

ESTANCIAS TEMPORALES DE MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA: RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE Y DESAFÍOS DE FUTURO

TEMPORARY STAYS OF FOREIGN CHILDREN IN SPAIN: LEGAL FRAMEWORK AND FUTURE CHALLENGES

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

*Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia de Comillas*

Recibido: 03.10.2018 / Aceptado: 10.12.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4613>

Resumen: El desplazamiento temporal de menores extranjeros a España por motivo de vacaciones, tratamiento médico y escolarización, está suscitando cada vez más interrogantes jurídicos tanto en el ámbito del Derecho de extranjería como en el de la protección internacional de menores, incluida la posible adopción. La conversión de estancias temporales en permanentes es clave en estos casos que serán analizados en este trabajo.

Palabras clave: estancias temporales, menores extranjeros, extranjería, protección, infancia.

Abstract: Temporary stays of foreign children in Spain because of holidays, medical treatments or educational programs, has legal consequences from the perspective of the immigration laws but also from the laws for children protection. When these stays are transformed in permanent, legal challenges are key and will be analyzed in this work.

Keywords: temporary stays, foreign children, immigration, children protection laws.

Sumario: I. Introducción.II. Algunos datos relevantes.III. Derecho de extranjería.IV. Derecho de protección internacional de menores.1. La guarda temporal.2. La adopción. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros a España (particularmente bielorrusos y saharauis) por motivos de salud, escolarización y vacaciones, que comenzaron en los años 90¹,

¹ *Los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros surgieron a finales de los años 90 debido a catástrofes naturales y episodios bélicos fuera de nuestras fronteras (sic. tales como la catástrofe de Chernóbil, guerra de los Balcanes, etc. que ocasionaron que las organizaciones no gubernamentales se preocuparan por la situación de los menores en esos lugares, promoviendo programas de acogida temporal por vacaciones y tratamiento médico. El éxito de dichos programas ha contribuido a su desarrollo año tras año.* (Preámbulo del Decreto Balear 11/2013, de 22 de marzo, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento para emitir informes relativos a programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros (BOIB nº. 40 de 23 de marzo de 2013).

tiene un marco normativo complejo que comprende desde un convenio internacional², a leyes³ y reglamentos estatales⁴ y diversa normativa autonómica⁵.

Estos desplazamientos plantean cuestiones jurídicas muy diversas⁶. En este trabajo se expondrán, en primer lugar, los datos que sitúan sociológicamente esta realidad, para abordar, a continuación, las soluciones legales, administrativas y judiciales tanto en el ámbito del Derecho de extranjería como de la protección internacional de menores.

II. Algunos datos relevantes

2. Si bien no existen estadísticas globales y anuales sobre el número total de visados expedidos para las estancias temporales de menores extranjeros, existen algunos datos de los dos programas generales más importantes, los de menores saharauis y bielorrusos⁷. El primero de ellos se denomina *Vacaciones en Paz*, y se convoca anualmente por el Ministerio competente en materia de inmigración⁸. En esta convocatoria se determina el número de menores que llegan cada año y las Comunidades autónomas en las que van a residir. Si el año 2016 fueron un total de 4.570, en 2017 fueron 4.793 y en 2018, 4.028. En el periodo 2013-2017 han sido acogidos en nuestro país un total de 23.173 niños. En el cuadro siguiente se muestra la distribución de los que llegaron en 2017 por Comunidades autónomas:

| Comunidad Autónoma | Año 2017 |
|----------------------|----------|
| Andalucía | 1.260 |
| Aragón | 136 |
| Asturias | 240 |
| Illes Balears | 92 |
| Cantabria | 78 |
| Castilla y León | 245 |
| Castilla-La Mancha | 400 |
| Cataluña | 450 |
| Canarias | 208 |
| Extremadura | 186 |
| Galicia | 296 |
| Navarra | 108 |
| La Rioja | 40 |
| Madrid | 296 |
| Murcia | 120 |
| País Vasco | 350 |
| Comunidad Valenciana | 288 |
| TOTAL | 4.793 |

² Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Belarús sobre las condiciones de la mejora de la salud de menores nacionales de la República de Belarús en el Reino de España, hecho en Minsk el 1 de junio de 2009 (BOE n.º. 223 de 15 de septiembre de 2009).

³ Art. 4.3. de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional (BOE núm. 312 de 29 de diciembre modificado por BOE n.º. 180 de 29 de julio de 2015). En adelante LAI.

⁴ Arts. 187 y 188 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n.º. 103 de 30 de abril de 2011).

⁵ Como es el caso del Decreto balear 11/2013 ya citado.

⁶ Se trata de un colectivo de menores extranjeros poco estudiado doctrinalmente sobre el que hay escasa jurisprudencia y algunos informes y resoluciones de los defensores regionales y documentación de órganos administrativos.

⁷ Ya en el año 1995 se estimaba un número de 15.000 menores llegados a España por año (Instrucción de la Subdirección General de extranjería del Ministerio de Asuntos sociales destinada a las Embajadas españolas en Moscú, Kiev, Zagreb y Argel de 5 de diciembre de 1995).

⁸ La última es la Resolución de 19 de junio de 2018, de la Dirección General de Migraciones. (BOE n.º 149 del 20 de junio de 2018).

En relación a los menores bielorrusos o ucranianos, afectados por la catástrofe de Chernobil, no existe un procedimiento administrativo anual similar al de los saharauis y son los medios de comunicación los que recogen las cifras: se ha publicado, por ejemplo, que en 2018 llegaron 2.500⁹.

3. Sin embargo, a pesar de esta carencia de estadísticas nacionales, cuatro Comunidades autónomas me han facilitado las cifras de menores que han llegado a su territorio para este tipo de estancias y son las siguientes¹⁰:

Año 2017

| Comunidad autónoma | Vacaciones | Salud | Estudios | Total |
|--------------------|------------|-------|----------|-------|
| Madrid | 372 | 6 | 52 | 430 |
| Valencia | 375 | 12 | 63 | 450 |
| Galicia | 406 | 11 | 13 | 430 |
| Castilla-La Mancha | 473 | 0 | 5 | 478 |

Año 2018

| Comunidad autónoma | Vacaciones | Salud | Estudios | Total |
|--------------------|------------|-------|----------|-------|
| Madrid | 358 | 3 | 28 | 389 |
| Valencia | 365 | 5 | 16 | 386 |
| Galicia | 367 | 5 | 33 | 407 |
| Castilla-La Mancha | 389 | 0 | 19 | 408 |

Existen dos procedimientos de entrada en función de si se inician bien a propuesta de personas físicas o bien a través de una asociación o persona jurídica. Hay diversas asociaciones que gestionan la llegada de estos menores a España: algunas son ONGs generales de infancia¹¹, otras son organizaciones más específicas¹² pero también, en ocasiones, son entidades mediadoras órdenes religiosas, clubs deportivos o incluso cooperativas.

4. Cada año entran en nuestro país, por tanto, un elevado número de menores extranjeros a través de estos procedimientos. En la primera mitad de 2018, han sido ya 4.528 de los dos programas principales: Sáhara y Chernobil. Pero este mismo año a Madrid, Galicia, Valencia y Castilla La Mancha han llegado también 19 menores senegaleses, 1 mauritano, 1 etíope, 1 de Costa de Marfil, 3 de Benin, 2 de Togo, 18 argelinos, 26 palestinos 1 mexicano, 18 georgianos, 16 chinos, 1 peruano, 3 brasileños, 1 colombiano y 1 venezolano.

Se trata de cifras importantes que pueden llegar a superar las de los menores extranjeros no acompañados, fenómeno con mucho mayor impacto en medios de comunicación y con un tratamiento muy abundante en trabajos científicos y en la jurisprudencia. Estos datos, así como la casuística jurídica que comienza a plantearse respecto de ellos, justifica un análisis de su estatuto jurídico tanto respecto del Derecho de extranjería como respecto del Derecho de protección internacional de menores. Se tratarán ambas cuestiones en los siguientes epígrafes.

⁹ https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/verano-salud-espana-2500-ninos-afectados-chernobil_201307205727825a4beb28d44602f16e.html

¹⁰ Agradezco especialmente a las responsables de Infancia María Ger Martos DG de la Comunidad de Castilla la Mancha, Amparo González Méndez DG de la Xunta de Galicia, a Ana Cristina Gómez Aparicio SG de la Comunidad de Madrid y a Isabel Artero de la Comunidad Valenciana la información enviada tanto numérica como de procedimientos.

¹¹ Aldeas infantiles o Tierra de Hombres, por ejemplo.

¹² Solidaridad con los niños bielorrusos Belen, Niños de Ucrania y de Andalucía, etc., FINSOL (para la acogida de niños de Georgia), familias solidarias pueblo bielorruso Federación saharauis...

III. Derecho de extranjería

5. La normativa de extranjería actual¹³ distingue dos supuestos de desplazamientos temporales: los que denomina “por razones humanitarias” que comprenden el desplazamiento por vacaciones o por tratamiento médico¹⁴, y los que tienen por objeto los estudios¹⁵. El procedimiento para solicitar el desplazamiento es el mismo, y la principal diferencia entre ambos es su duración. El de vacaciones y motivos médicos no puede ser superior a los 90 días. El de estudios tiene la duración de un curso académico salvo que razones excepcionales impidan al menor regresar a su país; además, si va proseguir los estudios un curso más, deberá solicitarse una nueva autorización. En ambos casos el programa puede ser promovido o financiado por administraciones públicas o por asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, y deberá solicitarse bien por estas entidades o bien por personas físicas.

6. La concesión del visado está supeditada a la autorización expresa del titular de la patria potestad o tutela del menor¹⁶ y a informes preceptivos tanto del órgano competente en materia de protección de menores sobre el programa como del Delegado o Subdelegado del Gobierno¹⁷. Los requisitos exigidos en los informes de la Delegación y Subdelegación del Gobierno son únicos y públicos¹⁸.

Sin embargo, no existe un marco estatal para la elaboración de los informes de la Entidad Pública de protección de menores y por ello, próximamente, será objeto de un protocolo de actuación estatal¹⁹, ya que las Comunidades autónomas han dictado en estos años normas e instrucciones de rango desigual para articular su tramitación²⁰.

Finalmente, en relación a la expedición del visado existe alguna Resolución del Consejo de Transparencia y buen Gobierno que instan al MAEC a confirmar si existe alguna circular, instrucción y otro documento del Consulado General de España en Moscú relativos a los procedimientos de tramitación de visados para los programas de acogida de los menores rusos en España en aplicación del art. 187 del Reglamento de Extranjería²¹.

¹³ Una exposición completa y documentada sobre la evolución de la normativa de extranjería en esta materia partiendo del primer Reglamento de extranjería (155/1996), analizando los dos siguientes de 2001 y 2004 hasta llegar a la redacción actual es el de M. ARBELÁEZ RUDAS, “Desplazamiento temporal de menores extranjeros” en D. BOZA MARTÍNEZ, F. DONAIRE VILLA, MOYA D. MALAPEIRA, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el RD 557, 2011 y la Ley 12/2009*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 241-3.

¹⁴ Artículo 187 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (Reglamento de Extranjería).

¹⁵ Artículo 188 del mismo Reglamento.

¹⁶ Justamente a la oficina consular le corresponde “comprobar la autorización expresa de quien ejerce la patria potestad o tutela así como todo lo relativo a los pasaportes individuales o colectivos, salvoconductos u otra documentación de viaje de los menores (M. ARBELÁEZ RUDAS, “Desplazamiento temporal...”. op. cit. p. 244).

¹⁷ Como señala B. CAMPUZANO DÍAZ, “Los menores en el derecho de extranjería” en C. SÁNCHEZ-RODAS Navarro, *Extranjeros en España: régimen jurídico*. Laborum, Murcia, 2001, p. 372, estas cautelas e informes preceptivos responden a que “desgraciadamente, en el pasado se han dado casos de programas que traían a menores que no eran realmente necesitados, y cuyos padres habían pagado además sumas importantes de dinero para sufragar sus vacaciones en España”.

¹⁸ <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja061/index.html#Normativa>.

¹⁹ La DG de Castilla La Mancha ha propuesto la elaboración de un protocolo estatal que será aprobado por la Comisión inter autonómica de infancia y familia del Ministerio de Sanidad, Bienestar Social y Consumo. Una de las mayores preocupaciones es la llegada por estudios de niños y niñas de corta edad, ante lo que las CCAA están adoptando distintos criterios. Según los datos del Portal de Inmigración, en 2018 se concedieron un total de 1824 autorizaciones de estancia en España por estudios a menores de 15 años: las cuatro nacionalidades más representadas de Europa y África son Rusia (160), Ucrania (77) y Marruecos (17) y Argelia (40) y Libia (41).

²⁰ Decreto balear 11/2013 ya citado y Orden Foral de 14 de mayo de 2013, por la que se aprueba el procedimiento de actuación para obtener la conformidad de la Diputación Foral a los Programas de Desplazamiento Temporal de niños, niñas y adolescentes extranjeros que se desarrollen en Gipuzkoa (<https://egoitza.gipuzkoa.eus/>). Sin embargo, en general, las CCAA emiten estos informes de acuerdo a Instrucciones de carácter interno, como por ejemplo Instrucción 5/2008 de 6 de noviembre de la DG de la Junta de Andalucía, Instrucción de 20 de marzo de 2012 pola que se regula o procedimiento para a emisión de informe autonómico para os programas de desprazamento temporal de menores estrangeiros de la Xunta de Galicia, o las Instrucciones del DG de la Comunidad de Madrid de 17 de marzo de 2017.

²¹ Resolución de 23 de mayo de 2016 Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (JUR\2016\179736)

7. En estos años, los casos que han llegado a los tribunales o a las administraciones en aplicación de esta normativa, tienen relación con la previsible extensión del periodo de estancia en España. Si existe sospecha, antes de la concesión del visado, de que se va a utilizar esta vía para una estancia de más larga duración (quizá una tutela o una adopción encubierta), se deniega²². Sin embargo, en el caso de que la finalidad inicial de la estancia temporal fuera un tratamiento médico y luego ésta se debe alargar por razones justificadas, o aunque la finalidad inicial fuera otra, si se sufre una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada no accesible en su país de origen, es posible solicitar la exención de visado y el permiso de residencia por razones humanitarias²³. Incluso ha habido supuestos en los que, tras los años de residencia por razones humanitarias, se concede al menor la nacionalidad española²⁴.

IV. Derecho de protección internacional de menores

8. Los casos analizados en este trabajo, desde la perspectiva del Derecho internacional de protección de menores, suponen una “cesión temporal e internacional de guarda” por parte de las personas o autoridades del país de origen del niño que ostentan la responsabilidad parental, en favor de personas o entidades con residencia habitual en España. No se trata por tanto de un acogimiento internacional de menores²⁵, y menos aún de una adopción internacional.

Sin embargo, como se refleja en alguna de las sentencias y resoluciones administrativas analizadas, en ocasiones esa guarda temporal acaba efectivamente transformándose en un acogimiento e incluso en una adopción. Por tanto, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, es oportuno analizar los criterios de competencia judicial internacional, de Derecho aplicable y de reconocimiento internacional de resoluciones y decisiones, relativos, tanto a la situación inicial de guarda, como en los casos en los que se propone posteriormente un acogimiento o una adopción.

9. Lo primero que debe señalarse es que la institución de la guarda se integra en el nuevo concepto UE de responsabilidad parental, como ha reconocido la jurisprudencia del TJUE²⁶. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (CH96)²⁷ distingue, sin embargo, la responsabilidad parental de las medidas de protección de la persona o

²² Es por ejemplo el caso resuelto por el TSJ de Madrid en la Sentencia núm. 449/2010 de 13 mayo (JUR\2010\229706) que analiza la denegación del visado a una menor guineana que venía a estudiar a España, tanto por razones formales como porque los hechos apuntan a que la estancia en España supone en realidad una tutela encubierta: “no consta acreditado que el Derecho guineano permita que ante Notario se pueda constituir una tutela por lo que dicha autorización es, en realidad, una verdadera renuncia de la patria potestad por el padre lo que es completamente incompatible con el espíritu del visado solicitado”.

²³ Así lo señalan A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.) y HEREDIA L. SÁNCHEZ (Coord.). *Manual práctico orientativo de Derecho de extranjería*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2016, p.167. Es por ejemplo el caso resuelto en la sentencia del TSJ de Cataluña núm. 397/2006 de 9 mayo (JUR\2006\271807) que trata de dos menores marroquíes sordos que vienen a España con sus padres para una intervención en la que se les haga un implante coclear. La intervención sanitaria se retrasa, y solicitan una exención de visado y un permiso de residencia temporal que inicialmente se deniega pero que el TSJ finalmente concede.

²⁴ Es el caso al que se refiere el Auto de la AP de Zaragoza de 10 de febrero de 2006 (Roj: AAP Z 493/2006 - ECLI: ES:APZ:2006:493^a): un refugiado saharauí de Tinduf se desplaza a España con su hijo de 2 años para que pueda recibir la atención médica adecuada para el tratamiento de la malformación que padecía al nacer - labio leporino bilateral y fisura palatina - y luego le buscó una familia en España que lo pudiese atender ante las dificultades que tenía el progenitor para permanecer de forma estable con él dada su condición de extranjero, manteniendo a lo largo del tiempo contactos con su hijo y la familia a quien encomendó su guarda y gestionando incluso la obtención de la nacionalidad española para su mentado hijo

²⁵ En relación al cual hay dos recientes y documentados trabajos de la profesora Mónica Herranz Ballesteros: “El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis” *La Ley Unión Europea*, Inúmero 44, 2017; Directorate General for Internal Policies. Policy Department on Citizens Rights and Constitutional Affairs. European Parliament. Laura Carpaneto Cross Border placement of children in the European Union. 2016. El informe español ha sido elaborado por la profesora Herranz.

²⁶ Sentencia del TJCE de 27 noviembre 2007 (Caso C contra C) (Asunto C-435/06).

²⁷ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010. Sobre este Convenio puede verse M. HERRANZ BALLESTEROS, *El "interés del menor" en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado* Madrid, Lex Nova, 2004.

de los bienes del niño, incluyendo el derecho de guarda en esta segunda categoría²⁸. Se trata de una guarda administrativa ya que son las autoridades públicas las que la autorizan, pero, como señalaré más adelante, es temporal y no ha sido regulada como tal en nuestro Derecho estatal de protección de menores.

10. Para determinar la competencia judicial y administrativa internacional en estos casos, debe tenerse presente que junto al CH96 la cuestión está también regulada por las normas del Reglamento Bruselas II bis 2201/2003²⁹, y por el artículo 22 quater de la LOPJ “cuyo orden de aplicación debe especificarse con precisión de cirujano cardiovascular, lo que no resulta sencillo”³⁰.

Ab initio, dado que la aplicación del Bruselas II bis está condicionada a que el menor tenga la residencia habitual en un Estado UE y estos niños, cuando llegan a España, vienen para estancias temporales teniendo su residencia habitual en su país de origen, ninguno de los cuales es un país UE, el Reglamento no sería de aplicación en este primer momento. La normativa aplicable en estos casos, será la del CH96³¹, si bien debe advertirse que algunas de las normas de competencia judicial y administrativas son *inter partes*³², y solo algunos de los Estados de los que proceden los menores que llegan a España por esta vía son Parte en el CH96³³.

No obstante, como ya se ha visto en alguno de los casos citados, no son infrecuentes los supuestos en los que los menores acaban teniendo en España su residencia habitual. A partir del momento en que pueda calificarse como “habitual” la residencia en España, la norma que determina la competencia judicial internacional pasará a ser la del Bruselas II bis.

Por tanto la calificación del concepto *residencia habitual* será el elemento clave. No es posible analizar pormenorizadamente en este trabajo un concepto multidimensional como éste y que ha tenido diversas interpretaciones en función de la materia regulada incluso en aplicación de los diversos Reglamentos UE que lo adoptan como foro o como criterio de conexión³⁴. Como recuerda Alegría Borrás, citando una sentencia del TJUE en la que la residencia habitual de los menores era de calificación problemática por el carácter errante de la familia³⁵, la residencia habitual es el lugar en el que el menor tiene una cierta integración social y familiar. “A estos efectos debe considerarse en particular la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene

²⁸ En su art. 3 b señala, dentro de su ámbito material de aplicación, “el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño”. Sobre el diverso concepto de responsabilidad parental en ambos instrumentos puede verse A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, *Derecho internacional privado*, Vol II, Granada, Comares, 2016, p. 489-90 y 503-4. Es claro que la guarda temporal en los casos que estamos analizando está incluida en el concepto. Así en el *Informe Lagarde* se señala que “La persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo” puede ser un tutor o una persona en que se ha delegado la responsabilidad parental, como lo prevén los apartados precedentes, pero también un tutor ad hoc designado para representar al niño en un proceso en caso de conflicto de intereses con el representante legal, o incluso un establecimiento escolar o un responsable de colonias de vacaciones llamado a tomar decisiones médicas en ausencia del representante legal, etc”. (Informe explicativo parágr. 22).

²⁹ Reglamento Bruselas II bis (Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento núm.1347/2000).

³⁰ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, cit. p. 485. Sigo los acertados planteamientos de estos autores en este punto. El análisis sobre el ámbito de aplicación de cada una de estas normas es también abordado en profundidad por GARAU SOBRINO, F. “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño” *CDT* vol 3, nº 1, 2011, p. 282-9.

³¹ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ (id) distinguen los casos en los que el menor es mayor de 18 años pero menor según su ley nacional, en cuyo caso no sería aplicable el CH96, y la competencia se determinaría según la LOPJ. No es relevante esta distinción en ninguno de los casos analizados dado que se trata de menores de 18 años en todos los supuestos.

³² Arts. 5.2, 8, 9,13.

³³ Rusia, Georgia y Marruecos.

³⁴ Pueden verse al respecto: L. A. PÉREZ MARTÍN “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales” en M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS (Dir.) *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 915-52, (en prensa).

³⁵ STCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, “A”.

en el referido Estado”³⁶. Como señalan Alfonso Calvo y Javier Carrascosa, se trata de un concepto autónomo que debe precisarse en cada caso concreto atendiendo al interés superior del menor y al criterio de proximidad³⁷.

11. El CH96 señala como autoridades administrativas y judiciales inicialmente competentes las de la residencia habitual del niño³⁸. No obstante, establece también la competencia de las autoridades de la nueva residencia habitual en caso de cambio (art. 5), y excepcionalmente las de las autoridades donde se encuentre el niño (art. 12). Esta misma solución es la prevista en el Bruselas II bis, para los casos en los que es aplicable esta norma: la competencia general es la de las autoridades de la residencia habitual del menor (art. 8 con las previsiones del art. 9 en caso de cambio de residencia) y las del país en cuyo territorio esté “presente” el menor (art. 13). Por tanto, y de acuerdo a estas normas, y en este primer momento, las autoridades de protección a la infancia españolas no son competentes para tomar ninguna medida de protección, salvo decisiones de carácter urgente³⁹.

12. Una vez determinada la competencia judicial y administrativa internacional, procedería determinar el Derecho aplicable en estos casos.

La norma aplicable es el CH96 al que ahora remite el art. 9.6 del CC⁴⁰, al ser estas normas “*erga omnes*”⁴¹. En él se señala que las autoridades competentes aplicarán su ley interna si bien podrán “tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho” (art. 15). Es precisamente este marco normativo el de gran parte de estos casos: las autoridades competentes de la residencia habitual del niño, han delegado su guarda temporal por motivos de salud, de estudios o de vacaciones, en una familia o entidad española. Sin embargo, si durante la estancia en España hay que adoptar una decisión respecto del niño, y en particular si es con carácter urgente o si la estancia se alarga y la residencia habitual del niño pasa a ser España, y por tanto es conveniente adoptar una medida de protección más estable como es un acogimiento familiar, en ese caso serán ya las autoridades españolas las competentes para adoptar las medidas de protección necesarias. Estas autoridades aplicarán el Derecho español con la excepción facultativa prevista en el art. 15.

Desde la perspectiva del Derecho español de protección de menores, son dos las cuestiones a analizar: la guarda temporal bajo la que se coloca a estos menores al llegar a España y la excepcional transformación de la misma en acogimiento familiar o incluso en adopción.

1. La guarda temporal

13. Las personas o instituciones que acogen a estos niños en España son guardadores y no tutores de los mismos: a pesar de que en ocasiones se utiliza la terminología de “acogimiento temporal”, no se trata de un acogimiento familiar *stricto sensu*⁴².

³⁶ A. BORRAS “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989” en F. ALDECOA, J. FORNER (Dir.) E. GONZÁLEZ y N. GONZÁLEZ (Coords.) *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*. Marcial Pons, Madrid 2010 p. 36.

³⁷ op. cit. pp 492-3. Estos autores hacen un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TJUE sobre este concepto. Entre otras cosas señalan que, si bien tiene relevancia la duración de la residencia en un Estado, ésta no puede fijarse de forma concreta.

³⁸ Pero en estos casos se considera que el niño sigue teniendo su residencia habitual en su país de origen. Como señala el *Informe Lagarde* refiriéndose expresamente a los casos de vacaciones o estudios en el parágr. 40 “Fue igualmente admitido que la ausencia temporal del niño del lugar de su residencia habitual por razón de vacaciones, de permanencia escolar o de ejercicio del derecho de visita, por ejemplo, no modificaba en principio la residencia habitual del niño”.

³⁹ Como señala el *Informe Lagarde* en relación al foro de urgencia (parágr. 68) “se ejercerá, por ejemplo, esta competencia concurrente si es preciso asegurar la representación de un niño alejado de su residencia habitual y que debe sufrir una intervención quirúrgica urgente”.

⁴⁰ *La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo.*

⁴¹ La sección sobre ley aplicable es *erga omnes* como señala el artículo 20.

⁴² El Defensor del Pueblo de Navarra en su Sugerencia del 18 de junio de 2012, 12/199/B dirigida al Departamento de Política Social, Igualdad, Deporte y Juventud para que analice implante o promueva una prestación económica dirigida a

Hay supuestos, sin embargo, en los que la situación se alarga y se propone posteriormente, bien tras la asunción de la tutela administrativa por parte de la Entidad Pública o bien sobre la base de una cesión voluntaria de guarda, constituir un acogimiento simple (temporal en la nueva terminología), permanente o incluso un acogimiento permanente con tutela⁴³.

Sin embargo, para que pueda producirse este cambio de residencia habitual de su país a España, y para que la medida de protección del niño pueda plantearse, debe existir bien un consentimiento inequívoco de los responsables parentales o bien una consideración por parte de la Entidad Pública de que se ha producido un desamparo con la consiguiente asunción de la tutela administrativa.

14. Esto es precisamente lo que sucedió en el caso *Saleck Bardi contra España* que llegó en 2011 hasta el TEDH. El Tribunal de Estrasburgo consideró vulnerando el derecho a la vida familiar de la madre saharahuí⁴⁴, pero de la lectura de la sentencia puede inferirse que supuestos similares podrían ser tipificados como de sustracción internacional de menores ya que se puede producir en ellos una infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona institución u organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado y retención, derecho ejercido de forma efectiva en el momento del traslado o de la retención. Sin embargo, los mecanismos para poner en marcha la restitución inmediata prevista en el Convenio de La Haya⁴⁵ dependen de que el Estado del que procede el menor sea signatario del mismo, y aunque algunos países lo son (Rusia, Georgia, Marruecos...) no es el caso de todos. En otros supuestos habrá que acudir a los mecanismos de cooperación bilateral y en último término a la normativa española en la materia dada la inaplicabilidad a estos supuestos del Bruselas II bis.

15. En todo caso, y descartando los casos de sustracción internacional de menores, sería conveniente que la normativa estatal de protección de menores recogiera esta figura de protección, como “guarda temporal”. La familia o autoridades extranjeras que ostentan la responsabilidad parental de estos menores han cedido voluntaria y temporalmente la guarda a las entidades o familias españolas que la asumen mien-

apoyar a las familias que participen en los programas de desplazamiento de menores extranjeros con fines de escolarización, señala: *En estos casos, no existe una situación que, de acuerdo con la legislación civil y de protección de menores, tenga la calificación jurídica de acogimiento familiar. No obstante, sí cabe convenir que, en lo que se refiere a deberes, obligaciones y responsabilidades de las familias a que corresponde la acogida mientras esta se dé, existe, si no identidad, al menos similitud.*

⁴³ Es el caso del Auto de la AP de Zaragoza de 10 de febrero de 2006 ya citado. El menor procedente de Tinduf llegó a España con dos años para ser operado. Tras vivir hasta los 16 años con la familia de acogida, la entidad pública aragonesa plantea su acogimiento familiar permanente proponiendo además que el matrimonio acogedor asuma las facultades del tutor recogidas en el artículo 268. El padre del menor que vivía ya en España (en Cádiz) y tenía visitas con su hijo durante las vacaciones escolares, se opone a la constitución de dicho acogimiento y, aunque el menor es oído en el procedimiento y manifiesta su firme deseo de continuar viviendo con la familia de acogida, la Audiencia deniega la constitución del acogimiento familiar permanente.

⁴⁴ Caso *Saleck Bardi contra España* (Sentencia de 24 mayo 2011- JUR 2011\174772). En este caso una madre saharauí se quejaba de haber sido privada de la tutela de su hija Saltana sin haber podido intervenir en el procedimiento, alegando una vulneración de su derecho a un proceso equitativo y al respeto a su vida familiar garantizados por los artículos 6 y 8 del Convenio. El tribunal condenó a España por unanimidad. Saltana llegó a España con 10 años en el verano de 2002 para una estancia de vacaciones. No vivía con su madre en Mauritania desde los 6 años, sino que estaba al cargo de otra persona en los campamentos de Tinduf en Argelia desde donde partió para España. Habida cuenta de la afección hepática que sufría, se solicitó un alargamiento de la estancia en España por motivos médicos. En marzo de 2004 la madre solicitó el regreso de su hija, solicitud apoyada por la Entidad pública de protección de Murcia y por la Asociación que trajo a la niña. Ante la negativa a entregarla por parte de la familia española, se iniciaron una serie de procesos judiciales, que llegaron incluso al Tribunal constitucional español. La sentencia de Estrasburgo se dicta cuando Saltana tiene ya 19 años, y en ella se reconoce que el paso del tiempo ha tenido como efecto su integración familiar y social en España. La propia madre no reclama el retorno pero si una indemnización por daños morales. Comentarios doctrinales a la misma son los siguientes: O. BOUAZZA ARIÑO “Comentarios de jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”. *Revista de Administración Pública* núm. 185, Madrid, mayo-agosto (2011), pp. 271-286; J.R. LIEBANA ORTIZ “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR* 13 diciembre 2015, pp. 83-109; Díez GARCÍA, H. “La intervención de la entidad pública en el régimen de las relaciones del menor desamparado con su núcleo afectivo de origen (análisis del artículo 161 del Código Civil tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, desde la perspectiva constitucional)”. *Derecho Privado y Constitución* 2016, 30, 11-74; L. ALLUEVA AZNAR “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia *InDret* 4/2011, pp. 2-25.

⁴⁵ Vid al respecto el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. (BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

tras estos menores se encuentran en nuestro país pero, a diferencia de las guardas provisional y voluntaria, la guarda “temporal” no es asumida por la Entidad Pública⁴⁶. Además para estos guardadores no existe un procedimiento de evaluación personal similar a la “idoneidad” en la adopción (art. 176.2 CC) o a la “valoración” en el acogimiento familiar (art. 20 LOPJM), salvo algunas excepciones⁴⁷. Únicamente se exige que las familias presenten una serie de certificados de empadronamiento, salud y de antecedentes penales⁴⁸ y que firmen un compromiso/declaración jurada de que el desplazamiento no tiene por objeto la adopción y de favorecer el retorno al país de origen del niño, compromiso que ha dado lugar a alguna queja⁴⁹.

Estas dos características serán relevantes en los casos en los que esta “guarda temporal” pretenda transformarse excepcionalmente en un acogimiento familiar, con todas las cautelas antes señaladas para impedir una sustracción internacional. Parece oportuno que, en estos supuestos, sea la Entidad pública la que asuma la guarda voluntaria aunque el menor pueda ser colocado en una familia acogedora que deberá haber sido objeto de la valoración correspondiente⁵⁰.

2. La adopción

16. Las normas reguladoras de las estancias temporales establecen diversas previsiones para que esta vía no se utilice *ab initio* como alternativa a la adopción internacional⁵¹. A pesar de ello, a lo largo

⁴⁶ La *guarda provisional* introducida en 2015 responde, sobre todo, a los desafíos que para el sistema de protección de menores plantean los menores extranjeros, en particular los no acompañados y se trata de una figura de protección que se adopta en tanto en cuanto se determina la edad y la identidad del presunto menor (art. 14 de la LOPJM y 172.4 del CC). La *guarda voluntaria* regulada en los artículos 19 de la LOPJM y 172 bis del CC se caracteriza por tres circunstancias: los progenitores o tutores no pueden cuidar del menor por circunstancias graves y transitorias, la Entidad pública asume la guarda que estos le ceden voluntariamente, y tiene una duración máxima de 2 años.

⁴⁷ En el art. 11 del Decreto balear se exige un informe psicosocial de los servicios sociales comunitarios donde se valoren los recursos personales, materiales y sociales de la familia guardadora para el desarrollo de la estancia del menor.

⁴⁸ Se ha incluido también a partir de 2016 el certificado negativo del registro de delincuentes sexuales en aplicación de la normativa de 2015.

⁴⁹ Es especialmente relevante el caso objeto de la Resolución del Justicia de Aragón de 26 de abril de 2004 (Expte. DI-431/2003-6) (<https://www.justiciadearagon.es>). En ella se responde al escrito de queja de la Asociación *La asistencia a la infancia* en relación al Instituto Aragonés de Servicios Sociales, que exige para poder acoger por razones humanitarias y con fines vacacionales a menores extranjeros una declaración de las familias interesadas, de que “en todo caso queda excluida la posibilidad de acogimiento pre-adoptivo y/o adopción durante la estancia en España o con posterioridad del/de la menor”, así como que “en la actualidad no están tramitando, ni tramitarán en los dos próximos años, expediente de adopción para el país de origen del menor (la solicitud no será tramitada por la Autoridad Central)”. El Instituto Aragonés en el informe incorporado al expediente propone suprimir la declaración jurada de los padres ya que podría “estar en contradicción con el interés del menor, el compromiso de no adopción “con posterioridad a su estancia en España” pero manteniendo la exclusión de tramitación de la adopción con Ucrania en dos años.

⁵⁰ Se han dado diversos casos en que la estancia en España se ha extendido a muchos años. Es el caso de la Resolución del Ararteko, de 11 de marzo de 2010, por la que se concluye la reclamación presentada por una familia con relación a la solicitud de formalización de acogimiento familiar a la Diputación Foral de Vizcaya de un menor extranjero no acompañado. Se trataba de un menor saharauí que vino a España por vacaciones 2002 a una familia guardadora vizcaína. Debido a una deformidad que padecía por una tuberculosis infantil, fue operado en España en 2006. A resultas de dicha operación le quedó un elevado grado de minusvalía por paraplejía. Debido a la imposibilidad de retorno a Tinduf por las condiciones de vida de los campamentos, permaneció en Vizcaya con esta familia. La Subdelegación de Gobierno le concedió un permiso de residencia por circunstancias excepcionales en febrero de 2007 y su familia biológica firmó un documento en el que consentía que la familia española atendiera a su hijo en régimen de acogimiento familiar, acogimiento que la Entidad Pública de protección de menores denegó. El Ararteko concluye instando a la Diputación foral a constituir un acogimiento familiar.

Es también el caso resuelto por la AP de Badajoz (Sección 3a) en su Auto nº.102/2017 de 28 junio (JUR\2017\246153) en el que un matrimonio extremeño recibe en su casa durante en verano de 2000 a una menor de origen saharauí nacida en 1990. Por razón de enfermedad no regresó al Sahara, quedándose a vivir de forma permanente con esta familia española desde el citado año 2000 hasta el año 2009 en el que los “acogedores” instan la adopción de la que ya es mayor de edad.

⁵¹ Así lo recoge el Reglamento de extranjería en el art. 187.4, el Convenio con Bielorrusia en los artículos 3 y 8, y el art. 4.3 de la LAI. A. DURAN AYAGO en J. CARRASCOSA J., GONZÁLEZ, A. DURÁN AYAGO, B. CARRILLO CARILLO, *Curso de nacionalidad y de extranjería*. Colex, Madrid 2008, p. 334) considera que este precepto debería haber sido más directo “reconociendo que estas estancias temporales con fines humanitarios pueden reconocerse como acogimiento preadoptivo” en algunos casos. Desde mi punto de vista no parece adecuado que una norma prevea expresamente una forma alternativa de tramitación de la adopción internacional *ab initio*. De hecho, M. ARBELAEZ RUDAS, “Desplazamiento temporal...” op. cit. p. 243, señala que “las unidades de protección de la infancia deben cotejar los listados de familias de acogida con el Registro de solicitantes de adopción internacional, a fin de asegurar que las familias participantes no tengan expediente abierto para el país de origen del menor”.

de estos años⁵² se han producido algunos casos que han generado que determinadas administraciones aumenten las precauciones para evitar este “fraude de ley”⁵³.

No obstante, la regulación vigente no cierra la puerta a que, tras la guarda, pueda constituirse una adopción siempre que se cumplan determinadas condiciones, ya que algunos menores que llegan para estas estancias son adoptables, como reconoce el propio art. 4 del Convenio con Bielorrusia. Y es que, aunque estos programas no tienen la adopción como objetivo, es posible en algunos casos que, tras la estancia con una familia española, sobre todo si se reitera cada año y el menor es adoptable, surjan lazos afectivos que puedan desembocar en un ofrecimiento de adopción.

17. En estos supuestos, la tramitación de la adopción debería ser “internacional” dado que cuando se inicia, el menor tiene residencia habitual en el extranjero (por más que pase periodos vacacionales en España) y los adoptantes residen en España⁵⁴. Por tanto, será preciso obtener el certificado de idoneidad de los adoptantes, por parte de la Entidad Pública y de adoptabilidad del menor (por parte de las autoridades del país de origen del niño). Y tras el proceso administrativo en el que las Entidades públicas de protección de los dos países proponen una pre asignación y posteriormente una asignación, la constitución de la adopción podrá hacerse, bien ante juez extranjero, (será lo más frecuente y así se recoge en la Resolución del Justicia de Aragón de 26 de abril de 2004, en relación a los casos “ucranianos” que se han dado en esta Comunidad) o bien ante juez español. En estos casos la tramitación estará condicionada por las normas relativas a la política exterior (art. 4 LAI), las competencias de las Entidades públicas de protección de menores (art. 5 LAI) y cabe la intermediación a través de organismos acreditados (art. 6 y 7 LAI), etc.

18. La particularidad de estos supuestos, sin embargo, estriba en que existe ya una relación previa entre los adoptantes y el adoptado y que la pre asignación conjunta entre las autoridades españolas y las del país de origen del niño no es genérica sino de unos adoptantes concretos para un adoptado concreto⁵⁵, cuestión que se ha planteado también como problemática en otros países europeos⁵⁶. Preci-

Una exposición general y completa sobre esta ley es la de los autores A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 2 diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Editorial Comares, 2008. De los mismos autores “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”. *CDT* Marzo 2010, Vol. 2, Nº 1, pp. 73-139.

⁵² Ya recogía estos problemas en un trabajo anterior: S. ADROHER BIOSCA, “La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el Derecho español”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 15, 1999, p. 39.

⁵³ En la Sugerencia del Defensor del Pueblo de Navarra citada, se incluyen datos aportados por la Administración autonómica muy significativos: “Un porcentaje importante de las familias acogedoras de esta Asociación intentan adoptar al menor que tienen acogido en vacaciones. Del listado provisional presentado para el verano de 2003, con 175 menores que fueron acogidos el año pasado por 161 familias, 22 de las familias (el 13,66%) son familias solicitantes de adopción internacional que desean tramitar con Ucrania al menor que tienen acogido” y señalan: *Consideramos que la utilización de la acogida humanitaria como un paso para la adopción a la carta, desvirtúa tanto las acogidas humanitarias como la adopción internacional.*

⁵⁴ Así lo señala el art. 2 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (CH93). En coherencia con este concepto, se ha redefinido el concepto de adopción internacional en el art. 1 de la Ley 54/2007 de adopción internacional tras la modificación operada por Ley 25/ 2015 en relación a la regulación de los aspectos administrativos de la misma regulados en el Título I. Críticas al concepto de adopción internacional en la redacción de 2007 son, entre otras: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ “El proyecto de ley sobre adopción internacional. Una crítica para sobrevivir a su explicación docente”. *Actualidad civil* nº 22, diciembre 2007, pp. 2597 y ss; S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre de los “santos inocentes”. *RCDI*, 711, 2009; pp.13- 55. Comentarios críticos a la nueva determinación del ámbito de aplicación tras la modificación de 2015 son M. HERRANZ BALLESTEROS, “El ámbito de aplicación de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción internacional tras la reforma de julio de 2015” y D. ORTIZ VIDAL “El nuevo concepto de adopción internacional después de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” ambos en M. GUZMÁN ZAPATER, C. ESPLUGUES MOTA, Dirs. *Persona y familia en el nuevo modelo de Derecho Internacional Privado*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 387-98 y pp. 399-410, respectivamente. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, *Derecho internacional privado*, Vol II, op. cit. p. 415-7, exponen con gran claridad las diferencias y las consecuencias prácticas, de conceptuar las adopciones internacionales transfronterizas o las adopciones internacionales con elemento extranjero.

⁵⁵ El propio Convenio de La Haya de 1993 en su artículo 29 establece la prohibición de contacto previo a la constitución de la adopción entre los adoptantes y los padres o guardadores del niño.

⁵⁶ L’authorité centrale communautaire a, par exemple, déjà accepté d’encadrer des dossiers où des contacts avaient eu lieu entre l’enfant et les candidats adoptants mais bien avant que le projet d’adoption ne naisse, notamment lorsqu’il s’agissait

samente en el año 2012 el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad recabó información a las Comunidades autónomas sobre estos casos. En relación a la idoneidad de los adoptantes, si bien era habitual que el nombre del menor se mencionase en los informes psicosociales previos al certificado, así como la situación de acogimiento previo, duración etc, el certificado de idoneidad era normalmente genérico (sin mencionar la identidad del menor) salvo en supuestos en los que constan informes técnicos del menor solicitados por un juez extranjero. En relación a la adoptabilidad del menor, en la mayoría de los casos se requirió a las personas que se ofrecían para la adopción que fueran ellas las que la acreditaran, aportando la documentación correspondiente del país de origen, lo cual era en la práctica muy complejo para muchas familias⁵⁷.

19. Excepcionalmente, puede haber casos en los que, si el menor acaba residiendo habitualmente en España, estableciéndose una figura de protección adecuada, normalmente un acogimiento familiar, la posterior adopción se constituya como “adopción nacional”. Naturalmente en estos supuestos, al existir un elemento relevante de extranjería, como es la nacionalidad del niño, los tribunales españoles deben plantearse su competencia judicial internacional (art. 15 de la LAI) que la tienen si la residencia habitual de adoptante o adoptado es España, y la ley aplicable que será la española (art. 18). Debe hacerse notar la particularidad que presentan los menores procedentes de Marruecos, Argelia y otros países de la zona, toda vez que el art. 19.4 de la LAI no permite constituir una adopción en España si está prohibida o no contemplada en la ley nacional del niño tal y como sucede en la legislación de gran parte de los países islámicos. En estos casos la adopción no podrá constituirse salvo que nos encontremos en dos supuestos: que el niño haya adquirido la nacionalidad española o que se encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública⁵⁸. No obstante, esta adopción podrá constituirse al llegar a la mayoría de edad.

20. Y es que precisamente, los casos que han llegado en apelación a Audiencias provinciales son de adopciones de mayores de edad, no siendo ya en este momento necesaria ni la idoneidad de los adoptantes ni la adoptabilidad del adoptado. Sin embargo, el CC exige en estos supuestos, que califica como excepcionales, que haya habido un acogimiento o una convivencia estable de un año⁵⁹. Cuando esta convivencia ha quedado acreditada se procede a la adopción⁶⁰. Sin embargo, dado que en los supuestos de estancias temporales, como he analizado, la convivencia suele ser por periodos vacacionales, como mucho de tres meses al año, se plantea el problema de que dicha convivencia no ha sido ininterrumpida. Dos recientes sentencias hacen una interpretación restrictiva y, a pesar de que estos periodos vacacionales “acumulados” sobrepasaban el año, se deniega la adopción al no tratarse de una convivencia ininterrumpida⁶¹. Debe advertirse, no obstante, que por Ley 26/2015 se modificó este precepto. Antes se exigía

d'adoptions d'enfants venus en Belgique dans le cadre d'accueil de vacances (Tchernobyl) (“L'adoption internationale: le bilan 7 ans après la réforme”. *Dossier thématique l'Adde*, septiembre 2010)

⁵⁷ En el informe del Justicia de Aragón, el instituto aragonés señala cómo obtienen algunas familias esta adoptabilidad: *Contactos previos a través de “facilitadores” con la familia, el Director del orfanato, etc., si el menor no es adoptable, para conseguir o informarse de su inscripción en el Registro de menores adoptables.*

⁵⁸ Puede verse al respecto s. ADROHER BIOSCA “La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria?”. *Revista de Derecho migratorio y extranjería*. 45, mayo-agosto de 2017, pp. 203-220. También M. J. SÁNCHEZ CANO “Adopción en España de menores en situación de kafala y ley nacional del adoptando” *CDT*, Vol. 10, No 2 (2018). pp. 931-946.

⁵⁹ *Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.*

⁶⁰ *Si bien Felicísima llegó a España inicialmente para pasar el verano con una familia extremeña de acogida, lo cierto es que se quedó (...) de forma permanente: llegó a España con 10 años y ha convivido con los hoy recurrentes (...) nueve años. No es que exista una convivencia estable, es más que eso: nos encontramos ante una larga, muy larga convivencia estable. Y se cumplen a la par los requisitos de las dos regulaciones que ha tenido en el tiempo el mencionado artículo 175.2 del Código Civil: Felicísima ha convivido con los adoptantes antes de cumplir 14 años y, por supuesto, ha convivido con ellos antes de alcanzar su mayoría de edad. Pero ha convivido con ellos no un año sino nada menos que ocho. Incluso ha seguido conviviendo después de los dieciocho años. En fin, la adopción es conforme a derecho. Nos da igual el régimen de acogimiento con que Felicísima iniciara su convivencia con don Aquilino y doña Celestina. El Código Civil equipara al acogimiento cualquier situación fáctica similar. Habla sin más de convivencia, basta por ello una mera guarda de hecho.* Auto de la AP de Badajoz (Sección 3a) núm.102/2017 de 28 junio (JUR\2017\246153).

⁶¹ Es el caso del Auto de la AP de Córdoba de 23 de febrero de 2018 (núm. 81/2018, JUR\2018\120739). Se trataba de

que “hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”. La nueva redacción presenta dos importantes modificaciones. No se exige ya el carácter ininterrumpido y además se suprime el límite de que la convivencia fuera anterior a que el adoptado hubiera cumplido los 14 años. No parece consistente la interpretación judicial restrictiva citada, con la nueva redacción del texto legal.

V. Consideraciones finales

21. A lo largo del trabajo he analizado brevemente el régimen jurídico de los menores desplazados temporalmente a España partiendo de los datos sobre el número y la procedencia de los que llegan anualmente. Tras el tratamiento de las cuestiones relativas al Derecho de extranjería, he estudiado los diversos aspectos que conciernen a la protección de estos menores desde la perspectiva del Derecho internacional privado y también del Derecho estatal.

Se manifiesta como evidente la necesidad de elaborar un protocolo estatal que establezca el procedimiento y los elementos de valoración de las familias que se ofrecen a recibir en sus hogares a estos menores, y también del seguimiento de las mismas, especialmente para evitar los casos de sustracción internacional de menores o de vulneración del derecho a la vida familiar, como se puso de relieve en la sentencia del TEDH.

Pero además sería importante para completar el régimen legal, incluir la figura de la guarda temporal en la legislación de protección de menores española que establezca el estatuto jurídico civil de las familias guardadoras y su posible y excepcional conversión en familias acogedoras.

un menor ucraniano que había pasado periodos vacacionales con una familia española (vacaciones estivales de los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2001, así como durante las navidades 2007 a 2008). La Audiencia señala al respecto: *es de remarcar que la exigencia o premisa legal exige que las situaciones de acogimiento o de convivencia no hayan sido interrumpidas pues la noción y significado de "ininterrumpido" va implícito en el sentido de una expresión que (amén de ubicarse en un marco de excepcionalidad) incluye los citados adverbio y adjetivo ("inmediatamente" y "estable")*. Es también el caso del Auto de la AP de Zaragoza de 12 de junio de 2018 (Roj: AAP Z 1596/2018 - ECLI: ES: APZ:2018:1596⁶). Los recurrentes alegan que desde el verano de 2000 al de 2013 han convivido con Tania los tres meses de verano, y otros tres en invierno durante 2014 y 2015, y desde agosto de 2016 hasta la fecha de interposición de la demanda -24 enero 2018-; que le han pagado sus estudios en Bielorrusia, donde ha cursado una carrera equivalente a Empresariales, le han tenido en su seguro médico particular y ha sido una hija más para ellos y una hermana para Otilia y Cosme, de 6 y 1 años de edad cuando iniciaron el contacto y hoy de 25 y 20 años. Pero dicen que desde el año 2000 a 2009, cuando Tania cumplió los 18 años, esta vivió con su familia de acogida, ininterrumpidamente, los tres meses de verano durante 9 años, esto es, 27 meses, periodo evidentemente superior al año exigido por el art. 75.2 CC, que no dice que este tiempo deba ser ininterrumpido. Sin embargo el tribunal concluye que lo que hay que entender es que la premisa legal del art 175.2 CC exige que las situaciones de acogimiento o de convivencia no hayan sido interrumpidas, pues la noción y significado de "ininterrumpido" van implícitos en el sentido de una expresión que, además de ubicarse en un marco de excepcionalidad, incluye los citados adverbio y adjetivo ("inmediatamente" y "estable").