TOMÁS ALBERTO QUINTANA LÓPEZ (1 de 1)
Procurador del Común
Fecha Firma: 17/10/2022
HASH: d39918a8c262ac688020602 2a6d4d946

Consejería de la Presidencia de la Junta de Castilla y León
Ilmo. Sr. Director General de Relaciones con la Sociedad Civil
C/ Santiago Alba, 1
47008 - VALLADOLID

Expediente: 452/2022
Asunto: Solicitud de modificación de normativa autonómica en materia de protección de menores
Trámite: Resolución
Centro directivo: Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número arriba indicado, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

En este expediente, a partir de una queja, como se recordará, se cuestiona el Decreto 37/2005, de 12 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos y otras actuaciones complementarias en relación con la adopción de menores, al no inspirarse en el principio básico del interés superior del menor, sino en criterios que defienden otros intereses frente al que debe primar por encima de cualquier otro.

A su tenor, según se afirma en la queja, la entidad pública de protección a la infancia de Castilla y León, en lugar de regirse por dicho principio legal básico, se aquieta a una interpretación inflexible del artículo 7.2 de la referida norma, protegiendo y priorizando otros intereses como los de las familias solicitantes de adopción desconocidas y ajenas al menor frente a las familias acogedoras con las que se hubiera establecido un vínculo estable: *"…el mencionado Decreto es contrario al marco normativo superior y a los valores (derechos del niño) que debe proteger en materia de adopción, por lo que vemos necesaria la reforma del marco normativo autonómico a nivel tanto legal como su desarrollo reglamentario. En cualquier caso, un paso sería la eliminación de ese condicionamiento (que no haya familias de la lista disponibles) ajeno a los derechos del niño de que se trate"*.

Pues bien, en concreto, el referido art. 7.2 del Decreto autonómico invocado señala lo siguiente:

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 1 de 13

"No podrá presentarse solicitud para la adopción de un menor concreto en la Comunidad de Castilla y León, salvo cuando los peticionarios ya mantuvieran con él una especial y cualificada relación previa, sea por pertenecer a su familia extensa, por razón de convivencia análoga a la familiar o por ser sus acogedores, siempre que en este último caso se trate de un menor con características, circunstancias o necesidades especiales y el acogimiento se haya constituido después de que, declarado susceptible de adopción e inscrita tal condición en el Registro de Atención y Protección a la Infancia, no pudiera ser adoptado por ninguno de los solicitantes en la lista de espera".

Esta norma, en efecto, partiendo de una distinción entre acogedores y adoptantes, hace prevalecer la antigüedad en la lista de espera de adoptantes sobre el posible derecho del niño en acogimiento familiar a su estabilidad y a lazos afectivos con la familia de acogida. Esto es, implícitamente, la estabilidad de la vida familiar del niño en acogimiento mediante su plena integración jurídica en el seno de la misma, solo será posible si el menor de que se trate no pudiera ser adoptado por ninguno de los solicitantes en la lista de espera.

En la práctica, como hemos podido observar en algún expediente de queja tramitado por esta Institución, esa coincidencia entre ambos tipos de medidas de protección (acogimiento familiar y adopción) suele darse en los casos de niños de muy corta edad declarados en situación de desamparo, respecto de los que se establece un acogimiento familiar temporal (que no puede tener una duración superior a dos años) para que la administración estudie sus circunstancias y las de su familia biológica y decida entre el retorno o prorrogar el acogimiento. Sin embargo, superado ese plazo de dos años, no se procede por la entidad pública de protección a la formalización de un acogimiento familiar permanente pese a no ser previsible la reunificación con la familia natural. Llegado ese momento, estos niños que ya han establecido un vínculo estable de apego con la familia acogedora, son calificados de adoptables, y deben transitar desde la familia de acogida a otra familia desconocida para ellos que se encuentra en el listado de familias en espera de adopción.

Así pues, aplicando el criterio reglamentario, el procedimiento administrativo en esta materia suele estar marcado en esta Comunidad Autónoma por las siguientes características:

a) se mantiene un muro difícilmente franqueable entre el acogimiento familiar y la adopción;

b) los acogedores familiares no pueden ofrecerse directamente como adoptantes y ser valorados para la adopción de un menor concreto, pues previamente se debe recurrir a una familia en la lista de espera del registro de familias adoptantes;

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 2 de 13

c) y, en consecuencia, se condiciona la garantía de la estabilidad de la vida familiar del niño, la protección de su identidad y lazos afectivos, y su seguridad jurídica, a elementos ajenos a la consideración de lo que podrían ser propios intereses.

Se trata, por tanto, de valorar si esa prioridad cuestionada de una adopción cerrada con asignación de una familia adoptiva distinta de la familia de acogida, puede llegar a vulnerar derechos fundamentales del menor. Para ello debemos partir de las siguientes consideraciones:

1. La configuración del nuevo paradigma de los derechos de la infancia.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 supuso un importante cambio de paradigma en la consideración de los menores: dejaron de ser considerados como un objeto de protección, para convertirse en sujetos titulares de derechos.

Además de que dicha norma internacional (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, se intentó incorporar ese cambio de paradigma a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM), agregando los principios fundamentales y obligaciones derivadas de la Convención, así como de otros Tratados internacionales.

Sin embargo, a raíz de los exámenes periódicos llevados a cabo por el Comité de Derechos del Niño a España, se fueron revelando fallos importantes en la regulación jurídica de sus derechos. Lo que llevó, finalmente, a una reforma en profundidad de la citada Ley Orgánica llevada a cabo en 2015 a través de dos normas: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En la primera, destaca la modificación, entre otros, de los artículos 2 y 9 de la LOPJM, relativos, respectivamente, al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda cuestión que le concierna y al derecho del niño a ser oído y escuchado. Ello constituyó, finalmente, el reconocimiento definitivo del cambio de paradigma del menor como sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico español, de conformidad con lo exigido por la citada Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Así, como señala explícitamente el citado artículo 2, el interés superior del menor no es sólo un principio que debe regir toda actuación que concierna a un niño, sino, tal y como prescribe la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño, se trata también de un derecho y de una regla de procedimiento: el derecho del menor a que su interés superior sea, efectivamente, una consideración primordial de toda medida que le

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcoyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 3 de 13

concierna[1], unido a la exigencia de una serie de garantías jurídicas que deben ser respetadas inexcusablemente para evaluar y determinar ese interés en una situación determinada. Garantías jurídicas entre las que se encuentra la escucha del menor en el marco de ese proceso de evaluación.

Pues bien, entre las implicaciones prácticas de este nuevo paradigma de los derechos del menor, que vino a establecerse de forma determinante por la reforma legal señalada de 2015, destaca la necesidad de que las autoridades responsables lo adopten y abandonen el paradigma contractualista (contrato temporal de acogimiento familiar), que confunde la temporalidad contractual con la temporalidad de la estabilidad familiar y los lazos afectivos. El contrato de acogimiento es temporal porque el niño tiene derecho a que las autoridades responsables trabajen con su familia biológica para posibilitar su retorno. Cuando esto no es posible, esto es, una vez que se pone de manifiesto que tal retorno es inviable, **el derecho del niño de especial relevancia en tal contexto es el derecho a la estabilidad familiar y a sus lazos afectivos familiares**.

La legislación española, entonces, garantiza el derecho del niño a vivir en familia y a la estabilidad en los cuidados familiares. Así, a partir de este marco normativo, se impone el deber a las Administraciones públicas de garantizar el derecho de los niños a vivir en familia, y a que, en caso de separación de su familia de origen, las medidas que adopten sean familiares y estables.

Esto es, la perspectiva de los derechos del niño, y la dimensión interpretativa del principio del interés superior del menor, exigen tener presente que las medidas de protección (acogimiento temporal, acogimiento permanente, adopción abierta, adopción cerrada) son instrumentos para garantizar la satisfacción de los derechos del niño. De ahí que tales medidas no son entonces un fin en sí mismo, sino garantías que deben atender al objetivo del que se trata: garantizar la protección de los derechos del niño en particular.

Por tanto, el art. 2 de la LOPJM protege dos valores fundamentales a tener en cuenta a la hora de formalizar una medida de protección para un menor bajo tutela administrativa: vida familiar y estabilidad o permanencia. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. En este mismo sentido, es importante subrayar el contenido del art. 19 bis de la misma LOPJM, en el cuál se viene a establecer que la adecuada ponderación entre el derecho del niño al retorno con su familia biológica y el derecho del niño a la estabilidad familiar exige que, aun en los casos en los que es viable tal retorno, el establecimiento de la medida definitiva no se haga de forma automática, sino que se valore en las circunstancias del caso si la protección del conjunto de los derechos del niño, debido a su nivel de integración en el seno de la familia de acogida, va a quedar mejor garantizado con la permanencia en el seno de esta última

1 Cardona, J. *"El derecho del niño a que su Interés Superior sea consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV de la Convención"* (2014).

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 4 de 13

(estableciendo como medida definitiva un acogimiento permanente o una adopción abierta para preservar y garantizar jurídicamente los vínculos con su familia biológica). Siendo así las cosas, y por una analogía reforzada o razonamiento *a fortiori* correspondería aplicar el mismo criterio (la consolidación de los vínculos familiares forjados, la protección de la estabilidad familiar y la identidad afectiva del niño) cuando se valora someter al niño a un salto al vacío con una persona o pareja asignada como familia adoptante.

2. La incorporación de estos principios en la normativa de Castilla y León.

A tenor de todo ello, debemos preguntarnos si el criterio del Decreto autonómico 37/2005, cuando establece que la estabilidad familiar del niño acogido solo podrá atenderse a través de su adopción por la familia de acogida cuando no exista familia alguna en la lista de adoptantes genérica, responde al nuevo paradigma de derechos del menor establecido con la reforma analizada.

Pues bien, La Ley 14/2002 de 25 de julio de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León y el cuestionado Decreto 37/2005, de 12 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos y otras actuaciones complementarias de esta misma Comunidad, han de ser considerados teniendo presente que ambos textos jurídicos son previos a la reforma estatal de la normativa de protección de la infancia (2015).

Aun así, incorporan ya consideraciones coherentes con el actual paradigma de protección de los derechos del niño. No en vano el Convenio de los derechos del niño formaba ya parte de nuestro Derecho interno a través del art. 39 de la Constitución, con lo cual el legislador autonómico ya había dado pasos para atender los requisitos de este nuevo paradigma: Los niños son sujetos (activos) de derechos y en las decisiones relativas a medidas de protección definitivas, son sus intereses (sus derechos) los que han de recibir una atención prioritaria en caso de conflicto con los intereses de su familia biológica, acogedora o adoptiva.

Así, en el art. 4 de la Ley 14/2002 se recoge: *"Los siguientes principios guiarán todas las actuaciones que tengan por objeto la atención a la infancia y orientarán la interpretación de las disposiciones de esta Ley y de sus normas de desarrollo:*

a) Primacía del interés del menor en la toma de decisiones y en la actuación, por encima de cualquier otro interés concurrente, por legítimo que éste sea.

Para la determinación de ese interés se atenderá en primer término a las necesidades y derechos del menor, se tendrán en cuenta sus opiniones y deseos manifestados con juicio suficiente, y se considerará su individualidad en el marco familiar y social.

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 5 de 13

(…)

g) Garantía de la integración familiar y social del menor, limitando las separaciones de su entorno a los casos estrictamente necesarios y desarrollando una intervención en la familia que posibilite el fin de la separación en el plazo más breve posible.

(…)

j) Individualización en la adopción, ejecución y revisión de las medidas y actuaciones".

De la misma forma, en el Decreto 37/2005 se señala (art. 3. a), que la actividad administrativa, además de observar los principios y criterios generales legalmente establecidos, asegurará la anteposición del interés del menor susceptible de adopción respecto del de los solicitantes de ésta.

Sin embargo, cuando el artículo 7.2 del mismo Decreto prioriza a los solicitantes de la lista de adoptantes, anteponiéndoles a la valoración y ponderación de los derechos del niño en concreto, puede resultar contrario a toda la normativa internacional y nacional aplicable, así como a la doctrina del El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Moretti y Benedetti, 2010), que considera como una vulneración del derecho a la vida familiar sin injerencias ilegítimas, el caso de una niña de apenas 6 meses a la que, viviendo en acogimiento familiar desde su nacimiento, fue separada de su familia de acogida, para asignarle una nueva familia adoptante.

Ese Alto tribunal entendió que proceder así, sin haber realizado previamente una valoración de los lazos familiares de facto (o lazos familiares afectivos) y una valoración de la idoneidad para la adopción en concreto de esa niña por parte de su familia de acogida constituía una vulneración de sus derechos. Esta doctrina del Tribunal de Estrasburgo viene a alinearse con la interpretación del Comité de los derechos del niño respecto del derecho de todo niño a su vida familiar: La vida familiar de facto o relacional es, finalmente, el valor material protegido por la enorme relevancia que tiene no solo en sí misma sino también para la protección de otros derechos de los niños (Roca, V. 2022).

La medida de protección temporal es, sin duda, temporal por definición, pero eso no significa que los vínculos forjados por el niño con su familia de acogida hayan de ser necesariamente y en todo caso temporales. La temporalidad o no de tales vínculos puede venir determinada tras el adecuado esclarecimiento de su interés superior.

En definitiva, la temporalidad debe verse como una propiedad de la medida de protección y no necesariamente de los vínculos de apego y los afectos forjados por el niño con la familia y su entorno. Es preciso entonces distinguir entre la unidad familiar en

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 6 de 13

sentido material o sustantivo y la formalización jurídica de la integración (acogimiento/adopción). Cuando no es posible atender el derecho al retorno del niño (esto es, cuando la familia biológica no ha respondido positivamente a un plan de intervención llevado adelante con seriedad de propósito por parte de la administración competente), nos encontramos ante una situación en la que la administración responsable de proteger el interés superior del menor en particular debe velar, por lo tanto, por mantener el otro valor en juego: la estabilidad familiar[2].

El único motivo, pues, que podría considerarse para descartar a la familia acogedora para una adopción, cuando ya existe un vínculo y apego consolidado, es que dicha familia no deseara la continuidad de la convivencia o se le valorara no idónea para la adopción. Cualquier otro motivo (como el recogido en el Decreto autonómico 37/2005) no responde a necesidades del menor sino a necesidades del propio sistema de protección (solicitudes diferenciadas para el acogimiento y la adopción) o a una norma que no tiene en cuenta el conocimiento científico actual en su plenitud, el cual recomienda, junto con la señalada normativa nacional, la estabilidad familiar de todo niño o adolescente (Romeu Soriano, F.J. d.j. 2022).

Opiniones expertas en la materia señalan claramente la necesidad de evitar trasvases de menores de una familia a otra que solo se justifican por problemas estructurales de la administración o por una legislación contraria a este sentir.

Así, este tema fue tratado durante el IV Congreso del Interés Superior del Niño, celebrado en Madrid en noviembre de 2021, destacándose la siguiente intervención[3]:

"Las familias acogedoras de urgencia que acabamos conviviendo con estos niños, más allá del tiempo recomendado (18, 24, 30 y hasta 36 meses) tenemos nuestras dudas sobre si se está favoreciendo o perjudicando a un niño cuando se toma la decisión de cambiar la medida de protección hacia una medida más estable, implicado el tránsito del niño a una nueva y, para ellos, extraña familia. En esta decisión no participan los técnicos del acogimiento. No se tiene en cuenta la opinión de los niños ni de los acogedores. En este sentido es una decisión impuesta.

Lo que ha ocurrido durante este largo tiempo, no es que nos hayamos encariñado más, no es que nos hayan surgido deseos escondidos de adopción. Recibimos este tipo de comentarios injustos y despectivos por parte de la Administración cuando solicitamos ser valoradas cómo familias idóneas para la nueva medida de protección.

Lo que ha ocurrido durante este tiempo es que nos hemos Apegado, tal como lo describe la Teoría del Apego, pilar de nuestro Sistema de Protección. Como

2 Lifante, I. "Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el derecho". *Pensamiento Constitucional, nº 25, 2020.*
3 Llaurado, M. "*Acogimientos de Urgencia y tránsito a otras medidas de protección"*.

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 7 de 13

consecuencia del Apego, acogedores y menores a nuestro cargo nos hemos intermentalizado, hemos entrado en sus mentes y ellos en la nuestras, de tal manera que somos previsibles el uno para el otro. Y esta previsibilidad es la base de la seguridad que siente y necesita el niño para su desarrollo emocional. De esta previsibilidad surge la confianza. Una confianza que es mutua, ya que no sólo es el niño el que confía en el adulto sino que este también confía en el niño.

Por lo tanto, sustituir este vínculo ("pasar el testigo"), si no es por fuerza mayor, cómo la muerte o incapacidad de la figura de apego, sería un contrasentido, un acto contra-natura, que los niños no son capaces de entender. Lo podrán aceptar, no tienen otra, pero no podemos esperar que lo entiendan.

Se podrá argumentar que superado el duelo, un periodo de tiempo lleno de dolor, de perplejidad y de impotencia, los niños están bien con sus nuevas familias. A este argumento contraponemos un principio ético de toda intervención social: Que te puedan reparar no justifica que te hagan daño".

Se objeta, así, a aquellos sistemas de protección de la infancia y la adolescencia autonómicos que no han adaptado su legislación, de llevar a cabo una práctica sistemática de hacer transitar a los menores desde sus familias de acogida de urgencia y temporales a una nueva familia, en calidad de guarda pre-adoptiva, por el hecho de que han sido calificados de "adoptables". Ello sin tener en cuenta el tiempo transcurrido con sus familias de acogimiento, la calidad del vínculo establecido con sus acogedores y su adaptación al entorno de los mismos. Por añadidura, cuando los acogedores, ejerciendo su derecho a oponerse a una resolución administrativa que considera lesiva para el niño, inician o pretenden iniciar un proceso judicial, la administración, que es quien tiene su tutela, procede a su retirada, haciendo recaer la responsabilidad del daño inflingido al niño en los propios acogedores que son acusados de no colaborar.

Así, los argumentos esgrimidos por la administración competente se limitan a primar el interés de las familias en espera de adopción sobre el derecho de los niños a su estabilidad relacional con aquellas personas (los acogedores) que son importantes para ellos. Todo ello, a sabiendas de no estar respetando el derecho del niño a que su interés sea considerado por encima de los legítimos intereses de otros, y del riesgo psicológico de la pérdida de referentes en edades tempranas[4].

Es relevante también destacar lo manifestado por la Presidenta de la Asociación Estatal de Acogimiento Familiar por sus Derechos, en la Comparecencia ante la Comisión de Derechos de la Familia, la Infancia y la Adolescencia del Senado, en sesión celebrada el pasado 16 de junio de 2022, para informar sobre la situación del acogimiento familiar en España: "*Todavía tenemos comunidades autónomas que establecen compartimentos estancos entre el acogimiento y la adopción. Si has sido familia de*

4 https://repensarsite.wordpress.com/2022/04/20/yo-acuso/

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 8 de 13

acogida, no puedes ser adoptante, lo cual es una barbaridad. En favor de la estabilidad del niño, cuando este llegue a un entorno estable la familia lo tiene que poder adoptar y hacer todo lo que haga falta".

Con todo, el criterio recogido en el art. 7.2 del Decreto se cuestiona que pueda prevalecer frente a los valores sentados por el marco legal estatal (integrado no solo por las mencionadas leyes de 2015, sino también por la Ley 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia), siendo precisa la adaptación de nuestra normativa autonómica.

Así se ha hecho ya en otras Comunidades Autónomas: Comunidad Valenciana (Ley 26/2018, de 21 de diciembre), Andalucía (Ley 4/2021, de 27 de julio), Navarra (Ley 12/2022, de 11 de mayo), Islas Baleares (Ley 9/2019, de 19 de febrero) o País Vasco (Ley 2/2022, de 10 de marzo).

Sin olvidar el Anteproyecto de ley de derechos, garantías y protección integral de la infancia y adolescencia de la Comunidad de Madrid (art. 97.3), que establece lo siguiente: *"Se podrán realizar ofrecimientos y obtener la idoneidad para uno o varios tipos de acogimiento, así como para el acogimiento y la adopción simultáneamente. En los casos en los que, en el plan de protección individual del niño, en atención a su situación personal y familiar y a su trayectoria vital, se plantee la necesidad de un cambio en el tipo de acogimiento o en la medida de protección, la familia acogedora podrá ofrecerse y tendrá prioridad para que continúe bajo su cuidado, siempre que sea acorde al interés superior del menor, sujeto a la medida que se haya considerado más adecuada, y solicitar para ello, si fuera necesario, la actualización de su idoneidad".*

3. La necesidad de una interpretación flexible de la actual normativa autonómica en el ejercicio de la función de la entidad pública de protección a la infancia.

Sin perjuicio de que, como decíamos en el apartado anterior, resulta aconsejable la adaptación normativa reclamada, es también importante analizar si, no obstante, resulta posible garantizar el interés superior de cada niño según el nuevo paradigma de sus derechos a la vista de la actual normativa de esta Comunidad Autónoma.

Pues bien, entendemos (y existen diversos dictámenes emitidos en procedimientos judiciales sobre medidas de protección de menores que apoyan este razonamiento) que la normativa autonómica actual no impide que se valoren los vínculos forjados por un menor con su familia de acogida y que se valore la idoneidad de la misma para la adopción, pues la permanencia o estabilidad de la vida familiar de un niño es un valor fundamental a la luz de nuestra norma, siendo posible una adopción abierta o, en su caso, un acogimiento permanente. Ahora bien, es imprescindible que un equipo profesional imparcial e independiente valore los elementos relacionados con la calidad de los

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 9 de 13

vínculos, las necesidades particulares, intereses y deseos del menor (su escucha), los aspectos y elementos relacionados con su familia biológica, y de la idoneidad para la adopción o para el acogimiento permanente de la que venga siendo su familia de acogida. Así, sustentada en el actual marco normativo en materia de protección a la infancia, la **conclusión** sería que si el resultado de dicha valoración técnica de la red de relaciones familiares fuera positivo, así como la idoneidad para la adopción o para el acogimiento permanente, sería exigible la constitución de una adopción abierta para la familia acogedora o bien, en los mismos términos, un acogimiento permanente con la misma.

Esto es, siendo el interés superior del menor el eje central de las decisiones administrativas que se adopten, es precisa una interpretación flexible y no la estricta aplicación literal de una normativa que no se encuentra adaptada a las exigencias de la reforma de la legislación estatal de 2015.

No se pueden, por tanto, defender casos de formalismos en el actuar de la entidad pública de protección a la infancia, en los que la misma se preocupa solo por los principios formales que han de regir su actuación (certeza, o predecibilidad, objetividad), olvidando atender también los que persiguen la promoción de ciertos valores sustantivos que deben primar (la protección de derechos fundamentales).

Como ha advertido la doctrina[5], son frecuentes las prácticas interpretativas ciegas a los valores sustantivos que deberían proteger. Tales valores sustantivos son los que deben orientar también la aplicación de un texto normativo para cada caso concreto (noción de equidad o justicia del caso). El denominado vicio del formalismo es así un ejemplo de mala praxis. Frente a la congelación de la práctica interpretativa de un texto jurídico, se exige su reconsideración a partir de los valores garantizados por la normativa jurídica superior y su corrección (…) por lo tanto, necesariamente sensibles a los valores sustantivos como es el del esclarecimiento, consideración primordial y protección del interés superior para cada niño parte de la administración pública responsable. Por lo que se refiere a los valores formales, el antídoto contra la arbitrariedad, esto es, la objetividad pertinente a la luz de los valores sustantivos, no es el automatismo o el seguimiento literal de las reglas y procedimientos ciego a los valores, sino la argumentación a partir de nociones de coherencia, adecuación, necesidad y proporcionalidad, la interpretación de la letra de las reglas y el seguimiento de los pasos protocolarios atendiendo a los valores que persiguen proteger.

Lo mismo sucede por lo que se refiere a la certeza o previsibilidad: lo que resulta valioso no es la previsibilidad mecánica de un criterio tal como “la antigüedad del ofrecimiento a la hora de asignar familia adoptante al que precise ser adoptado”, sino que las autoridades responsables cumplirán efectivamente con su responsabilidad de proteger

5 Lifante, I. ¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública? *Documentación Administrativa. Nueva Época, nº 7, 2020.*

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 10 de 13

el interés superior en su dimensión de derecho subjetivo del niño de que se trate. Una responsabilidad así, no puede ser atendida con un mero conjunto de reglas de acción, sino que exige tener presentes los valores (reglas de fin: protección de los derechos) y un responsable ejercicio de argumentación sobre los medios (su idoneidad, necesidad, proporcionalidad) para su logro. En eso consiste la previsibilidad valiosa a la luz de los derechos del niño: que la asignación de la familia se hará teniendo en cuenta prioritariamente sus derechos, y no otros intereses legítimos, cuando entren en conflicto con los derechos del niño, y menos aun ateniendo a consideraciones espurias.

La misma doctrina apunta que este tipo de actuaciones (asignación de familia adoptiva, acudiendo directamente a la lista genérica de familias adoptivas con ofrecimiento previo), aunque atiendan a cierta concepción de los valores formales (certeza, automatismo), pueden resultar finalmente arbitrarias (esto es, no fundamentadas por resultar ajenas al interés superior del niño en particular). Ello en razón a que el establecimiento de la medida de protección definitiva (sea retorno, sea adopción abierta o cerrada, sea acogimiento permanente) exige considerar los criterios establecidos por el art. 2 de la LOPJM y, por lo tanto, exige tener presentes las necesidades e intereses de los niños, sus derechos (vínculos de buen apego y estabilidad familiar, salud mental y libre desarrollo de la personalidad, identidad biológica e identidad afectiva) y los elementos con ellos relacionados (el tiempo transcurrido y los irreversibles efectos en el desarrollo infantil; esto es, la nueva vida familiar del niño desde que se declaró su desamparo y fue integrado, cuando es el caso, en una familia de acogida extensa o ajena donde ha forjado vínculos de apego y lazos afectivos con el entorno).

Por tanto, la administración deberá valorar (y motivar) si está ante un caso que habría de ser conducido bajo una propuesta de adopción sin ofrecimiento previo (acogedores) o bien ante un caso en el que, por el contrario, la protección del menor exige recurrir a la asignación de una familia adoptante de la lista genérica (o con ofrecimiento previo). La asignación de uno u otro tipo de familia adoptante debe hacerse teniendo en cuenta el valor sustantivo primordial: los derechos del niño (su interés superior).

Así, cuando a partir de las orientaciones del art. 2 de la LOPJM un caso se presente como especial, se ha de valorar la posibilidad de una interpretación flexible de la normativa autonómica y la consecuente adaptación del procedimiento.

Téngase en cuenta que el ofrecimiento de la familia de acogida para la adopción puede ser una herramienta que contribuya al esclarecimiento del interés superior del niño por cuyos derechos deben velar (art. 20bis LOPJM); sin perjuicio de que el ofrecimiento de la familia de acogida pueda no coincidir, según cada caso, con el interés superior del menor en cuestión. Ahora bien, si tal armonía existe, la autoridad responsable, asumiendo la perspectiva de los derechos del niño, habría de ser la que tomara ese ofrecimiento y se dispusiera a proceder en consecuencia, valorando los vínculos (para obtener información

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pcyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 11 de 13

relevante sobre el caso en cuestión) y la idoneidad para la adopción de ese niño en particular por parte de la familia de acogida.

En definitiva, las familias (con ofrecimiento previo o sin ofrecimiento previo) no tienen derecho a adoptar a un niño en general o en particular (las familias ofrecen su apoyo al sistema de protección, no demandan -tal es la perspectiva de los derechos de los niños introducida por la reforma del 2015); ahora bien, cada niño en particular tiene derecho a la debida puesta en valor de sus lazos de familia o lazos *de facto.* La autoridad competente, en ejercicio responsable de su función, ha de llevar a cabo las actuaciones pertinentes con tal fin y proceder a integrar los resultados en el esclarecimiento del interés superior particular.

Por todo ello, al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común, consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución:**

1. Que se estudie la forma de adaptar la normativa en materia de protección a la infancia de Castilla y León al nuevo paradigma de los derechos del menor establecido de forma determinante con la reforma estatal llevada a cabo en 2015 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de forma que, velando por el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda actuación que le concierne y su derecho a la estabilidad familiar y a sus lazos afectivos familiares, se eliminen compartimentos estancos entre el acogimiento familiar y la adopción.

2. Que se contemplen los criterios de dicha reforma legal a la hora de formalizar una medida de protección definitiva para un menor bajo tutela administrativa, de forma que su establecimiento no se realice de manera automática por la entidad pública, sino valorando si la protección del conjunto de los derechos del niño va a quedar mejor garantizada con la permanencia en el seno de su familia de acogida (por la consolidación de unos vínculos familiares forjados, la estabilidad familiar y la identidad afectiva del menor) a través de un acogimiento permanente o una adopción abierta.

3. Que con independencia del estudio y consecuente adaptación normativa, se considere que el establecimiento de una medida de protección definitiva exige una interpretación flexible de la actual legislación autonómica conforme a los referidos criterios establecidos con la reforma de la LOPJM, evitando formalismos en el actuar de la administración. Para ello se requiere la realización de una valoración técnica sobre las necesidades e intereses de los niños, sus derechos (vínculos de buen apego y estabilidad familiar, salud mental y libre desarrollo de la personalidad, identidad biológica e identidad afectiva) y los elementos con ellos relacionados (el

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pccyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 12 de 13

tiempo transcurrido y los irreversibles efectos en el desarrollo infantil). Y de ser positivo el resultado de esta rigurosa y profesional valoración técnica de la nueva vida familiar desde la declaración de desamparo, así como de la idoneidad de los acogedores, se ha de considera procedente la constitución de una adopción abierta para la familia acogedora o bien, en los mismos términos, un acogimiento permanente.

4. La autoridad competente ha de analizar el caso concreto, los intereses y necesidades del niño, lo que implicará, además de fundamentar el no retorno con la familia biológica, poner en valor las circunstancias de la convivencia con su familia de acogida durante el tiempo en que se venga desarrollando.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma por parte del órgano que corresponda de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente

EL PROCURADOR DEL COMÚN
Tomás Quintana López

Cód. Validación: 956TKQ2K4Z6LZYG2CMTAMW5ND | Verificación: https://pccyl.sedelectronica.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 13 de 13