

**LA TRANSICIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR A LA ADOPCIÓN:
UN ANÁLISIS Y UNA PROPUESTA DE MEJORA A LA LUZ DEL PRINCIPIO
DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Blanca Gómez Bengoechea

Investigadora Propia Adjunta del Instituto Universitario de la Familia
Universidad Pontificia de Comillas

TITLE: *From foster care to adoption: an analysis and proposal of improvement in light of the principle of the best interest of the child*

RESUMEN: Los niños que viven bajo el cuidado del sistema de protección de menores transitan, con frecuencia, entre distintas medidas de protección. Uno de los cambios de medida más delicados es el que se produce entre el acogimiento familiar y la adopción, porque puede implicar, además de un cambio de medida, un cambio de familia. En el presente artículo se analiza la regulación legal de este tránsito y la posibilidad jurídica de mantener a los niños bajo el cuidado de la misma familia a la luz del principio del interés superior del niño.

ABSTRACT: *Children living in child protection system frequently transition between different protection measures. One of the most delicate transitions is that between foster care and adoption, because it can involve not only a change of measure but also a change of family. This article analyzes the legal regulation of this transition and the possibility of keeping children with the same family in light of the principle of the best interest of the child.*

PALABRAS CLAVE: adopción, acogimiento, interés superior del niño, protección de menores.

KEY WORDS: *adoption, foster care, best interest of the child, child protection*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN: EL ACOGIMIENTO Y LA ADOPCIÓN COMO CAMINOS SEPARADOS 3. LA REVISIÓN DEL SISTEMA A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 3.1. *El ISN como principio rector de creciente importancia y definición* 3.2. *La estabilidad y la continuidad en el cuidado* 3.3. *La edad y el transcurso del tiempo como criterios fundamentales* 4. REGULACIÓN DE LA TRANSICIÓN ENTRE EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y LA ADOPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL 4.1. *Normativa estatal* 4.2. *Normativa autonómica* 4.2.1. *Elementos clave* 4.2.2. *Análisis de la regulación vigente* 5. CONCLUSIONES 6. PROPUESTAS DE CAMBIO 6.1. *Propuestas generales* 6.2. *Propuestas concretas en el ámbito estatal* 6.3. *Propuestas concretas en el ámbito autonómico*. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA. LEGISLACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Cuando los padres de un niño no pueden proporcionarle el cuidado que necesita, es obligación de las administraciones públicas buscar para él, a través de su sistema de protección de menores, una forma de cuidado alternativo que garantice su adecuada

atención y el pleno disfrute de sus derechos¹. Para cumplir con esta exigencia, nuestro ordenamiento jurídico estructura el sistema de protección principalmente en torno a dos medidas: el acogimiento (familiar o residencial) y la adopción, ambas reguladas en nuestro Código Civil (en adelante CC) y desarrolladas tanto por leyes estatales como autonómicas; considerando la adopción como medida subsidiaria, aplicable sólo en los casos en los que el retorno con la familia de origen no sea posible.

Sin embargo, es frecuente que, a lo largo de su minoría de edad y durante el tiempo que están bajo el cuidado público, los niños no permanezcan siempre sujetos a la misma medida de protección. Así, no es extraño que la entrada en el sistema se lleve a cabo a través de un acogimiento residencial², que los niños queden un tiempo en situación de estudio de la medida más adecuada para ellos³, y/o que puedan en algún momento retornar con su familia de origen⁴, cambiar del acogimiento residencial al familiar⁵, del acogimiento a la adopción⁶, o volver desde el acogimiento familiar a un centro⁷.

Igual que sucede con la elección inicial de la medida, estos cambios deben estar guiados por el principio del interés superior del niño (en adelante ISN) y requieren de estudio, previsión normativa y preparación adecuada, tanto para el niño como para los adultos implicados.

De entre todas las transiciones de una medida de protección a otra, tiene una particular importancia el cambio desde el acogimiento familiar a la adopción. Esta transición es especialmente delicada y precisa de una atención específica, tanto por las notables diferencias jurídicas que implica ser adoptado frente a ser acogido, como porque se trata de un cambio que lleva consigo una segunda elección de gran trascendencia: que la adopción se constituya con la familia acogedora o que el cambio de medida implique, también, un cambio de familia para el niño.

¹ Esta obligación pública aparece recogida, en el ámbito internacional, en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966, y se generaliza en el último cuarto del siglo XX apareciendo también en el art. 20 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Social Europea en su art. 17 y las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2010. ADROHER BIOSCA, S. "El acogimiento familiar español ante el Tribunal de Estrasburgo", en DUPLÁ MARÍN, M.T. (dir), *Cuestiones actuales del Derecho de familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 32-64.

² Según los últimos datos disponibles, el 77% de las altas en el sistema de protección a lo largo del año 2023 fueron acogimientos residenciales. MINISTERIO DE JUVENTUD E INFANCIA, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia*, nº 26, p. 27.

³ El 45% de las altas en el sistema de protección durante el año 2023 fueron de niños respecto de los que la medida de protección se encontraba en estudio o en situación de apoyo previa a dictarse la medida protectora. *Ibidem*, p. 25.

⁴ En el año 2023 cesaron por retorno con la familia de origen el 16% de los acogimientos residenciales (*Ibidem*, p. 29) y el 14% de los familiares (*Ibidem*, p. 41).

⁵ El 8% de los acogimientos residenciales pasaron a acogimiento familiar en 2023. *Ibidem*, p. 29.

⁶ El 8% de los acogimientos familiares pasaron a ser adopciones en 2023. *Ibidem*, p. 41.

⁷ El 8% de los acogimientos familiares cesaron por cambio a acogimiento residencial en 2023. *Ibidem*, p. 41.

Aunque tanto el acogimiento familiar como la adopción son medidas de cuidado familiar, las diferencias entre ambas son importantes y podrían resumirse en la irrevocabilidad, la ruptura de vínculos con la familia de origen y la equivalencia con la filiación biológica que implica la adopción, frente a la temporalidad, el mantenimiento de vínculos personales y jurídicos y la vocación hacia el retorno que caracterizan al acogimiento. Con respecto a la permanencia, o no, con la misma familia, como veremos a lo largo de este texto, se trata de una cuestión polémica y discutida desde lo jurídico, lo psicológico e, incluso, desde la práctica y organización administrativas.

Al estudio de esta transición y al modo en que está prevista y regulada dedicaremos el presente trabajo, tratando de aclarar, particularmente, el papel que debe jugar el interés superior de los niños implicados en la regulación y la toma de decisiones en estas situaciones.

2. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN: EL ACOGIMIENTO Y LA ADOPCIÓN COMO CAMINOS SEPARADOS

Como explicaremos a continuación, hace algunos años se inició la reflexión (acompañada ya de algunos cambios normativos y procedimentales) sobre la posibilidad de priorizar la permanencia con la misma familia en los casos en los que los niños sujetos a una medida de acogimiento familiar son declarados adoptables y esto se adecúa al ISN⁸. Sin embargo, durante mucho tiempo nuestro sistema de protección ha estado estructurado, y en buena parte aún lo está, alrededor de la impermeabilidad o la separación total entre la adopción y el acogimiento familiar, de modo que esta opción resultaba (y en parte aún resulta) imposible, debido a la existencia de algunos impedimentos legales y otros relacionados con criterios técnicos de actuación, que se expondrán a lo largo de este trabajo.

A lo largo de muchos años, la adopción y el acogimiento han sido caminos diferentes e incomunicados entre sí. Por una parte, estaban los niños considerados adoptables, para los que se buscaba una familia dispuesta a hacerlos sus hijos, elegida entre las declaradas idóneas para un proyecto exclusivamente adoptivo. Eran parejas o personas que deseaban convertirse en padres, valoradas y declaradas idóneas únicamente para establecer un vínculo de filiación.

Por otro lado, estaban los niños que necesitaban un acogimiento familiar y las familias que se ofrecían y eran declaradas idóneas para cuidarlos temporalmente. Con el objetivo puesto en

⁸ Esta posibilidad existe en varios países de nuestro entorno, en los que se permite que la familia de acogida adopte al menor cuando ello responde a su interés superior y/o se reconoce la importancia del mantenimiento de los vínculos afectivos ya consolidados. Así lo prevén, por ejemplo, la legislación francesa e italiana. Art. L225-2-1 y 2-1, *Code de l'action sociale et des familles*; SERVICE-PUBLIC.FR. LE SITE OFFICIEL DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISES, "Pupille de l'État: placement d'un enfant", [*Revista de Derecho Civil*, vol. XII, núm. 3 \(julio-septiembre, 2025\), Ensayos, pp. 263-299](https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2065#:~:text=Un%20pupille%20de%20l'%C3%89tat%20est%20un%20enfant%20mineur%20qui,'objet%20d'une%20adoption; Legge N.º 173, 19 ottobre 2015, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare; Art. 4-5.bis, Legge N.º 184, 4 maggio 1983, sul diritto del minore ad una famiglia.</p>
</div>
<div data-bbox=)

el retorno con la familia de origen; sin establecer vínculos jurídicos; valoradas y seleccionadas para cuidar sin convertirse en padres, para velar por los niños sin hacerlos sus hijos.

En este planteamiento de separación absoluta no había espacio para los ofrecimientos dobles para acoger y para adoptar⁹, o las dobles idoneidades, y se ponía especial cuidado en que las motivaciones adoptivas no tomaran el camino del acogimiento. En caso de que los niños acogidos fueran declarados adoptables, se producía un cambio de familia y transitaban desde la declarada idónea para el acogimiento a la idónea y seleccionada para la adopción¹⁰.

Partiendo de este contexto, con muchos años de vigencia, el muro inquebrantable que separaba el acogimiento de la adopción empieza a ser cuestionado y a resquebrajarse, y el sistema comienza a ser repensado.

En la base de esta revisión podemos encontrar, por una parte, el elevado porcentaje de acogimientos que son permanentes: son muchos los niños que permanecen bajo el cuidado de una familia de acogida sin plazo previsto de retorno, muchas veces sujetos durante muchos años a una medida de protección en principio temporal¹¹.

Por otro lado, el pequeño porcentaje de niños en acogimiento (y particularmente en acogimiento familiar) que retorna con su familia de origen¹²: muchos de ellos cumplen la mayoría de edad viviendo en un centro de protección de menores o con una familia acogedora¹³.

Y, como última cuestión relevante, el incremento de la importancia y definición del ISN, tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento jurídico español. Desde esta mayor importancia y definición, se comienza a plantear la posibilidad de hacer el paso (cuando sea necesario) a soluciones de cuidado permanentes y definitivas, como la adopción, procurando evitar cambios en la familia que cuida, desde la base de la toma de las decisiones más acordes con el interés de los niños implicados, y desde la especial consideración que empieza a tener

⁹ Como veremos con detalle más adelante, a día de hoy, los dobles ofrecimientos para el acogimiento y la adopción sólo están expresamente permitidos en las comunidades autónomas de Andalucía (Art. 100.4, Art. Ley 4/2021 y Madrid (Art. 95.3 Ley 4/2023).

¹⁰ Como veremos después, esta situación se mantiene en algunos casos en la actualidad, particularmente en algunas Comunidades Autónomas. Como ejemplo de esta realidad se pueden citar los casos resueltos por las siguientes sentencias a autos: 120/202 de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 22 de mayo de 2020; 45/2023, de la Audiencia Provincial de Segovia, de 7 de febrero de 2023; 90/2023, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 9 de febrero de 2023; 606/2023, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de octubre de 2023; o 588/2023 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 30 de octubre de 2023, a los que nos referiremos más adelante.

¹¹ Según las últimas cifras disponibles, en 2023, el 61% de los acogimientos familiares eran acogimientos permanentes, MINISTERIO DE JUVENTUD E INFANCIA, *Boletín de datos estadísticos...* Op. Cit. p. 39.

¹² Como ya hemos mencionado, en el año 2023 cesaron por retorno con la familia de origen el 16% de los acogimientos residenciales y el 14% de los familiares. Ibidem, pp. 29 y 41.

¹³ En el año 2023 el 22% de los ceses en acogimiento familiar y el 26% de los ceses en acogimiento residencial se produjeron por mayoría de edad del niño. Ibidem, pp. 41 y 29.

la necesidad de estabilidad en el cuidado como parte de su interés superior. Sin olvidar que el derecho del niño a ser oído exige que su voz sea considerada en la toma de este tipo de decisiones. Esta participación se justifica no sólo desde el plano normativo (art. 12 CNUDN y art. 9 LOPJM), sino también desde la psicología del desarrollo, pues el modelo bioecológico de Bronfenbrenner subraya que los procesos proximales requieren la implicación activa de los niños en sus relaciones significativas¹⁴.

3. LA REVISIÓN DEL SISTEMA A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Partiendo de los datos y circunstancias expuestos, se comienza a plantear la necesidad de reformar la estructura del sistema de manera que sea posible, en los casos en los que ésta sea la mejor opción para el niño, que sea adoptado por la familia en la que estaba acogido.

El planteamiento de este cambio se fundamenta, como hemos adelantado, en dos cuestiones principales: la mayor definición e importancia adquiridos por el ISN en los últimos tiempos, y la creciente relevancia de la estabilidad y la continuidad en el cuidado como parte de ese interés superior. Y se realiza a la luz, tanto de la aparición de nuevas normas de alcance internacional, estatal y autonómico, como de la relectura de otras que ya existían.

3.1. *El ISN como principio rector de creciente importancia y definición*

En relación a la importancia y definición del ISN, aunque se trata de un principio que estaba ya presente en la Declaración de Derechos del Niño de 1959¹⁵, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁶, y en otros instrumentos regionales, es en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (en adelante CNUDN) donde se recoge que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el ISN*” (art. 3), yendo el texto aún más allá al referirse a la adopción, estableciendo, en el art. 21, que en estos casos los Estados Partes cuidarán de que el ISN sea *la* consideración primordial, de modo que, con respecto a las adopciones, este debe ser el factor determinante¹⁷.

¹⁴ BRONFENBRENNER, U., MORRIS, P.A., “The ecology of developmental processes”, en R.M. LERNER (ED.), *Handbook of child psychology*, 1998, pp. 993-1028.

¹⁵ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración de Derechos del Niño*, 1959, Principio 7, párrafo 2: “*El interés superior del niño debe ser un principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres*”.

¹⁶ Arts. 5 b) y 16, párr. 1 d).

¹⁷ Así se recoge en el párrafo nº 38 de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, 2013. Sobre el origen de la redacción del art. 3 CNUDN, RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, Nº 3, 2015, pp. 911-915.

La aparición de este concepto en la CNUDN, y su creciente importancia en el ámbito de la protección de menores, llevó, en el año 2013, al Comité de Derechos del Niño a elaborar su Observación General 14 (en adelante OG14) en la que se establecen las claves para la interpretación y aplicación de este concepto jurídico indeterminado¹⁸.

En este texto, el Comité establece que, el que el ISN sea una cuestión primordial a la que atender, significa que no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones, y que los intereses del niño tienen máxima prioridad¹⁹. Determina, asimismo, que el objetivo de este concepto es garantizar el desarrollo holístico del niño y el disfrute efectivo y pleno de todos los derechos reconocidos por la Convención, y subraya que se trata de un término con una triple dimensión: sustantiva, interpretativa y procedimental.

La existencia de estas tres dimensiones implica, por un lado, que los niños tienen un verdadero derecho subjetivo a que su interés superior sea una consideración primordial cuando se toman decisiones que les afecten, que se evaluará y se tendrá en cuenta, así como la garantía de que se pondrá en práctica siempre que se tome una decisión que afecte a un niño²⁰; por otra parte, obliga a todos los aplicadores de las normas que afectan a los niños a interpretarlas de acuerdo con los derechos reconocidos en la CNUDN, de manera que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el ISN; por último, supone la necesidad de que los procedimientos de toma de decisiones que afecten a los niños, se articulen de manera que se respete su derecho a que su interés sea una consideración primordial, estableciéndose procesos de decisión que incluyan valoraciones de las posibles repercusiones de la decisión en el niño interesado, justificando y explicando cómo se ha respetado el ISN en esa decisión, en qué criterios se ha basado y cómo se ha ponderado frente a otras decisiones posibles²¹.

Es, además, un concepto flexible, cuya aplicación debe adaptarse, no sólo a la situación y circunstancias de cada niño, sino también a la evolución de los conceptos en materia de bienestar infantil ²², acomodándose a la realidad social del momento e incorporando los avances en distintas ciencias sociales sobre el desarrollo y la capacidad de los menores²³.

VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Navarra, 2019, Cap. 1, p. 15.

¹⁸ PERAZZO ARAGONESES, C., “El interés superior del niño”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Navarra, 2020, pp. 176-178.

¹⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General nº 14 ... Op. Cit.*, párrafos 37 y 39.

²⁰ ADROHER BIOSCA, S., “El interés superior del niño”, en GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Protección a la infancia: retos pendientes y propuestas de mejora*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 44-46; VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración ...*, Op. Cit., Cap. 2, p. 2.

²¹ ADROHER BIOSCA, S., “El interés superior del niño”, Op. Cit., p. 45; GARCÍA RUBIO, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, agosto 2020, pp. 20, 22, 24.

²² COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General nº 14 ... Op. Cit.*, párrafo 34.

²³ VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración ...*, Op. Cit., Cap. 2.

Esta necesidad de adaptar su aplicación a la evolución de los conocimientos sobre desarrollo infantil resulta especialmente relevante en relación con la necesidad de estabilidad en el cuidado de la que trataremos más adelante. Parece claro que, si las ciencias sociales coinciden en que minimizar los cambios en los entornos de cuidado de los niños es especialmente importante para su desarrollo, la permanencia debe ser una variable para analizar con especial cuidado al valorar el ISN de los niños que se encuentran bajo la protección de las administraciones públicas.

También en el ámbito internacional, es necesario mencionar las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños²⁴, que en sus párrafos 6 y 7, recogen la necesidad de que todas las decisiones, iniciativas y soluciones que se tomen en supuestos en los que sea necesario proporcionar a los niños alternativas de cuidado se adopten caso por caso y fundamentadas en el ISN y los derechos del niño del que se trate, respetando su derecho a ser oído y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta de forma adecuada a su desarrollo evolutivo y sobre la base de su acceso a toda la información necesaria. También la Resolución de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de enero de 2020, insiste en la necesidad de que la toma de decisiones relacionadas con los niños se lleve a cabo caso por caso y fundamentándose en su interés superior²⁵.

En el entorno europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge, también, al regular los derechos de los menores, que, en todos los actos relativos a los niños, su interés superior constituirá una consideración primordial²⁶.

Con respecto a la legislación española²⁷, las leyes de reforma del sistema de protección de menores aprobadas en el año 2015²⁸ vienen a reforzar normativamente la necesidad de fundamentar en el ISN las decisiones tomadas en este ámbito, y aportan criterios de valoración y elementos de ponderación para interpretarlo y aplicarlo en cada caso. Estos criterios, que venían siendo exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para facilitar la función juzgadora²⁹, recogen los señalados por la OG14 e, incluso, añaden alguno más³⁰.

²⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010.

²⁵ ASAMBLEA GENERAL. NACIONES UNIDAS. Resolución sobre los derechos del niño, 20 de enero de 2020. A/RES/74/133.

²⁶ PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), DOCE C 364/3, de 18 de diciembre de 2000, Art. 24.

²⁷ Sobre la presencia del ISN en la legislación española hasta este momento RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio S XXI*, Vol. 30, Nº 2, 2012, pp. 89-108.

²⁸ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE nº 180, de 29 de julio de 2015; Ley Orgánica 8/2018, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, BOE nº 175, de 23 de julio de 2015.

²⁹ VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración ...*, Op. Cit., Cap. 5, p.2.

³⁰ ADROHER BIOSCA, S., "El interés superior del niño", Op. Cit., p. 41.

Entre los criterios generales de interpretación, recogidos en el art. 2.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM)³¹, se encuentran: la protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y la satisfacción de sus necesidades básicas, materiales, físicas y educativas, pero también emocionales y afectivas; la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones; la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, procurando la permanencia y, en su caso, el retorno con la familia de origen; y la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma, así como la no discriminación por éstas u otras condiciones.

Con respecto a los elementos o circunstancias de ponderación, recogidos en el art. 2.3 LOPJM, se mencionan: la edad y madurez; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad (entre otros motivos, por la carencia de entorno familiar); el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover su efectiva integración y desarrollo, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su desarrollo futuro; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente y otros elementos de ponderación pertinentes³².

El art. 2 LOPJM establece, también, criterios de actuación para resolver las posibles situaciones de conflicto entre el interés del niño y el de otras personas implicadas. En este sentido, aunque es preciso valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, y la primera opción debe ser priorizar medidas que, respondiendo al ISN, respeten también otros intereses legítimos presentes; si esto no es posible, deberá primar el ISN sobre cualquier otro.

En relación con el lugar que ocupa el ISN en la legislación estatal española, es necesario poner de manifiesto que el art. 2 LOPJM (con naturaleza ordinaria desde su redacción originaria en 1996³³) pasa, desde 2015, a tener naturaleza orgánica. Este cambio es especialmente

³¹ 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, BOE nº 15, de 17 de enero de 1996.

³² Es preciso tener en cuenta que estos criterios, que pueden servir de guía para concretar el ISN en cada caso concreto, deben constituir una orientación, pero no pueden ser listas exhaustivas, sino que deben ser flexibles y permitir atender a las circunstancias concretas del niño sobre el que hay que tomar una decisión. GARCÍA RUBIO, M. P., “¿Qué es...”, Op. Cit., p. 33. El último apartado del art. 2.3 LOPJM dota de flexibilidad a la norma para que se puedan “tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto”, CARDONA LLORENS, J., “El interés superior del niño a los cuatro años de aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño”, En SANZ CABALLERO, S., *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 102.

³³ “La redacción originaria del artículo 2 de la LOPJM que data de 1996, a pesar de incluir dicho principio en una Ley Orgánica, la Disposición Final vigésimo tercera concretaba que el artículo 2 tenía carácter de Ley Ordinaria. Al margen de ello se manifestaba que dicho principio debía estar equiparado al de dignidad de la persona o al de libre desarrollo de la personalidad, al disponer de la misma finalidad, en este caso referida a los menores”. VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica ...*, Op. Cit., Cap. 3, p. 2-3.

relevante, ya que su regulación mediante ley orgánica lo coloca en un lugar privilegiado, incluyéndolo entre los derechos fundamentales y libertades públicas desarrollados por este tipo de leyes³⁴.

3.2. La estabilidad y la continuidad en el cuidado

La conveniencia de proporcionar cuidados estables y permanentes es una cuestión que también ha ido ganando importancia y definición en el ámbito de la protección de menores, y que aparece vinculada, cada vez más, con el ISN³⁵.

En este sentido, tanto la CNUDN³⁶ como el Comité de Derechos del Niño³⁷, mencionan la continuidad en la educación de los niños como criterio relevante, y, también en el ámbito internacional, las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños, recogen, respecto a los niños en acogimiento alternativo, que es preciso tomar las decisiones teniendo en cuenta la importancia de garantizarles *“un hogar estable y de satisfacer su necesidad básica de un vínculo continuo y seguro con sus acogedores, siendo generalmente la permanencia un objetivo esencial”*³⁸.

El ordenamiento jurídico español es, desde el año 2015, claro a este respecto, ya que, como hemos señalado, establece que al valorar el ISN deberá ponderarse la estabilidad en las soluciones y la minimización de los riesgos que cualquier cambio de situación material o

³⁴ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, recoge expresamente que *“esta ley tiene como objeto introducir los cambios jurídico-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución”*. Sobre esta cuestión: Constitución Española, art. 81; PERAZZO ARAGONESES, C., “El interés superior ...”, Op. Cit., p. 192; ADROHER BIOSCA, S., “El interés superior del niño”, Op. Cit., p. 45; VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica ...*, Op. Cit., Cap. 3, p. 2-3.

³⁵ El reconocimiento jurídico de la estabilidad en el cuidado como un componente importante del ISN se fundamenta en la evidencia aportada por la psicología de los beneficios de la continuidad en las relaciones afectivas y los riesgos que suponen los cambios en el contexto de cuidado para la vida presente y futura de los niños: *“Placement moves are experienced as a series of losses and rejections that generate negative emotions and beliefs about themselves and their caregivers, degrading their trust in others and the capacity to form close relationships, the effects of which persist into adulthood”*. Incluso en los casos en los que estos cambios están previstos y obedecen a un plan: *“A critical consequence of both planned and unplanned disruptions is that each change ‘resets the clock’ on a child’s pathway to relational permanence”* PALACIOS, J., ADROHER, S., BRODZINSKY, D. M., GROTEVANT, H. D., JOHNSON, D. E., JUFFER, F., MARTÍNEZ-MORA, L., MUHAMEDRAHIMOV, R. J., SELWYN, J., SIMMONDS, J., & TARREN-SWEENEY, M., “Adoption in the service of child protection: An international interdisciplinary perspective”, *Psychology, Public Policy, and Law*, 2019, 25(2), 57–72. <https://doi.org/10.1037/law0000192>, p. 19. REIDT-PARKER, J., CHAINSKI, M.J., The importance of continuity of care: policies and practices in early childhood systems and programs, <https://www.startearly.org/app/uploads/pdf/NPT-Continuity-of-Care-Nov-2015.pdf> (última consulta 22/03/2025).

³⁶ Art. 20.3.

³⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General nº 14 ... Op. Cit.*, párrafo 56.

³⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010. Párrafo 12.

emocional pueda ocasionar en la personalidad y el desarrollo futuro del niño³⁹. Contempla, además, la prioridad de las medidas de protección estables frente a las temporales, así como la de las familiares frente a las residenciales y la de las consensuadas frente a las impuestas⁴⁰. Aunque no existen normas concretas que aboguen por la estabilidad en los casos de transición del acogimiento familiar a la adopción, junto con las consideraciones generales ya mencionadas, en la legislación estatal española es posible encontrar otras situaciones en las que la regulación vigente opta por la continuidad en el cuidado.

Entre ellas destacan los casos en los que es preciso decidir sobre el retorno con la familia biológica de niños que, en algún momento, tuvieron que ser separados de ella. En relación con estas situaciones, el art. 19 bis 3 LOJPM establece la necesidad de que, en los casos en los que, al tiempo de decidir sobre su retorno, el menor se encontrara sujeto a una medida de acogimiento familiar, se pondere en la toma de decisión *“el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”*⁴¹. Se introduce, así, en nuestro texto legal la necesidad de valorar las consecuencias que puede tener para el niño la ruptura de los vínculos creados con quienes le han cuidado en un contexto familiar hasta ese momento.

Es también relevante en este sentido la prioridad que se otorga a la familia extensa a la hora de seleccionar a la familia acogedora de quien ha tenido que ser separado de sus padres⁴². Priorizar a personas pertenecientes al entorno habitual del menor, no sólo ayuda a favorecer el retorno (en principio esperado en los casos de acogimiento), sino que supone también una apuesta por minimizar los cambios y lograr, en la medida de lo posible, continuidad en las relaciones personales y afectivas de los niños.

Al modo en que se regulan estos supuestos hay que añadir la introducción en el sistema de la adopción con contacto o adopción abierta, es decir, la posibilidad incorporada en el art. 178.4 CC de constituir adopciones en las que, de acuerdo con el ISN, se considere beneficioso el mantenimiento de algún tipo de contacto o comunicación entre el niño adoptado y algún

³⁹ Art. 2.3 apartado d). LOPJM.

⁴⁰ Art. 12 LOPJM.

⁴¹ Este artículo recoge la jurisprudencia del TS en este sentido, que en Sentencia de 31 de julio de 2009, sentó doctrina sobre esta cuestión estableciendo en el apartado 4B de su fallo que *“Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”*, STS 565/2009, de 31 de julio (RJ\2009\4581).

⁴² Art. 20.2 LOPJM.

miembro de su familia de origen. La aparición de esta figura en nuestro ordenamiento es, también, un signo de la importancia jurídica que se reconoce al mantenimiento de relaciones y vínculos relevantes que pudiera tener el menor.

Esta relación entre el ISN y la estabilidad en el cuidado ha sido, además, recogida por la jurisprudencia. Respecto al tema que nos ocupa, aunque esta es escasa y en cierto modo contradictoria, la Audiencia Provincial de Segovia resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares en un caso de transición del acogimiento familiar a la adopción y recoge, en su Auto 54/2023 que *“tratándose de un menor que lleva viviendo desde su nacimiento con la misma familia durante ya casi cuatro años, existe cuando menos una situación aparente de que el interés superior del menor pueda aconsejar que siga manteniendo su vida en este ámbito familiar sin perjuicio de la medida concreta de protección que pueda adoptarse para dar forma jurídica a esta situación”*⁴³. Añadiendo a continuación que *“La estabilidad emocional del menor es un elemento esencial dentro de su bienestar físico y psíquico y por tanto la protección del interés superior del menor aconseja mantener la situación en la que actualmente se encuentra, cuando no consta, ni siquiera se alega, que el trato que actualmente recibe por parte de los acogedores actores sea defectuoso o ponga en peligro su integridad física o emocional”*⁴⁴.

En otro contexto de cambio, como es el de las crisis matrimoniales, los jueces y tribunales han tenido ocasión de pronunciarse también sobre la importancia de la estabilidad en el cuidado, destacando su importancia y la necesidad de protegerla. En este ámbito, el Tribunal Supremo ha reiterado que, para que cualquier modificación del régimen de guarda y custodia se justifique, debe considerarse el impacto sobre la estabilidad del niño y respetar su interés superior. Tal y como aparece recogido en las resoluciones, esto significa que el entorno habitual, incluyendo la residencia, la escuela, y las relaciones afectivas, debe mantenerse en la medida de lo posible, evitando cambios bruscos que puedan afectar negativamente al desarrollo emocional y psicológico.

Como ejemplo de este planteamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo 823/2012, de 31 de enero de 2013⁴⁵, resuelve sobre la custodia de un niño cuya madre impidió que se llevara a cabo con normalidad el régimen de visitas con el padre, motivo por el cual se le concedió al mismo la custodia. En este caso, el Tribunal recoge que la modificación del régimen de guarda y custodia supondría para el niño un auténtico trauma, más aún cuando implicaría el cambio

⁴³ Auto de la Audiencia Provincial de Segovia 54/2023, de 30 de octubre (JUR\2024\90238).

⁴⁴ Interpreta, desde nuestro punto de vista, erróneamente la relevancia de los vínculos creados la Sentencia 606/2023, de la Audiencia Provincial de Valencia (de 25 de octubre de 2023 JUR\2024\41978), que recoge que no es relevante el establecimiento de un vínculo entre los acogedores y el niño por ser esta una de las finalidades del acogimiento familiar, ignorando que resulta imprescindible valorar no sólo el establecimiento del vínculo, sino las consecuencias que su ruptura (la interrupción de la estabilidad en el cuidado) puede tener para el niño concreto, en función de cuestiones tales como su edad, la duración del acogimiento y cualesquiera otras circunstancias particulares que puedan concurrir en este caso.

⁴⁵ RJ\2013\927.

del lugar de residencia “a otro país muy distante del anterior y la imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce”. Menciona, en este sentido, que “con independencia del reproche que se pudiese realizar al comportamiento de la progenitora custodia, lo que debe primar es el interés del menor. Y es evidente, y especialmente relevante, que en ninguno de los hechos que refiere la demanda de modificación de medidas, se alude o justifica el beneficio que para el menor representa el cambio”.

La Sentencia del Tribunal Supremo 492/2018, de 14 de septiembre⁴⁶, va aún más allá y concede la guarda y custodia a una tía paterna frente a la reclamación del padre, valorando para tomar esta decisión la estabilidad de la que goza la menor en ese momento: “teniendo en cuenta la edad y el tiempo de convivencia con su tía paterna, con la que la propia sentencia reconoce que está perfectamente integrada, y dejaría, de otro, expuesta a la niña a una situación de incertidumbre, al menos hasta que la situación se reconduzca, como sería deseable”.

A favor de la permanencia en el ámbito de las crisis matrimoniales se pronuncia también el Tribunal Supremo en las sentencias 758/2022, de 7 de noviembre⁴⁷, y 123/2023, de 31 de enero⁴⁸, en las que se recoge la importancia de la estabilidad en el cuidado, así como el mantenimiento del domicilio familiar y el lugar de escolarización de los niños como elementos esenciales para la continuidad en la rutina de los menores.

En relación con esta cuestión tiene especial relevancia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el caso Moretti y Benedetti contra Italia. En esta resolución, el Tribunal Europeo se pronuncia, precisamente, sobre la vulneración del derecho a la vida familiar en una transición del acogimiento a la adopción en la que se produjo un cambio de familia, y concluye que en este supuesto existió una vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que las autoridades nacionales deben considerar plenamente las relaciones familiares de facto y las solicitudes de adopción de familias de acogida antes de tomar decisiones que puedan afectar significativamente la vida de los menores involucrados⁴⁹.

⁴⁶ RJ\2018\5140.

⁴⁷ RJ\2022\4960.

⁴⁸ RJ\2023\2952.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 16318/2007, de 27 de abril de 2010 (JUR\2010\123853). Los demandantes, una pareja casada, acogieron en junio de 2004 a una niña de un mes de edad que había sido abandonada por su madre biológica poco después de nacer y que permaneció con ellos durante diecinueve meses. En diciembre de 2005 fue entregada a una nueva familia adoptiva, a pesar de haberse ofrecido ellos para la adopción y haberse desestimado su ofrecimiento. El TEDH determinó que las autoridades italianas no habían evaluado adecuadamente la solicitud de adopción presentada por los demandantes antes de declarar a la niña apta para la adopción por otra familia, y que esta omisión supuso una violación del derecho al respeto de la vida familiar, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aunque la niña no retornó con la familia acogedora, por considerar el Tribunal que ya se había integrado con la familia adoptante y que una nueva separación sería perjudicial para ella, esta sentencia subraya la importancia de que

3.3. La edad y el transcurso del tiempo como criterios fundamentales

En estrecha relación con la necesidad de estabilidad, otra cuestión determinante a valorar es la edad del menor al tomar las decisiones, el tiempo que ha transcurrido y la particular relevancia de este para los niños, en cuyo desarrollo tiene un especial efecto, tal y como menciona el art. 2.3 LOPJM al referirse a los elementos ponderadores del ISN.

Por una parte, es necesario tener en cuenta que las capacidades de los niños evolucionan y que las medidas que se tomen con respecto a ellos deben poder ser revisadas o ajustadas en función de las posibles hipótesis de desarrollo, evaluando la continuidad y la estabilidad de su situación presente y futura, teniendo en cuenta la trascendencia que el paso del tiempo tiene en cada caso⁵⁰. En este sentido, la LOPJM recoge desde 2015, para nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de revisar las medidas de protección acordadas cada tres meses en niños menores de tres años y cada seis meses en niños mayores de esta edad⁵¹. A su vez, el Código Civil recoge un plazo máximo de duración de seis meses para los acogimientos de urgencia y dos años para los acogimientos familiares temporales, tratando así de evitar que se prolonguen en el tiempo situaciones de cuidado pensadas para ser temporales o que puedan no responder a la lógica evolución de las necesidades de los niños⁵². Que se recoja la obligación de revisar con frecuencia las medidas no permanentes, especialmente cuando los niños son muy pequeños, supone, por una parte, un importante reconocimiento de la necesidad de estabilidad en el cuidado de los niños. Por otro lado, lleva consigo la necesidad de trabajar con las familias de origen para lograr el retorno en plazos suficientemente cortos para que el regreso no resulte contrario al ISN por el perjuicio que le puede causar la ruptura de los vínculos que se han establecido.

No se puede perder de vista que el acogimiento es una medida de protección temporal, cuyo principal objetivo es el retorno con la familia de origen, y que, sólo cuando, con el trabajo y los medios adecuados, este no es posible en un tiempo razonable para el menor, deben plantearse medidas de protección estables y definitivas. Flexibilizar la transición entre el acogimiento y la adopción permaneciendo con la misma familia sin cumplir con esta premisa supone privar al niño del derecho a permanecer bajo el cuidado de su familia de origen, prioritario en nuestro sistema de protección.

Por otro lado, es innegable que los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo, y que durante la infancia se establecen vínculos que pueden resultar

las autoridades nacionales consideren plenamente las relaciones familiares de facto y las solicitudes de adopción de familias de acogida antes de tomar decisiones que puedan afectar significativamente la vida de los menores involucrados.

⁵⁰ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General nº 14 ... Op. Cit.*, párrafos 84 y 93.

⁵¹ Art. 12.6 LOPJM.

⁵² Art. 173bis Cc.

determinantes para el crecimiento y el desarrollo⁵³. Por este motivo es especialmente relevante procurar que los plazos previstos para las medidas y los tiempos de revisión de las mismas se respeten escrupulosamente, ya que las demoras en estos contextos tienen efectos especialmente perjudiciales. La falta de respeto en los plazos de revisión y duración de las medidas de protección puede llevar a que medidas que, en principio, estaban previstas como temporales, terminen consolidándose como definitivas por respeto al ISN y al daño que un cambio de contexto de cuidado supondría para él habiendo transcurrido tanto tiempo.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al hilo de posibles vulneraciones del derecho a la vida familiar recogido en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, entre otros, en casos tales como Neulinger y Shuruk contra Suiza⁵⁴, Gnahoré contra Francia⁵⁵; Saleck Bardi contra España⁵⁶, Haddad contra España⁵⁷, KAB contra España⁵⁸, Mincheva contra Bulgaria⁵⁹ o X. contra Letonia⁶⁰.

En estos supuestos el Tribunal Europeo resuelve sobre el no retorno de los niños con su familia de origen tras haberse establecido vínculos familiares dentro del sistema de protección, sobre la no conveniencia del retorno inmediato en casos de sustracción de menores en los que los niños ya se encontraban integrados en su nuevo lugar de residencia,

⁵³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General nº 14 ... Op. Cit.*, párrafo 93; VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica ...*, Op. Cit., Cap. 6 p. 2-3.

⁵⁴ STEDH de 6 julio 2010, No 41615/07: JUR\2010\427009. En este caso el TEDH resuelve sobre el retorno a Israel de un menor que fue trasladado por su madre a Suiza y concluye que, por el tiempo transcurrido, *"the Court is not convinced that it would be in the child's best interests for him to return to Israel"*.

⁵⁵ STEDH de 19 de septiembre 2000, (TEDH 2000\440) En este fallo del TEDH se examinó un caso de restitución internacional de menores. El Tribunal destacó que el tiempo transcurrido desde la sustracción hasta la solicitud de restitución puede modificar sustancialmente el interés superior del niño.

⁵⁶ Sentencia del TEDH de 24 de mayo de 2011, TEDH 2011\50. Párrafo 52. *"les mesures visant à réunir le parent et son enfant doivent être mises en place rapidement, car le passage du temps peut avoir des conséquences irréversibles pour les relations entre l'enfant et celui des parents qui ne vit pas avec lui"*.

⁵⁷ Párrafo 62: *"El Tribunal recuerda que, en los casos relativos a la vida familiar, la ruptura del contacto con un niño muy pequeño puede conducir a una alteración creciente en su relación con su progenitor (...) El paso del tiempo ha tenido como efecto el hacer definitiva una situación que iba a ser temporal, dada la corta edad de la niña cuando se constató la situación legal de desamparo y se produjo la asunción de la tutela"*. STEDH 18 de junio 2019, TEDH\2019\86.

⁵⁸ Sentencia del TEDH de 10 de abril de 2012 (TEDH 2012\34) Párrafo 97. *"Pour être adéquates, les mesures visant à réunir le parent et son enfant doivent être mises en place rapidement, car le passage du temps peut avoir des conséquences irréversibles pour les relations entre l'enfant et celui des parents qui ne vit pas avec lui"*.

⁵⁹ STEDH de 2 de septiembre de 2010 TEDH \2010\91. *"el Tribunal recuerda que la adecuación de las medidas para reunir a un padre y un hijo, se juzga según la rapidez de su ejecución, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreversibles entre el niño y aquél de los progenitores que no vive con él"*.

⁶⁰ STEDH 27853/09 de 26 de noviembre de 2013. En este caso, el TEDH subrayó la necesidad de que los Estados actúen con urgencia en los procedimientos de restitución de menores. El Tribunal señaló que un prolongado transcurso del tiempo puede alterar la situación familiar original del niño, ya que el menor puede forjar vínculos en su nuevo entorno. Por ello, se enfatizó que la demora en la restitución podría vulnerar el interés superior del niño, comprometiendo su bienestar y estabilidad. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-162187%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162187%22]})

o sobre casos en los que las visitas con alguno de los progenitores se habían visto interrumpidas y se plantea la necesidad de retomar el contacto.

En el mismo sentido se pronunció también la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012 a tenor del caso Fornerón e hija contra Argentina. En su sentencia, la corte destaca que los procedimientos relacionados con la guarda y la custodia de menores deben tramitarse con diligencia y celeridad, ya que, en este caso, la excesiva demora (más de tres años en el proceso de guarda y más de diez en el régimen de visitas) generó efectos irreparables, afectando la relación entre padre e hija y determinando que la niña no pudiera volver a estar bajo el cuidado del padre⁶¹.

Aunque no resuelven supuestos de transición entre el acogimiento y la adopción, estas resoluciones sí reflejan con claridad la necesidad de tener en cuenta las implicaciones que tiene el paso del tiempo en los niños a la hora de tomar decisiones sobre su cuidado, cuestión esta compartida con los casos que nos ocupan.

4. REGULACIÓN DE LA TRANSICIÓN ENTRE EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y LA ADOPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Desde este escenario, en que el ISN, la estabilidad en el cuidado y la valoración del paso del tiempo claramente crecen en importancia jurídica⁶², planteamos el análisis del modo en que están reguladas las transiciones entre el acogimiento familiar y la adopción en nuestro ordenamiento jurídico y la posibilidad de que este cambio se haga permaneciendo con la misma familia. Cuestión en la que, como veremos a continuación, tiene especial relevancia la normativa autonómica.

4.1. Normativa estatal

En el ámbito estatal, estos tránsitos no están regulados de forma directa. Sin embargo, debemos tener en cuenta y entender como aplicable todo lo expuesto sobre el ISN y su relación con los cuidados estables y el transcurso del tiempo, recogido tanto en la LOPJM, particularmente desde las reformas del año 2015, como en el Código Civil (en lo que tiene que ver con la duración de las medidas). Argumentos favorecedores, todos ellos, de la apertura de la posibilidad de que la transición entre el acogimiento familiar y la adopción se pueda realizar manteniendo al niño bajo el cuidado de la misma familia en los casos en los que se considere que esto es lo más adecuado a su interés.

⁶¹ Fornerón e hija contra Argentina, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de abril de 2012, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

⁶² Con todo lo que esto supone en relación con los deseos y opiniones de los niños, la valoración de sus necesidades emocionales y afectivas, la minimización de los riesgos que implican los cambios, etc.

Junto con estos elementos, flexibilizadores y favorecedores de la permanencia y la estabilidad en el cuidado, no podemos ignorar que existe en la normativa estatal un obstáculo importante, que puede constituir un impedimento a que el niño acogido que deviene adoptable pueda quedar bajo el cuidado de la misma familia cuando se compruebe que esto coincide con su interés superior. Se trata de la edad máxima de diferencia entre adoptantes y adoptado, recogida en el art. 175 del Código Civil y establecida en el año 2015 en 45 años. La obligación de cumplir con esta diferencia máxima se excepciona, por una parte, para las adopciones de grupos de hermanos y menores con necesidades especiales⁶³, y, por otro lado, para las adopciones en las que no es necesaria la propuesta de la entidad pública⁶⁴, pero no para los casos en los que, existiendo un acogimiento o convivencia previos, se propone la adopción del niño por parte de los acogedores.

Esta cuestión ha supuesto un impedimento en algunos de los casos resueltos en los tribunales, en los que se aplica esta limitación y no se autoriza la constitución de la adopción por parte de los adoptantes, entre otros motivos, por no cumplir con este requisito de idoneidad⁶⁵.

En el ámbito estatal, es también destacable uno de los cambios que se realizó en el año 2015, por el cual el acogimiento preadoptivo pasó a denominarse guarda con fines de adopción. Se trata de un cambio terminológico que, aunque se realizó en un momento de avance normativo hacia la permeabilidad del muro que separaba acogimiento y adopción, es, claramente, un guiño al mantenimiento de la tradicional separación entre ambas medidas.

4.2. Normativa autonómica

En relación con la normativa autonómica, identificaremos primero las cuestiones determinantes y después analizaremos el modo en que se regulan en los distintos territorios.

4.2.1. Elementos clave

Para poder analizar la normativa autonómica que regula estas transiciones, es preciso detenerse en distintos aspectos de la legislación vigente en cada una de las Comunidades Autónomas. Algunas de las cuestiones a examinar tienen una clara y directa relación con el cambio del acogimiento a la adopción y, en concreto, con la posibilidad de que los niños acogibles devenidos adoptables puedan permanecer bajo el cuidado de la misma familia cuando se considere beneficioso para ellos, evitando así las consecuencias de la ruptura de vínculos y el cambio en las figuras de referencia. Otras tienen una relación más indirecta, pero

⁶³ Art. 175.1 del Código Civil.

⁶⁴ Art. 176.2 del Código Civil: adopción de parientes, del hijo del cónyuge, de menores sujetos a tutela o guarda con fines de adopción durante un plazo superior a un año y de mayores de edad.

⁶⁵ Son pocos los casos que han llegado hasta ahora a los tribunales y escasas las sentencias sobre esta cuestión. Sirva de ejemplo sobre esta limitación la Sentencia 606/2023, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de octubre de 2023.

pueden también, por sí solas o combinadas entre sí, tender puentes que faciliten el tránsito sin necesidad de cambiar de familia, o dificultar el cambio de medida sin cambiar de cuidador y figuras de referencia.

Con respecto a las relacionadas más directamente con la permanencia en la misma familia es preciso examinar:

- La posibilidad, o no, de adoptar a un niño concreto en determinadas circunstancias: nuestro ordenamiento jurídico no permite, como regla general, la adopción de un niño concreto, ya que es una práctica que se aleja de la filosofía fuertemente administrativizada de nuestro sistema de protección y que favorece la existencia de presiones, acuerdos privados o incluso el tráfico de niños. Sin embargo, su admisión en casos de cercanía, relación previa o parentesco, puede permitir transitar desde el acogimiento a la adopción sin necesidad de cambiar de familia, en los casos en los que esto resulte beneficioso para el niño.
- La existencia de una prohibición expresa de adopción por parte de los acogedores o una imposibilidad clara de que éstos sean valorados para la adopción (en general y/o respecto del niño que están cuidando).
- El establecimiento de la prioridad de los acogedores o personas con una relación previa cualificada para ser valorados y/o seleccionados de cara a una posible adopción en los casos en los que, conforme al ISN, se plantea la necesidad de un cambio de medida.
- La posibilidad de adopción por parte de una familia sin que exista un ofrecimiento previo de adopción. Se permite, así, que en casos en los que existe una relación previa cualificada (convivencia previa, acogimiento, etc.), las personas que puedan demostrar esta relación, y siempre que se considere beneficioso para el niño, puedan adoptarlo sin necesidad de haberse ofrecido previamente para la adopción por los cauces habituales previstos para ello. En este sentido, se puede llegar, incluso, a condicionar la declaración de adoptabilidad del niño a la disponibilidad e idoneidad de estas personas para la adopción, de modo que, si por algún motivo esta no es posible, el niño no devengue jurídicamente adoptable, sino que permanezca bajo su cuidado en régimen de acogimiento o guarda de hecho, evitando así un cambio en las figuras de cuidado.

Entre las que influyen en esta cuestión de modo más indirecto, se pueden señalar:

- La posibilidad de presentar ofrecimientos simultáneos para el acogimiento y la adopción: aunque se trata de una cuestión que, por sí sola, no tiene porqué marcar una diferencia, sí tiene una influencia indirecta importante.

No marca una diferencia por sí sola porque puede suponer, únicamente, la posibilidad de ofrecerse para ambas cosas por caminos paralelos que nunca lleguen a cruzarse. Es decir, que puedas ofrecerte y ser idóneo para acoger a un niño, con el que tener un proyecto de cuidado puramente acogedor que responda a una necesidad temporal, y hacerlo también para uno que necesita ser adoptado, con un proyecto de paternidad.

Sin embargo, la admisión de ofrecimientos simultáneos refleja el grado de apertura del sistema de protección a los proyectos flexibles o mixtos de cuidado, la permeabilidad entre las medidas y el alejamiento del sistema del muro inquebrantable entre el acogimiento y la adopción, vigente y arraigado durante mucho tiempo en el sistema de protección de menores español. La posibilidad de ofrecerse tanto para acoger como para adoptar implica la apertura a las familias que están dispuestas a (y preparadas para) cuidar a los niños y acompañarlos en función de las necesidades que puedan tener en cada momento.

- Los criterios establecidos para la selección de las familias acogedoras: aunque no es una cuestión directamente relacionada con la transición del acogimiento a la adopción, los criterios que se emplean para decidir quién será la familia acogedora (y, por tanto, temporalmente cuidadora) de un niño también tienen una especial relevancia, porque reflejan la importancia que el sistema otorga a la estabilidad en el cuidado y a la minimización de los cambios que deben afrontar los niños cuando tienen que cambiar de cuidadores y figuras de referencia. Reconocer la prioridad para ser valorados y/o seleccionados para el acogimiento de la familia extensa, o de personas con las que existe relación cualificada previa o convivencia no es otra cosa que reconocer que los niños deben permanecer, cuando sea posible, en su entorno cercano, favoreciendo la continuidad en la educación y en los cuidados⁶⁶.
- Los criterios establecidos para la selección de las familias adoptantes y, en particular, el uso que se haga de la antigüedad en la declaración de idoneidad para la adopción y/o en la inscripción de la familia declarada idónea en el correspondiente registro, también puede ser una cuestión determinante. Es casi imposible que las familias acogedoras que quieran y puedan optar a la adopción del niño que venían cuidando y que ha devenido adoptable tengan la antigüedad suficiente en el ofrecimiento o la idoneidad para la adopción (más aún si no son posibles los ofrecimientos simultáneos) o en la inscripción en el registro correspondiente (más aún si existe uno para familias idóneas para el acogimiento y otro para familias idóneas para la adopción) para ser seleccionadas.

La combinación del criterio de antigüedad con otros tales como las posibilidades de integración y desarrollo adecuado que la familia pueda ofrecer al niño, o, incluso, la existencia de relación o convivencia previa como criterio de selección a tener en

⁶⁶ GÓMEZ BENGOCHEA, B., BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., "El derecho del niño a vivir en familia", *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, Nº 130, 2007, pp. 187-188.

cuenta, pueden marcar una notable diferencia en el modo en que se transite del acogimiento a la adopción y la posible permanencia del niño con la misma familia.

- La existencia de uno o varios registros: por lo mencionado anteriormente, en especial en los casos en los que se utiliza la antigüedad como criterio, la existencia de un único registro de familias declaradas idóneas para el acogimiento y la adopción, o de uno para las familias acogedoras y otro para las adoptantes, puede constituir también una diferencia importante (además de reflejar un sistema más permeable y flexible o más estructurado en torno a dos opciones separadas e incomunicadas).
- Por último, conviene prestar atención a la necesidad, establecida en algunos territorios, de que haya transcurrido al menos un año desde el último acogimiento, adopción o nacimiento en la familia para poder ser declarado idóneo o seleccionado para una adopción. Aunque este criterio no parece pensado para estos casos, sino que trata más bien de asegurar que no se produzca la incorporación de un nuevo niño a la familia hasta que la incorporación anterior haya tenido tiempo de producirse con el tiempo necesario para que se lleve a cabo una adecuada integración en la vida familiar, podría suponer un impedimento a la permanencia con la familia acogedora si se interpreta restrictivamente, de modo que no se permite optar a la adopción del niño si no ha pasado, al menos, un año desde su acogimiento, o desde el acogimiento de algún otro menor incorporado a la familia.

De cómo se regulen todas estas cuestiones y de la forma en la que se combinen dependerá el modo en que se lleven a cabo estas transiciones y que sea más o menos fácil o posible mantener la estabilidad y la continuidad en el cuidado en los casos en los que esto sea lo más beneficioso para el niño.

4.2.2. Análisis de la regulación vigente

Aunque no es sencillo extraer modelos normativos, porque existe una gran variedad en la regulación que se hace de esta cuestión por las distintas Comunidades Autónomas y en cómo se combinan los elementos clave que la componen, es posible distinguir tres modos de regularla:

1.- Comunidades que permiten expresamente o recogen en su legislación factores que flexibilizan claramente la transición del acogimiento familiar a la adopción permaneciendo bajo el cuidado de la misma familia en los casos en los que esto sea adecuado al ISN.

Dentro de este modelo se encuentran territorios como el Principado de Asturias, Canarias, Cataluña, Extremadura, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana, que concretan esta flexibilidad de distintas formas a través del uso de una o varias de estas posibilidades: la adopción sin necesidad de ofrecimiento previo, la adopción de un niño

concreto en casos de relación previa relevante, y la preferencia de acogedores o personas con convivencia o relación previa en la valoración/selección de la familia adoptante.

Las comunidades de Navarra, País Vasco y Valencia regulan en sus normas autonómicas la propuesta de adopción sin ofrecimiento previo. Esta posibilidad supone que, en los casos en los que exista una relación tal entre el niño y una persona o pareja determinada, que aconseje que se constituya entre ellos una adopción, se elevará propuesta en este sentido, y sólo se hará tal propuesta cuando se cuente con el consentimiento de los posibles adoptantes y se haya valorado su idoneidad para la adopción. De manera que, en estos casos, la preparación y la valoración para la idoneidad tendrán como objetivo comprobar que esa familia concreta reúne las condiciones adecuadas para esta adopción en particular, sin que sea declarada idónea para ninguna otra, haciéndose para ello las adaptaciones necesarias en el procedimiento⁶⁷.

En Asturias, Canarias y La Rioja, la apertura a la posibilidad de permanecer bajo el cuidado de la misma familia viene facilitada por la regulación de la adopción de un niño concreto que ya conviva con los solicitantes de adopción (Asturias), con el que exista una relación de proximidad especialmente cualificada (La Rioja) o en los casos previstos expresamente por la ley de adopción por parte de los acogedores (Canarias)⁶⁸. La posibilidad de adopción de un niño concreto aparece contemplada, también, en la legislación de Castilla la Mancha, aunque de forma menos clara, ya que en esta comunidad se excluye expresamente la posibilidad de ofrecimientos simultáneos para el acogimiento y la adopción⁶⁹, y la ley establece que las solicitudes de adopción de un niño concreto serán objeto de estudio previo antes de su tramitación, y podrán ser denegadas cuando la adopción no esté debidamente justificada⁷⁰. Entre las comunidades que prevén o priorizan para la adopción a los acogedores o personas con convivencia o relación previa en la valoración/selección de la familia adoptante se encuentran el Principado de Asturias y las comunidades de Canarias, Cataluña, Extremadura, La Rioja y Madrid.

En Asturias y La Rioja, además de estar regulada la posibilidad de adoptar a un niño concreto con el que existiera convivencia o relación de proximidad previa, la legislación vigente menciona la preferencia de los familiares o acogedores de hecho del niño en la selección de los adoptantes, siempre que demuestren capacidad para su atención y desarrollo integral

⁶⁷ Art. 147.2, Ley Foral Navarra 12/2022. Art. 264, Ley 2/2024 del País Vasco. Art. 151, Ley 26/2018 de la Comunidad Valenciana.

⁶⁸ Art. 28, Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de acogimiento familiar y protección de menores del Principado de Asturias; Art. 11, Decreto 31/2007, de 25 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de intervención administrativa en materia de adopción de La Rioja; Art. 22.2, Decreto 137/2007, de 24 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el registro de adopción en la Comunidad Canaria.

⁶⁹ Art. 27, Decreto 4/2010, de 26 de enero, de protección social y jurídica de los menores de Castilla la Mancha.

⁷⁰ Art. 5.7, Decreto 45/2005, de 19 de abril, por el que se regula la adopción de menores en la comunidad de Castilla la Mancha.

(Asturias)⁷¹, y de los solicitantes de adopción que *“hayan mantenido con el menor una especial y cualificada relación previa, prolongada en el tiempo y acreditada como beneficiosa para este”* (La Rioja)⁷².

En este mismo sentido, la comunidad canaria prevé, por una parte, la posible declaración de idoneidad como adoptantes de un menor de los parientes en tercer grado colateral o personas unidas al mismo por una vinculación especial que lo tengan acogido⁷³. Por otro lado, permite la adopción por parte de los acogedores cuando el acogimiento sea permanente, haya durado al menos tres años, existan informes de seguimiento favorables y el menor se encuentre en situación jurídica de ser adoptado⁷⁴. Como hemos mencionado, la legislación canaria regula la adopción del niño concreto de acuerdo con esta posibilidad.

El Código Civil catalán y la normativa autonómica de protección a la infancia y la adolescencia de Cataluña, prevén expresamente la posibilidad de que los acogedores puedan adoptar a los niños acogidos, tanto en casos de acogimiento simple como de acogimiento permanente, cuando las circunstancias hayan cambiado y se considere que ya no es posible el retorno con la familia de origen. Se menciona, en concreto, que este cambio puede ocurrir cuando se produzca alguna de las circunstancias del acogimiento preadoptivo u otras que imposibilitan el retorno en casos de acogimiento simple, y cuando cambian las circunstancias que no hicieron posible la constitución de un acogimiento preadoptivo en los acogimientos permanentes⁷⁵.

En la Comunidad de Madrid es clara la opción por el mantenimiento con la misma familia en caso de plantearse una propuesta de adopción para un niño que estaba previamente acogido. Así, la legislación establece que, cuando sea necesario un cambio en el tipo de acogimiento o en la medida de protección, la familia acogedora podrá ofrecerse y tendrá prioridad (tanto en

⁷¹ Art. 8, Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de acogimiento familiar y protección de menores.

⁷² Art. 37, Decreto 31/2007, de 25 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de intervención administrativa en materia de adopción de La Rioja.

⁷³ Art. 18.1, Decreto 137/2007, de 24 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el registro de adopción en la Comunidad Canaria.

⁷⁴ Art. 18.2, Id.

⁷⁵ Art. 235-32.2, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; Arts. 114.7, 115.4, Decreto 63/2022, de 5 de abril, de los derechos y deberes de los niños y adolescentes en el sistema de protección, y del procedimiento y las medidas de protección a la infancia y la adolescencia en Cataluña. A esta regulación vigente, se une la existencia de una propuesta de reforma de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia, por la que se añadiría al art. 147, en el que se regula el acogimiento familiar preadoptivo, un apartado 2 bis con el siguiente texto: *“En los casos en los que exista una medida previa de acogimiento, en cualquiera de sus modalidades, en atención a la estabilidad del menor, su interés superior y los vínculos generados con la familia de acogida, debe ofrecerse a la familia de acogida convertirse en familia de acogimiento preadoptivo. Este ofrecimiento se debe realizar antes de considerar a cualquier otra familia para la adopción, siempre que esta opción sea coherente con el interés superior del menor y contribuya a su estabilidad emocional y desarrollo integral”*, Proposició de llei de modificació de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, per a garantir els drets dels menors en acolliment. BOPC 68, de 23 de octubre de 2024.

el ofrecimiento como en la asignación) para que el niño continúe bajo su cuidado, siempre que esto resulte acorde a su interés superior, solicitando, si fuera necesario para ello, la actualización de su idoneidad⁷⁶.

No se regula en este caso la adopción de un niño concreto, pero la admisión expresa de los ofrecimientos simultáneos para el acogimiento y la adopción, y el modo en que se recoge específicamente el tránsito entre ambas medidas no lo hace necesario, ya que el sistema cuenta con la flexibilidad suficiente para permitir la permanencia en los casos en los que resulte adecuada al ISN.

La legislación de la comunidad de Extremadura incorpora la prioridad de los acogedores para la adopción, pero con algunas limitaciones. Así, se contempla, como caso especial para la tramitación de la idoneidad para la adopción, el de los niños acogidos por parientes en tercer grado colateral, personas con las que exista una vinculación especial y menores sobre los que se haya formalizado una medida de acogimiento permanente cuando la adopción sea promovida por los acogedores. En este último caso, se exige que el acogimiento haya durado al menos tres años y existan informes positivos de seguimiento. En estos supuestos, el procedimiento de adopción se llevará a cabo sin realizar selección de familias, y, directamente, se dictará resolución de delegación de guarda con fines de adopción en favor de la familia extensa o los acogedores⁷⁷.

Quedan, por tanto, fuera de esta posibilidad los niños declarados adoptables y que lleven en acogimiento menos de tres años. En estos casos los criterios de selección de la familia adoptante serán los habituales, que tienen en cuenta: las garantías para la integración y el desarrollo del niño que puedan ofrecerse, el ajuste al intervalo de edad recogido en el ofrecimiento, la lejanía de la localidad de residencia de la familia biológica y cualquier otro criterio técnico que, debidamente justificado, deba aplicarse para favorecer la futura y óptima integración del menor. En igualdad de condiciones, el criterio a aplicar para la selección será la antigüedad del expediente⁷⁸.

En ninguna de estas comunidades, salvo en Madrid, se menciona expresamente la posibilidad de los dobles ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, y en casi todas ellas existen dos registros o secciones diferentes para inscribir los ofrecimientos para adoptar y para acoger, lo que podría suponer un inconveniente. Sin embargo, la imposibilidad de mantener

⁷⁶ Arts. 95.3 y 118.1, Ley 4/2023, de la Comunidad de Madrid.

⁷⁷ Arts. 19.1 y 51.2, Decreto 101/2018, de 3 de julio, por el que se regula la actuación de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de adopción de menores.

⁷⁸ Art. 52, Decreto 101/2018, de 3 de julio, por el que se regula la actuación de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de adopción de menores. Aunque se recoge la posibilidad de obviar el criterio de antigüedad en algunos casos (hermanos acogidos o adoptados por la misma familia o menores con necesidades especiales o propuestos para una adopción abierta), no se encuentra entre ellos el de los niños acogidos previamente por la familia.

al niño con la misma familia a la que podrían llevar estas circunstancias queda compensada por los mecanismos expuestos y por el papel subsidiario que juega la antigüedad a la hora de seleccionar a las familias adoptantes. Todas ellas priorizan, además de a los acogedores cuando esta posibilidad está regulada, a las familias que, en función de las características y necesidades de los niños, puedan ser más idóneas y a las que ofrezcan más garantías de integración y desarrollo⁷⁹.

También en todas ellas se recoge la prioridad de los miembros de la familia extensa y otros allegados con relación previa a la hora de seleccionar a los posibles acogedores en situaciones de acogimiento familiar⁸⁰. Como hemos visto, en estos territorios, este criterio utilizado en el acogimiento de, en la medida de lo posible y cuando así lo aconseje el ISN, mantenerlo en su entorno de desarrollo y a cargo de figuras adultas de referencia cercanas, se mantiene en los casos en los que produce un cambio de medida desde el acogimiento a la adopción.

A pesar de que, como ha quedado expuesto, según el contenido de sus normas, las Comunidades de Canarias y Valencia son territorios en los que en la transición del acogimiento a la adopción no existen obstáculos legales para el mantenimiento de los niños con la misma familia, sí existen resoluciones judiciales que, en los últimos años, han negado esta posibilidad⁸¹. Estas situaciones ponen de manifiesto la necesidad de revisar la interpretación que se está haciendo de las normas, tanto desde los técnicos de protección de menores, como desde la fiscalía y en juzgados y tribunales.

2.- Comunidades que prohíben o dificultan estos cambios. Este prohibir o dificultar se concreta, entre otros modos, a través de la prohibición expresa de adopción por parte de los

⁷⁹ Art. 8, Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de acogimiento familiar y protección de menores del Principado de Asturias; Art. 51, Decreto 137/2007, de 24 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el registro de adopción en la Comunidad Autónoma de Canarias; Arts. 150.2, 150.3, Ley Foral 12/2022; Art. 262, Ley 2/2024 del País Vasco; Art. 148, Ley 26/2018, de la Comunidad Valenciana;

⁸⁰ Art. 46, Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias; Art. 3, Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de acogimiento familiar y protección de menores en el Principado de Asturias; Art. 61.2, Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la Comunidad Autónoma de Canarias; Art. 23.3, Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las situaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias; Arts. 7.3, 32.2, 34, Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura; Art. 84, Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Arts. 95.3 y 98, Ley 4/2023, de 22 de marzo, de derechos, garantías y protección integral de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; Art. 129, Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad de Navarra; Art. 40, Decreto 179/2018, de 11 de diciembre, por el que se regula el acogimiento familiar en el País Vasco; Arts. 127 y 129, Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.

⁸¹ Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 90/2023, de 9 de febrero (JUR\2023\129377); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 606/2023, de 25 de octubre (JUR\2024\41978); Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 588/2023, de 30 de octubre de 2023 (JUR\2023\549493)

acogedores o el establecimiento de un criterio de selección de las familias adoptantes basado en la antigüedad en la inscripción en un registro específico para la adopción, al que no tienen acceso los acogedores. Dentro de este modelo se encuentran comunidades como Islas Baleares, Castilla y León⁸², Galicia⁸³ y Murcia⁸⁴.

En estos territorios podemos encontrar distintos grados de dificultad para tramitar la adopción por parte de la familia acogedora en los casos en los que esto pueda resultar acorde con el ISN. Sin embargo, todos ellos coinciden en no regular o admitir ninguno de los caminos más directos hacia esta transición: no reconocen ninguna prioridad para adoptar a las familias que hayan sido acogedoras del niño, o que hayan tenido con él una relación previa cualificada o relevante; no contemplan la adopción sin ofrecimiento previo y, en general, no regulan la adopción de un niño concreto. Entre ellas, Castilla y León regula esta última cuestión con mayor detalle y establece en su legislación que no es posible presentar una solicitud de adopción para un niño concreto, aunque exista una especial y cualificada relación previa por razón de parentesco, convivencia o acogimiento previos, salvo en los casos en los que se trate de menores con características o necesidades especiales y el acogimiento se constituya después de que el niño haya sido declarado adoptable y no se haya encontrado familia adoptiva adecuada entre los solicitantes de adopción en lista de espera⁸⁵.

Tampoco contemplan los dobles ofrecimientos para acoger y adoptar, o, incluso, los prohíben expresamente. La prohibición expresa se recoge en la legislación castellanoleonesa, que establece que los solicitantes de adopción no podrán ofrecerse para el acogimiento familiar salvo en casos de menores que presenten circunstancias o necesidades especiales, y que la presentación de un ofrecimiento para adoptar después de haber realizado uno para acoger determinará que éste quede sin efecto⁸⁶.

Otro de los obstáculos importantes se plantea en relación con los criterios para seleccionar a las familias adoptivas. Todas estas comunidades mencionan en su legislación, como criterio a tener en cuenta, la antigüedad en la inscripción de los ofrecimientos de los declarados idóneos para la adopción y le conceden un importante lugar. Otros criterios, tales como las circunstancias y necesidades particulares de los niños, las posibilidades de integración y desarrollo que pueden ofrecer las familias o la relación, el acogimiento o la convivencia

⁸² Excepto para los niños con necesidades especiales, para los que existe algo más de flexibilidad.

⁸³ La Valedora do Pobo gallego ha recogido en sus informes la necesidad de revisar estas prácticas de “corte limpio”, que suponen la separación radical y definitiva del niño y la familia acogedora cuando se inicia un acogimiento preadoptivo u otra medida de tutela, reconociendo que en otras comunidades autónomas están abiertamente desaconsejadas. Valedora do Pobo de Galicia, Informe Anual 2022, www.valedoradopobo.gal, p. 272.

⁸⁴ Excepto para los mayores de dieciocho meses y niños con necesidades especiales, en los que, existe un poco más de flexibilidad.

⁸⁵ Art. 7.2, 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 en Castilla y León.

⁸⁶ Art. 17.3, Id.

previos, no se recogen o se combinan con el criterio de la antigüedad de distintas formas, en ocasiones algo confusas.

Así, en la legislación balear se establece que, en caso de declararse adoptable a un niño, se seleccionará a la familia adoptante eligiendo, de entre las que tengan un perfil adecuado para el menor según sus características, a la primera de la correspondiente lista. La mezcla de criterios relacionados con las necesidades del niño y la antigüedad en la inscripción resulta poco clara, pero la necesidad de estar inscrito en el registro de familias idóneas para la adopción con antigüedad suficiente dificulta de manera importante la selección de quienes, en principio, se ofrecieron y fueron declarados idóneos e inscritos para el acogimiento⁸⁷.

En Castilla y León, los criterios de selección combinan también estos elementos, pero establecen diferencias en función de la edad de los niños⁸⁸. Si los menores tienen menos de dieciocho meses de edad, se seguirá el orden cronológico de antigüedad en las solicitudes de los que hayan sido declarados idóneos para la adopción, aunque cabe priorizar composiciones familiares que permitan que el menor tenga *“figuras de referencia y apoyo plurales en un entorno de convivencia biparental”* y a los matrimonios o parejas que convivan, frente a los ofrecimientos presentados por una sola persona.

Cuando los menores superen los dieciocho meses de edad o presenten características, circunstancias o necesidades especiales, se establece como primer criterio las condiciones y garantías que ofrezcan los solicitantes para asegurar la adecuada integración y el óptimo desarrollo del niño. Este criterio podrá complementarse con los de antigüedad y composición familiar.

Con respecto a Galicia, la antigüedad es claramente el criterio a seguir en los supuestos en los que se trate de un menor de un año sin *“ningún problema de salud, deficiencia significativa o circunstancia especial que requiera un tratamiento diferenciado”*. En estos casos se seleccionará a los solicitantes de adopción que se encuentren en primer lugar en la lista del registro de adopciones.

⁸⁷ Art. 31.1, Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de la idoneidad: *“Cuando un menor necesite integración familiar mediante una adopción, los equipos técnicos de la entidad pública competente han de proponer que se asigne a una de las familias inscritas en el registro correspondiente calificadas como idóneas, de acuerdo con el procedimiento siguiente: a) Es preciso determinar las características específicas del menor que se ha de beneficiar de la adopción. Según estas características, se determinarán las que idealmente debe tener la familia, así como su perfil a fin de que sean las más adecuadas al menor. b) Se analizarán las familias inscritas en el registro por orden cronológico de inscripción, descartando las que no se adapten al perfil prefijado. c) De las solicitudes restantes, ha de buscarse la primera que cumpla el perfil actualizando la situación en relación con las circunstancias y necesidades del menor”*.

⁸⁸ Art. 39, 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 en Castilla y León.

Para los mayores de un año o niños con algún tipo de dificultad especial, se combinan como criterios a tener en cuenta la adecuación a las necesidades y características del menor, la antigüedad de la solicitud y la edad de los solicitantes de un modo algo complejo, estableciendo que se seleccionará *“de entre los solicitantes de su provincia declarados idóneos que le remita el encargado del registro (de adopciones), los que más se adecúen a las características o circunstancias del menor. La selección se hará de acuerdo con los criterios de preferencia siguientes: 1º orden cronológica de solicitud y 2º edad de los solicitantes”*⁸⁹. No parece quedar muy clara la importancia que se le otorga a cada uno de los criterios y cuál de ellos es prioritario.

Más allá de la legislación vigente, en la comunidad gallega existe un importante impedimento relacionado con los procedimientos administrativos, ya que, al firmar los contratos de acogimiento, la familia acogedora se compromete a no solicitar la adopción del menor acogido⁹⁰.

En la Región de Murcia también se establecen diferencias en la selección de los acogedores con fines de adopción en función de la edad del niño. En los casos en los que tenga menos de dieciocho meses, se seguirá el criterio de la antigüedad de las solicitudes de los declarados idóneos, aunque este orden puede verse alterado si los solicitantes no permiten garantizar el seguimiento, supervisión y apoyo de la entidad pública⁹¹.

Cuando los niños tienen más de dieciocho meses de edad o presentan características, circunstancias o necesidades especiales, se propondrá para la adopción a quienes ofrezcan las mejores condiciones y garantías para asegurar una adecuada integración y óptimo desarrollo, utilizándose subsidiariamente el criterio de la antigüedad.

Además, se declaran preferentes los ofrecimientos en los que la diferencia de edad entre los acogedores con fines de adopción y el niño no sea superior a 42 años, los de quienes no hayan manifestado prioridad alguna en relación con la raza, sexo o etnia del menor, y los de personas o familias que sean los acogedores o adoptantes de un hermano del niño sobre cuya adopción se está decidiendo. Por el contrario, *“no se considera preferentemente”* a quienes se ofrezcan sin que haya transcurrido un año desde que hayan tenido un hijo biológico, iniciado un acogimiento previo a la adopción o una adopción internacional.

A estos criterios de selección, con la importancia que otorgan a la antigüedad, en todas estas comunidades se une la existencia de dos registros o secciones diferentes para inscribir a

⁸⁹ Art. 82.1, Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia de Galicia.

⁹⁰ Así se recoge en el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia 120/2020, de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 22 de mayo de 2020 (JUR\2020\223228)

⁹¹ Art. 23, Decreto 372/2007, de 30 de noviembre, de procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia.

quienes han sido declarados idóneos para acoger y para adoptar. Como ya hemos mencionado, esta combinación refuerza aún más los obstáculos a la posibilidad de mantener al niño con la misma familia en los casos en los que esto obedezca a su interés superior, ya que los acogedores nunca estarán inscritos en el registro de adoptantes con la antigüedad suficiente como para ser seleccionados.

Resulta llamativo que en Castilla y León y en Baleares sí que se contempla la prioridad de familia extensa, personas con la que el menor tenga una previa y positiva relación y otros allegados con capacidad suficiente para hacerse cargo de su cuidado para ser seleccionados para un acogimiento familiar⁹². Esta apuesta por la continuidad en el cuidado, sin embargo, no existe en la regulación de la transición del acogimiento a la adopción.

3.- Comunidades que no abordan la cuestión de un modo claro, pero no recogen impedimentos normativos insalvables para que el niño pueda mantenerse en la misma familia en caso de que esto responda a su interés superior. En estos territorios no se excluyen expresamente los ofrecimientos simultáneos para la adopción y el acogimiento, se utilizan criterios de selección de las familias adoptivas basados, principalmente, en las posibilidades de integración y desarrollo que ofrecen al niño (y sólo subsidiariamente en la antigüedad de las inscripciones de las solicitudes), y se apuesta por la continuidad en el cuidado en la selección de las familias acogedoras, priorizando a los miembros de la familia extensa o personas con relación previa, dejando ver, de este modo, la importancia que se otorga al mantenimiento de los niños en el entorno en el que venía desenvolviéndose su vida. Dentro de este modelo se encuentran comunidades como Andalucía, Aragón, Cantabria y Castilla la Mancha.

En la legislación andaluza no existen impedimentos normativos para que, en los casos en los que resulte acorde con el ISN, pueda producirse la adopción por parte de la familia acogedora, aunque tampoco se pueden encontrar normas que favorezcan especialmente este tipo de transición.

Por una parte, no encontramos obstáculos claros, puesto que no se prohíbe la adopción por parte de los acogedores, ni la valoración de su idoneidad para un proyecto adoptivo. Por otro lado, tampoco se permite expresamente o se favorece la permanencia del niño con la misma familia en caso de cambio de medida, puesto que no se recoge su prioridad o preferencia para

⁹² En el caso de Baleares, se recoge la preferencia para el acogimiento de familias cercanas al entorno del menor, incluso cuando lo exista con él relación de parentesco (se menciona expresamente a vecinos o amigos de la familia), arts. 7 y 9, Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de la idoneidad en las Islas Baleares. Art. 93.3, Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León. Arts. 13 d), 40 a), Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o desamparo en Castilla y León.

la adopción en caso de considerarse esta adecuada al ISN, ni se regula la posibilidad de adopción de un niño concreto o la adopción sin ofrecimiento previo.

Sin embargo, resultan reseñables, como elementos favorecedores de la permanencia en el cuidado, que están permitidos los ofrecimientos y las valoraciones simultáneos para el acogimiento y la adopción⁹³, y que al recoger los criterios a emplear para seleccionar a la familia adoptante de entre todas las consideradas idóneas, se menciona que se propondrá la constitución del acogimiento preadoptivo o la adopción *“a los solicitantes que ofrezcan mayores posibilidades para la integración familiar y el óptimo desarrollo del menor”*, en función de su historia y sus características personales⁹⁴. Se reconoce, además, la prioridad para adoptar de la familia extensa en casos de igualdad en la valoración (una clara apuesta por la continuidad en el cuidado, tal y como ocurre, también, en la selección de los acogedores⁹⁵), y se menciona la antigüedad en la inscripción en el Registro de Solicitantes de Acogimiento y Adopción de Andalucía (en esta Comunidad Autónoma existe un único registro) como criterio a emplear únicamente cuando, aplicados los anteriores, se produzcan situaciones de evidente similitud⁹⁶.

La normativa vigente en la comunidad aragonesa no favorece particularmente ni establece prohibiciones expresas que imposibiliten la permanencia del niño con la misma familia en caso de cambio de medida del acogimiento familiar a la adopción, pero sí regula algunas cuestiones de modo que esta transición se puede ver dificultada aun en los casos en los que se considere positiva, ya que no permite ofrecimientos simultáneos para el acogimiento y la adopción⁹⁷, y no contempla ni la adopción sin ofrecimiento previo, ni la adopción de un niño concreto, lo que puede suponer un obstáculo importante a la adopción por parte de los acogedores. Tampoco admite ofrecimientos para la adopción hasta transcurrido al menos un año desde la incorporación de un menor a la familia por acogimiento, adopción o nacimiento, cuestión que, de modo más indirecto y en función de cómo sea interpretado este requisito, también puede influir en algunos casos en este tipo de cambios⁹⁸.

Pese a la existencia de estos obstáculos, la legislación de Aragón establece, que, a la hora de seleccionar a la familia adoptante, el criterio a tener en cuenta será el ISN, que será valorado teniendo en cuenta sus características, circunstancias, antecedentes y necesidades, así como las posibilidades de integración familiar y óptimo desarrollo que puedan ofrecer los

⁹³ Art. 100.4, Ley 4/2021, de 27 de julio, de infancia y adolescencia de Andalucía.

⁹⁴ Art. 37, Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción de Andalucía.

⁹⁵ Arts. 31 y 34, Decreto 282/2002, Id.

⁹⁶ Art. 37, Decreto 282/2002, Id.

⁹⁷ Art. 74.2, Decreto 190/2008, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo y desamparo en Aragón.

⁹⁸ Art. 9.1, Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores en Aragón.

adoptantes al menor, quedando la antigüedad en la inscripción en la sección correspondiente del registro como criterio a aplicar únicamente en casos de evidente similitud⁹⁹.

En la de familias para el acogimiento, la legislación en Aragón sí manifiesta la preferencia por la familia extensa o por personas vinculadas con el menor o su familia por una especial y cualificada relación, apostando en este contexto por el entorno cercano del niño y por lograr que su cuidado quede garantizado con los menores cambios de entorno posibles¹⁰⁰.

La normativa vigente en Cantabria también establece la prioridad de los acogedores de hecho, parientes u otras personas vinculadas al menor a la hora de seleccionar a una familia para el acogimiento. Sin embargo, cuando se trata de seleccionar a una familia adoptiva, se combinan varios criterios, estableciendo diferencias en función de la edad de los niños, y no se prevé la prioridad de los acogedores (de hecho, o de derecho).

Así, para niños mayores de doce meses, grupos de hermanos o menores con especial dificultad, se tendrán en cuenta las posibilidades para la integración y el desarrollo del menor que puedan ofrecer los adoptantes, en función de sus características y su historia personal. A igualdad de condiciones, el criterio a emplear será la antigüedad en la inscripción de la solicitud en la sección de adopciones del registro. No se establecen, sin embargo, criterios de selección específicos para la adopción de niños menores de doce meses.

No se regulan la adopción de un niño concreto, los ofrecimientos simultáneos, o la adopción sin acogimiento previo.

La legislación de Castilla la Mancha excluye la posibilidad de realizar dobles ofrecimientos al rechazar la posibilidad de ofrecerse para acoger a un niño cuando se esté tramitando un procedimiento de adopción, se haya obtenido una declaración de no idoneidad o se haya rechazado injustificadamente una asignación adoptiva. De igual manera, la presentación de una solicitud de adopción dejará sin efecto la solicitud de acogimiento previo, así como la inscripción en el registro de familias acogedoras. Esta regulación refleja un rechazo claro hacia los dobles proyectos de acogimiento y adopción y hacia las transiciones de las familias de una medida a otra¹⁰¹.

A esta regulación de los ofrecimientos se unen unos criterios más bien confusos en relación con la selección de las familias adoptantes. Con respecto a esta cuestión se establece que, para realizar esta elección, se examinarán las familias inscritas en el registro de adopción (en esta comunidad también existen registros diferentes para las familias acogedoras y las

⁹⁹ Art. 27, Decreto 188/2005, Id.

¹⁰⁰ Arts. 76.2 y 81, Decreto 190/2008, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo y desamparo en Aragón.

¹⁰¹ Art. 27, Decreto 4/2010, de 26 de enero, de protección social y jurídica de los menores de Castilla la Mancha.

adoptantes) por orden de antigüedad y, descartadas las que no se adapten a las características del menor, se analizará a las familias inscritas y se propondrá a aquella que mejor se ajuste a las necesidades del niño. Esta combinación de la adecuación a las necesidades y la antigüedad en la inscripción resulta difícil de comprender, pero, en cualquier caso, resulta claro que no recoge una preferencia por las personas que pudieran tener una relación previa con el niño¹⁰². Tampoco se menciona la prioridad de la familia extensa o de personas con relación previa de cara a ser seleccionado para un acogimiento familiar.

Aunque se rechaza la posibilidad de dobles proyectos de acogimiento y adopción, y los criterios de selección son poco claros y parecen más bien basados en la antigüedad en el registro de familias adoptivas, sí se recoge, en cambio, la posibilidad de solicitar la adopción de un niño concreto, estableciendo que estas solicitudes serán objeto de estudio previo antes de su tramitación, y podrán ser denegadas cuando la adopción no esté debidamente justificada¹⁰³. Quizá a través de esta vía sería posible realizar la transición del acogimiento a la adopción manteniendo al niño con la misma familia en los casos en los que esto resulte adecuado al ISN.

En la normativa castellanomanchega se recoge, también, que, con carácter general, será necesario esperar al menos un año desde la última incorporación de un niño a la familia para poder constituir una adopción¹⁰⁴.

5. CONCLUSIONES

Del análisis del modo en que se regula la transición del acogimiento familiar a la adopción en el ordenamiento jurídico español podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.- Es necesario replantear el modo en que se realizan este tipo de cambios teniendo en cuenta la regulación, la interpretación doctrinal y la aplicación por parte de la jurisprudencia del ISN a las cuestiones que tienen que ver con la protección de menores. Para ello es preciso tener en cuenta, particularmente, la importancia de la estabilidad en el cuidado y la especial trascendencia que tiene el paso del tiempo en los niños.

2.- Conviene examinar las diferencias en los criterios empleados en la toma de decisiones para proteger a los niños frente a las situaciones inestables de cuidado y los cambios en el entorno vital y las figuras de referencia en supuestos de protección de menores por parte del sistema, crisis matrimoniales y sustracción internacional de menores. Teniendo en cuenta el ISN y la normativa internacional, nacional y autonómica, no parece existir suficiente justificación para tales diferencias.

¹⁰² Art. 27.2, Decreto 45/2005, de 19 de abril, por el que se regula la adopción de menores de Castilla la Mancha.

¹⁰³ Art. 5.7, Decreto 45/2005, Id.

¹⁰⁴ Art. 26, Decreto 45/2005, Id.

3.- La legislación vigente en España no recoge, en general, grandes impedimentos para que la transición entre el acogimiento familiar y la adopción pueda realizarse manteniendo al niño con la misma familia, en los casos en los que esto responda a su interés superior.

Mayoritariamente, las normas de protección de menores se muestran flexibles frente a esta posibilidad siempre que exista propuesta favorable de la entidad pública, sin embargo, se pueden identificar algunos obstáculos claros, tanto en la regulación estatal como en algunas Comunidades Autónomas, que es necesario eliminar.

4.- A pesar de los pocos obstáculos normativos existentes, sí hay dificultades prácticas en el mantenimiento de los niños con la misma familia. Estos impedimentos no son, como hemos mencionado, mayoritariamente normativos, por lo que es preciso revisar la interpretación y aplicación que se está haciendo de las normas vigentes, así como, en la medida de lo posible, clarificar en los textos legales esta posibilidad, para que no haya lugar a interpretaciones que resulten contrarias al interés superior de los niños implicados.

6. PROPUESTAS DE CAMBIO

A la vista de todo lo expuesto, y con la intención de incorporar plenamente el principio del ISN a la toma de decisiones sobre la permanencia, o no, con la misma familia en los casos de transición del acogimiento familiar a la adopción, se recogen a continuación algunas propuestas de mejora en la regulación y los procedimientos que tienen que ver con estos cambios.

6.1. *Propuestas generales*

- Evitar planteamientos legales que resten al sistema la flexibilidad necesaria para satisfacer en cada caso concreto el ISN: es necesario contar con normas que permitan elegir para cada supuesto la mejor solución, incluyendo la posibilidad de permanecer bajo el cuidado de la misma familia cuando el cambio desde el acogimiento familiar a la adopción sea lo más adecuado. Es necesario evitar que el tránsito desde el acogimiento a la adopción con la misma familia esté legalmente bloqueado.
- Cumplir los plazos máximos de cuidado temporal previstos por la ley, particularmente los plazos máximos establecidos para el acogimiento de urgencia y el acogimiento temporal. El respeto de los tiempos resulta fundamental, porque el transcurso de plazos largos (teniendo en cuenta la edad de los niños) puede consolidar situaciones que después no sea recomendable modificar por los perjuicios que esto puede suponer para el menor. Si se altera la temporalidad de los acogimientos, se alteran sus funciones y se debe flexibilizar la valoración de la posibilidad de permanencia con la misma familia en atención al ISN.

- Trabajar de forma adecuada e intensa con las familias de origen durante los plazos de cuidado temporal establecidos en función de cada caso concreto, empleando para ello la figura de la declaración de riesgo, regulada en la legislación estatal y en las normas autonómicas relativas a la protección de menores aprobadas desde el año 2015. Flexibilizar la transición hacia medidas de cuidado definitivas sin ofrecer la oportunidad real de que las familias biológicas se recuperen en sus funciones protectoras supone, también, actuar en contra del ISN.
- Preparar los sistemas de protección para la admisión de ofrecimientos amplios en relación con el cuidado de menores, abandonando planteamientos en los que acogimiento y adopción sean las únicas opciones posibles y sean gestionadas sin comunicación posible entre ellas. Es necesario abrirse a nuevas soluciones y a formas de cuidado diferentes.

6.2. *Propuestas concretas en el ámbito estatal*

- Flexibilizar la diferencia de edad máxima entre adoptantes y adoptado (establecida en 45 años por el art. 175.1 del Código Civil), de modo que se incluyan entre las excepciones los casos en los que existiera convivencia, acogimiento familiar o relación previa cualificada y positiva para el menor.
- Introducir la prioridad de los acogedores familiares, allegados o personas con una relación previa cualificada y positiva con el menor, en la valoración y selección de familias adoptantes, siempre que resulten idóneos y adecuados para la adopción del niño acogido. Y/o incluir entre los derechos del niño en acogimiento familiar el derecho a la continuidad en el cuidado como parte de su interés superior, y a que, en caso de ser necesario un cambio en la medida de protección, se considere la posibilidad de permanecer con la misma familia de acuerdo con el ISN.
- Introducir en la regulación del acogimiento familiar, junto con la prioridad en la valoración y selección de la familia extensa, la de allegados o personas con relación previa cualificada y positiva con el menor, protegiendo así de modo más completo la posibilidad de permanencia en el cuidado cuando sea resulte acorde con el ISN.

6.3. *Propuestas concretas en el ámbito autonómico*

- Introducir en la legislación de las distintas Comunidades Autónomas los cambios necesarios para mantener abierta la posibilidad de transitar del acogimiento familiar a la adopción permaneciendo bajo el cuidado de la misma familia, para poder emplearla en los casos en los que se estime conveniente para el ISN. Para ello se propone:
 - Eliminar de la normativa autonómica las prohibiciones expresas de adoptar por parte de los acogedores familiares, así como los compromisos de no adopción

del niño acogido de las prácticas administrativas en los procedimientos de acogimiento familiar.

- Combinar de forma adecuada y coherente para evitar la existencia de impedimentos legales a este tipo de transiciones los siguientes elementos:
 - Los ofrecimientos simultáneos para el acogimiento y la adopción.
 - La posibilidad de ofrecerse para la adopción de un niño concreto en los casos en los que exista acogimiento, convivencia o relación significativa previa, y/o regular la posibilidad de adopción sin ofrecimiento previo para estos supuestos.
 - La inclusión del acogimiento, la convivencia o la relación significativa previa como criterio de selección de las familias adoptantes.
 - El uso de la antigüedad en los ofrecimientos o inscripciones en los registros de forma subsidiaria, de modo que se utilice únicamente en ausencia de otros criterios. Junto al uso subsidiario y residual de la antigüedad como criterio, el establecimiento de un único registro de familias que se ofrecen para el acogimiento y/o la adopción.
- Eliminar los diferentes criterios de selección de familias adoptantes en función de la edad de los niños, que restan flexibilidad a la posibilidad de tomar decisiones en función del caso concreto. La edad no debe ser, por sí misma, una barrera para poder tomar determinadas decisiones si resultan acordes con el interés del menor.
- Eliminar los plazos mínimos de acogimiento familiar para que los acogedores puedan optar o ser valorados de forma preferente para la adopción del niño. Que el acogimiento, necesariamente, deba haber durado al menos un determinado tiempo resta flexibilidad al sistema y a la posibilidad de tomar decisiones en función del ISN, e impide valorar el tiempo transcurrido de manera distinta en función de la edad del niño.
- Prestar especial atención a la interpretación y aplicación que se hace de las directrices y criterios establecidos en la legislación vigente, tanto por parte de técnicos de protección de menores como por parte de jueces y fiscales, con el fin de evitar que aparezcan barreras insalvables donde la ley no las establece.

BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. “El acogimiento familiar español ante el Tribunal de Estrasburgo”, en DUPLÁ MARÍN, M.T. (dir), *Cuestiones actuales del Derecho de familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- “El interés superior del niño”, en GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Protección a la infancia: retos pendientes y propuestas de mejora*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010.

- Resolución sobre los derechos del niño, 20 de enero de 2020. A/RES/74/133.

BRONFENBRENNER, U., MORRIS, P.A., “The ecology of developmental processes”, en R.M. LERNER (Ed.), *Handbook of child psychology*, 1998, pp. 993-1028.

CARDONA LLORENS, J., “El interés superior del niño a los cuatro años de aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño”, En SANZ CABALLERO, S., *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, 2013.

GARCÍA RUBIO, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, agosto 2020.

GÓMEZ BENGOCHEA, B., BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., “El derecho del niño a vivir en familia”, *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, Nº 130, 2007.

MINISTERIO DE JUVENTUD E INFANCIA, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia*, nº 26.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración de Derechos del Niño*, 1959.

PALACIOS, J., ADROHER, S., BRODZINSKY, D. M., GROTEVANT, H. D., JOHNSON, D. E., JUFFER, F., MARTÍNEZ-MORA, L., MUHAMEDRAHIMOV, R. J., SELWYN, J., SIMMONDS, J., & TARREN-SWEENEY, M., “Adoption in the service of child protection: An international interdisciplinary perspective”, *Psychology, Public Policy, and Law*, 2019, 25(2), 57–72. <https://doi.org/10.1037/law0000192>.

PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), DOCE C 364/3, de 18 de diciembre de 2000.

PERAZZO ARAGONESES, C., “El interés superior del niño”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio S XXI*, Vol. 30, Nº 2, 2012.

- “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, Nº 3, 2015.

REIDT-PARKER, J., CHAINSKI, M.J., The importance of continuity of care: policies and practices in early childhood systems and programs, <https://www.startearly.org/app/uploads/pdf/NPT-Continuity-of-Care-Nov-2015.pdf> (última consulta 22/03/2025)

VALEDORA DO POBO DE GALICIA, Informe Anual 2022, www.valedoradopobo.gal.

VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Navarra, 2019.

8. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de septiembre 2000, (TEDH 2000\440)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2010 (JUR\2010\123853).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 julio 2010 (JUR\2010\427009).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 2010 (TEDH \2010\91)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de mayo de 2011 (TEDH 2011\50).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2012 (TEDH 2012\34)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-162187%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162187%22]})
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 18 de junio 2019 (TEDH\2019\86).
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de abril de 2012, Fornerón e hija contra Argentina, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio (RJ\2009\4581).
- Sentencia del Tribunal Supremo 823/2012, de 31 de enero (RJ\2013\927).
- Sentencia del Tribunal Supremo 492/2018, de 14 de septiembre (RJ\2018\5140).
- Sentencia del Tribunal Supremo 758/2022, de 7 de noviembre (RJ\2022\4960).
- Sentencia del Tribunal Supremo 123/2023, de 31 de enero (RJ\2023\2952).
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 90/2023, de 9 de febrero (JUR\2023\129377)
- Auto de la Audiencia Provincial de Segovia 54/2023, de 30 de octubre (JUR\2024\90238).
- Sentencia 120/2020, de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 22 de mayo de 2020 (JUR\2020\223228)
- Sentencia 606/2023, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de octubre de 2023 (JUR\2024\41978),
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 588/2023, de 30 de octubre de 2023 (JUR\2023\549493)

9. LEGISLACIÓN

- 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, BOE nº 15, de 17 de enero de 1996.
- Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las situaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, Boletín Oficial de Canarias nº 55 de 6/05/1998.

- Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia de Galicia, DOG nº 45, de 6/03/2000.
- Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de acogimiento familiar y protección de menores del Principado de Asturias, BOPA nº 137, de 14/06/2000.
- Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción de Andalucía, BOJA nº 135, de 19/11/2002.
- Decreto 45/2005, de 19 de abril, por el que se regula la adopción de menores en la comunidad de Castilla la Mancha, DOCM nº 86, de 29/04/2005.
- 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 en Castilla y León, BOCyL nº 95, de 9/05/2005.
- Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores en Aragón, BOA nº 120, de 7/10/2005.
- Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de la idoneidad en las Islas Baleares, BOIB nº 62, de 29/04/2006.
- Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o desamparo en Castilla y León, BOCyL nº 104, de 31/05/2006.
- Decreto 137/2007, de 24 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el registro de adopción en la Comunidad Canaria, BOIC nº 118, de 14/06/2007.
- Decreto 31/2007, de 25 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de intervención administrativa en materia de adopción de La Rioja, BOR nº 72, de 29 de mayo.
- Decreto 372/2007, de 30 de noviembre, de procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia, BORM nº 282, de 7/12/2007.
- Decreto 190/2008, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo y desamparo en Aragón, BOA nº 174, de 23/10/2008.
- Decreto 4/2010, de 26 de enero, de protección social y jurídica de los menores de Castilla la Mancha, DOCM nº 19, de 29/01/2010.
- Decreto 9/2014, de 4 de febrero, por el que se regula la actuación de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros a Extremadura, DOE nº 34, de 19/02/2014.
- Decreto 101/2018, de 3 de julio, por el que se regula la actuación de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de adopción de menores, DOE nº 132, de 9/07/2018.
- Decreto 179/2018, de 11 de diciembre, por el que se regula el acogimiento familiar en el País Vasco, BOPV nº 245, de 21/12/2018.

- Decreto 63/2022, de 5 de abril, de los derechos y deberes de los niños y adolescentes en el sistema de protección, y del procedimiento y las medidas de protección a la infancia y la adolescencia en Cataluña, DOGC nº 8643, de 7/04/2022.
- Code de l'action sociale et des familles, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006074069/
- Legge N.º 173, 19 ottobre 2015, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/10/29/15G00187/sg>
- Legge N.º 184, 4 maggio 1983, sul diritto del minore ad una famiglia, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/10/29/15G00187/sg>
- Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias, BOE nº 94, de 20/04/1995.
- Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la Comunidad Autónoma de Canarias, BOE nº 63, de 14/03/1997.
- Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, BOE nº 197, de 17/08/2002.
- Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, BOE nº 70, de 23/03/2006.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOE nº 203, de 21/8/2010.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE nº 180, de 29 de julio de 2015, BOE nº 180, de 29/07/2015.
- Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, BOE nº 39, de 14/02/2019.
- Ley 4/2021, de 27 de julio, de infancia y adolescencia de Andalucía, BOE nº 189, de 9/08/2021.
- Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad de Navarra, BOE nº 126, de 27/5/22.
- Ley 4/2023, de 22 de marzo, de derechos, garantías y protección integral de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, BOE nº 143, de 16/06/2023.
- Ley 2/2024, de 15 de febrero, de infancia y adolescencia del País Vasco, BOE nº 63, de 12/03/2024.
- Ley Orgánica 8/2018, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, BOE nº 175, de 23 de julio de 2015.
- Proposició de llei de modificació de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, per a garantir els drets dels menors en acolliment. BOPC 68, de 23 de octubre de 2024.

Fecha de recepción: 07.04.2025

Fecha de aceptación: 24.09.2025