulación de la adopción en su modalidad abierta, son cinco.

Primera, el reconocimiento de la adopción abierta supone la consolidación de un cambio de paradigma, frente a la tradicional percepción de la adopción. Por primera vez se regula de forma expresa en una norma estatal, la Ley 26/2015, de 28 de julio, el derecho del adoptado a conservar sus vínculos afectivos con su familia de origen, como elemento necesario para su adecuado desarrollo y madurez.

Segunda, entre todas las causas que han propiciado la introducción de esta medida en el Código Civil, es conveniente incidir en el hecho de que un elevado número de menores en España permanece en acogimiento temporal y residencial durante una parte importante de su infancia. No obstante, estas medidas surgen con un carácter provisional, por lo que, con base en el interés superior del menor, conviene su evolución a favor de otras de carácter permanente. En este sentido, la adopción abierta se presenta como una medida permanente especialmente útil para estos menores, en su mayoría adolescentes que conservan un nítido

[41] Así se manifiestan en resoluciones como el Auto núm. 146/2018, de la Audiencia Provincial de Badajoz (Referencia Base de datos Aranzadi: JUR\2019\69597) o el Auto núm. 71/2018, también de esta misma Audiencia (Referencia Base de datos Aranzadi: JUR\2018\237272). En ambas ocasiones se declara la existencia de una incongruencia omisiva en el auto recurrido de constitución de adopción, manifestando que no se está ante una desestimación tácita, pues el Juez en primera instancia debió resolver sobre el Plan de Contactos propuesto por la Entidad Pública.

[42] Artículo 178.4, párrafo segundo, Código Civil: «El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá 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».

recuerdo de sus familiares. Así, se les concede a través de esta medida una mejor protección de la que hasta ahora disponían, sin renunciar al contacto con su familia de origen.

Tercera, el contenido de la Exposición de motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, debe ser matizado en lo que respecta a la adopción abierta. Por una parte, es importante señalar que países como Estados Unidos no son un adecuado marco comparativo para España, pues el término *open adoption* difiere en gran medida con el introducido en el artículo 178.4 Código Civil, tanto en su contenido como en su finalidad. Por otra parte, se obvia que algunas Comunidades Autónomas con anterioridad ya optaron por regular, conforme a sus propios criterios, los contactos postadoptivos entre el adoptado y su familia de origen. Por tanto, la verdadera novedad de la adopción abierta se sitúa, no en la llegada de esta institución a España, sino en el deseo del legislador de unificar en todo el ordenamiento jurídico unos mismos elementos y rasgos para esta medida en el Código Civil.

Cuarta, respecto a su régimen jurídico, se ha optado por una regulación de la adopción abierta garantista, fundada en el bienestar del menor y en concordancia con el propio modelo de protección a la infancia y a la adolescencia imperante en España. La realidad es que atendiendo al difícil contexto que afecta a estos menores, reconocidos como niños y niñas en situación de especial vulnerabilidad, es conveniente actuar con la máxima de las cautelas. Acertadamente, y como consecuencia de ello, la medida presenta un carácter excepcional, pues solo se podrá acordar esta medida si se justifica con rigurosidad que beneficios aportan al menor, atendiendo a cada una sus circunstancias personales.

Quinta, entre las medidas de garantía que se establecen para la adopción abierta, el artículo 178.4 Código Civil prevé un complejo mecanismo de declaración de voluntades frente a la Entidad Pública y posteriormente ante el Juez, para que finalmente se preste el contacto. Sin embargo, en esta ocasión se plantea un conflicto de este precepto frente al artículo 177.3. 3º Código Civil, sobre el valor de la declaración del adoptando cuando es menor de 12 años. Así, a mi juicio en aquellos supuestos donde el menor ha rechazado la medida no se deberá permitir el contacto, pues las posibilidades de fracaso aumentan y con ello el riesgo asociado al sufrimiento del menor. En cambio, en el caso de que el menor manifieste dudas en su declaración, el Juez, conforme a su compromiso de salvaguarda del interés superior del menor, esta vez sí podrá valorar conceder el contacto con la familia de origen.

V. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S., «El CGPJ expresa "cautelas" sobre la introducción de la adopción abierta». Disponible en <http://politica.elpais.com/politica/2014/09/30/actualidad/1412076929_989220.html> [Consultado el 13/06/2023].

ANGUITA RÍOS, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 11, 2016, pp. 81-109.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la ley 26/2015, de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, núm. 6, 2017, pp. 29-70.

CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, «Major Federal legislation concerned with child protection, child welfare, and adoption». Disponible en <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/majorfedlegis.pdf> [Consultado el 13/06/2023].

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia». Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia> [Consultado el 13/06/2023].

DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más», *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, pp. 159-182.

ECHEVARRÍA DE RADA, M. T., «Régimen jurídico de la adopción nacional de menores con necesidades especiales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2018, pp. 27-54.

FERRANDIS TORRES, A., «La adopción abierta: una nueva posibilidad», ponencia pronunciada en el marco del XIII Congreso Internacional de Infancia Maltratada. Construyendo modelos para el buen trato a la infancia, celebrado en Murcia, el 17 a 19 de noviembre de 2016 pp. 1-3. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=lDqwRjil8Sw> [Consultado el 13/06/2023].

GÓMEZ BENGOECHEA, B. «La implantación de la adopción abierta en España», *Actualidad Civil Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Privado*, núm. 2, 2018.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi (Navarra), 2000.

HERAS HERNÁNDEZ, M. del M., *La adopción abierta: a propósito del Artículo 178.4 del Código civil,* ed. electrónica, Barcelona (J.M. Bosch), 2020.

JEANNIN, C., «Capítulo 18. Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido en la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del CLH-1993», en: M. MAYOR DEL HOYO (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Navarra (Aranzadi), 2017, 1ª ed., p. 391, pp. 387-412.

LLEDÓ YAGÜE, F., *Las Relaciones Paterno-Filiales, Adopción y Potestad Parental*, 2ª ed., Dykinson (Madrid), 2017.

LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 2016, pp. 1-89.

LÓPEZ MAZA, S., «Capítulo V. De la adopción y otras formas de protección de menores», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, 1ªed., pp. 685-691.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Capítulo 16. La historia interminable, una nueva reforma de la adopción», en *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Navarra (Aranzadi), 2017, 1ª ed., pp. 321-350.

MAYOR DEL HOYO, M. V*., La adopción en el derecho común español*, ed. electrónica, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019.

PÉREZ GALLARDO, L. B., «Luz verde a la adopción abierta en el derecho español», en: LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid (Dykinson), 2018, 1ª ed., p. 1231-1240.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «Competencias autonómicas en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia: estudio al hilo del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 21, 2015, pp. 159-201.

REICH, D., BATTLY, D., *The adoption triangle*, 12ª ed., Londres (BAAF), 1990.

ROSSER LIMIÑANA, P., «Retos y dificultades para la implantación de la adopción abierta en España», *Mediaciones sociales*, núm. 16, 2017, pp. 175-191.

SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», *Actualidad jurídica iberoamericana*, vol. 4, núm. 3, 2016, pp. 66-93.

SERRANO MOLINA, A., «La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación», *Revista de Derecho UNED*, núm., 22, 2018, pp. 287-318.

SSI/CIR, «Hoja informativa: Adopción abierta Comisión Especial 2015». Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf> [Consultado el 13/06/2023].

SSI/CIR, «La adopción abierta: Varias velocidades, varias medidas», *Boletín del Centro Internacional de Referencia para los Derechos del niño privado de familia*, núm. 194, pp. 1-17 Disponible en: <https://www.escueladefamiliasadoptivas.es/wp-content/uploads/2021/11/ISS_2015_194septiembre_boletin_ESP.pdf> [Consultado el 13/06/2023].

UNIVERSIDAD DE CONNECTICUT, «Adoption Assistance Program. Openness in Adoption». Disponible en <https://health.uconn.edu/adoption-assistance/learn/openness-in-adoption/> [Consultado el 13/06/2023].

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las open adoptions en el Derecho anglosajón», *Actualidad civil revista semanal técnico-jurídica de derecho*, núm. 4, 2017, pp. 1-39.

VI. RESOLUCIONES JUDICIALES

Sentencia 36/2021, del Tribunal Constitucional de 18 de febrero, ECLI:ES:TC:2021:36. Disponible en <https://www.boe.es/id=BOE-A-2021-4511> [Consultado el 13/06/2023].

Auto núm. 146/2018, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz (Referencia Base de datos Aranzadi: JUR\2019\69597).

Auto núm. 71/2018, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz (Referencia Base de datos Aranzadi: JUR\2018\237272).