

LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE EN SUPUESTOS DE KAFALA (قَلْافَك) INTERNACIONAL

THE APPLICATION OF DIRECTIVE 2004/38/EC IN AN INTER- NATIONAL KAFALA'S (قَلْافَك) CASES

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad San Jorge
Magistrado Suplente*

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5217>

Resumen: El incremento que ha experimentado en los últimos años el recurso a la Kafala de Derecho islámico por parte de ciudadanos residentes en la Unión Europea ha suscitado numerosos inconvenientes respecto a su calificación, dado que se trata de una figura desconocida en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En este sentido, surge la duda de si a los efectos de la Directiva 2004/38/CE, el menor en situación de Kafala estaría comprendido en la categoría de “descendiente directo” de un ciudadano de la Unión Europea o por el contrario, podría calificarse como “otros miembros de la familia”, en los términos del art.3.2 de la citada Directiva.

Palabras clave: *Kafala*, Directiva 2004/38/CE, libre circulación y residencia, Unión Europea.

Abstract: The increase in recent years in the use of the *Kafala* of Islamic law by citizens residing in the European Union has given rise to numerous problems with regard to its classification, given that it is an unknown figure in the legal systems of the Member States. In this sense, the question arises as to whether, for the purposes of Directive 2004/38/EC, the minor in a *Kafala* situation would be included in the category of “direct descendant” of a citizen of the European Union or, on the other hand, could be classified as “other family members”, in the terms of art. 3.2 of the above-mentioned Directive.

Keywords: *Kafala*, Directive 2004/38/EC, free movement and residence, European Union.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. II. Algunas consideraciones sobre la figura de la *kafala* (قَلْافَك). 1. Generalidades. 2. Breve referencia al régimen de la *kafala* (قَلْافَك) en el Derecho argelino. III. Aproximación a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. IV. Análisis de la STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C 129/18, SM / *Entry Clearance Officer, UK Visa Section*. 1. Antecedentes de hecho. 2. Estudio del fallo. A. ¿Es un “descendiente directo” en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38 el menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la “kafala” o a una disposición equivalente prevista en la legislación [de su país de origen]? B. ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor? C. ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor? IV. Reflexión final.

I. Planteamiento de la cuestión

1. El punto de partida del presente estudio se encuentra en la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea¹. El objeto de la norma, como su propio nombre indica, regula los requisitos y limitaciones para el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de los miembros de su familia, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos.

2. El art.2.2 de la Directiva determina quienes pueden considerarse miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea a los efectos de la aplicación de la mencionada Directiva. Este precepto se complementa con lo dispuesto en el art.3, que amplía el elenco de beneficiarios.

3. Concretamente, por lo que respecta a este trabajo, resultan relevantes los art.2.2.c) y 3.2.a) de la Directiva 2004/38/CE. Así, el primero de los preceptos citados incluye dentro de la definición del término “miembros de su familia” a los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja. En cuanto al segundo de los artículos a los que se ha hecho referencia, ordena facilitar la libre circulación y residencia a otros familiares distintos de los recogidos en la letra c) del art.2.2, que se encuentren a cargo o convivan en el país de procedencia con el ciudadano de la Unión Europea, beneficiario a título principal del derecho de residencia.

4. El problema se plantea cuando el permiso de entrada se solicita por parte de un nacional de la Unión respecto de un menor procedente de un tercer Estado, que se encuentra a su cargo en virtud de una *kafala* transnacional. Ello se debe a que la calificación de esta institución no es tarea sencilla, habida cuenta de que se trata de una institución propia del Derecho islámico, desconocida en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Surge entonces la cuestión de determinar si, atendiendo a los efectos que despliega la *kafala* procedente de un país islámico, el menor en situación de *kafala* (*makfoul*) puede beneficiarse del derecho a la libre circulación y residencia en la Unión Europea en los términos del art.2.2.c), del 3.2.a) o de algún otro precepto de la Directiva 2004/38/CE.

5. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema en la Sentencia dictada en el asunto C-129/18 (*SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*)². En este caso se trataba de la solicitud de un permiso de entrada en Reino Unido, requerido por dos cónyuges de nacionalidad francesa respecto de una menor argelina, en relación con la cual habían constituido una *kafala* en Argelia, conforme al Derecho de ese país. En la solicitud figuraba que la menor era hija adoptiva del matrimonio francés, pese a que, como más adelante se explicará, los efectos de la *kafala* no se corresponden con los de la institución adoptiva. Debido a que las autoridades británicas denegaron el permiso, SM interpuso los recursos pertinentes hasta llegar a la *Supreme Court of the United Kingdom* (Tribunal Supremo, Reino Unido), la cual suspendió el procedimiento y remitió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Es un “descendiente directo” en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38 el menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala* o a una disposición equivalente prevista en la legislación [de su país de origen]?”

¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158 de 30.4.2004, pp. 77–123). Corrección de errores (DO L 229 de 29.6.2004, pp. 35-48)

² STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C129/18, *SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section* (ECLI:EU:C:2019:248).

- 2) ¿Pueden interpretarse otras disposiciones de la Directiva 2004/38, en particular sus artículos 27 y 35, en el sentido de que puede denegarse la entrada de tales menores en el territorio si son víctimas de explotación, abusos o tráfico de seres humanos o están expuestos a ese riesgo?
- 3) ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor?”

6. Con carácter previo al examen de la resolución y del análisis de las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las tres cuestiones prejudiciales formuladas, conviene precisar cuáles son los efectos que despliega la figura de la *kafala* y su regulación en el Derecho argelino, junto con los aspectos más destacados de la Directiva 2004/38/CE.

II. Algunas consideraciones sobre la figura de la *kafala* (كفاليفك)³

1. Generalidades

7. Como es sabido, el Corán prohíbe la institución adoptiva⁴, si bien no deja de lado la protección de los menores, sino que la contempla en diferentes suras⁵. En efecto, en los países islámicos la protección de los niños huérfanos o desamparados se lleva a cabo mediante el recurso a la *kafala*, que constituye la figura que proporciona a los menores la máxima protección en dichos Estados. Se trata de una modalidad propia del Derecho musulmán, que puede desempeñar diversas funciones, pero cuyos efectos no resultan equivalentes a los de otras instituciones de protección de menores previstas en los sistemas jurídicos occidentales, incluido el Derecho español.

8. Más en concreto y en lo que interesa al presente trabajo, hay que dejar sentado que las facultades que derivan de la *kafala* se asemejan a los derechos y deberes derivados de las relaciones paternofiliales, así como que, al igual que otras figuras de protección de menores, se fundamenta en el interés del menor. No obstante, la *kafala* no comporta el establecimiento de vínculos de filiación entre el *kafil* y el *makfoul*, lo que la distingue de la adopción, aún en su modalidad de simple o no plena⁶. De

³ La transcripción del árabe de los términos que hacen referencia a esta institución es la que sigue: *Kafala* (كفاليفك), *kafil* (كفيليفك) y *makfoul* (كفاليفك). La traducción ha sido facilitada por Hani Al Rached, Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza.

En la elaboración de este apartado se han tomado en cuenta especialmente las siguientes obras: A. RODRIGUEZ BENOT, “La eficacia de la *Kafala* ante el ordenamiento español”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 127-155; N. MARCHAL ESCALONA, “Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l’ordre juridique espagnol (1)”, *Revue critique de droit international privé*, 104 (1), janvier-mars 2015, pp.89-113; K. QALD ALI, Y T. SAGHIR, “Acercamiento a la adopción en los países del Magreb”, en G. ESTEBAN DE LA ROSA (COOR.), *Regulación de la Adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 84 y ss.; y H. ZEKRI, “La *Kafala* en el Derecho marroquí”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispanomarroquíes*, Madrid, , 2009.

⁴ Este es el motivo de que sólo tres ordenamientos de tres países del mundo islámico contemplen la institución adoptiva: Turquía, Túnez e Indonesia. Vid. *Rapport n°164, Sénat, Session ordinaire de 2000-2001, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 décembre 2000*, p.15.

⁵ Concretamente, la prohibición se encuentra en los versículos 4 y 5 de la Sura 33 del Corán. A este respecto, resulta muy ilustrativo el razonamiento que se ofrece de los orígenes de la institución de la *Kafala* en H.ZEKRI Y J. OUHIDA, «Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí», A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.RODRÍGUEZ BENOT, H.ZEKRI Y J. OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 11-125. En esta obra se explica también como la prohibición de la adopción se recogió en los versos 5, 37 y 38 de la *Ázora* de los Partidos (*Al-Ahzab*). Puede consultarse también H. AL RACHED, « Protección de los menores no acompañados (MENAS) en el Derecho Internacional: Especial atención a la situación de los niños sirios » (Aceptado para su publicación en la *RJUAM*).

⁶ H.ZEKRI Y J. OUHIDA, « Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí», A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.RODRÍGUEZ BENOT, H.ZEKRI Y J. OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 13-14.

igual modo, la *kafala* difiere de la adopción porque aquella puede constituirse de manera transitoria y no permanente⁷.

9. Igualmente, conviene reseñar que, a diferencia de otras modalidades de protección de menores, como el acogimiento o la adopción, lo que en verdad caracteriza a la *kafala* es su naturaleza religiosa. Esto es así, dado que el *kafil*, junto con la obligación de cuidar y mantener al *makfoul*, asume igualmente el deber de instruirlo en la fe islámica. Este dato es importante, puesto que constituye del denominador común a las distintas regulaciones de la *kafala* existentes en los sistemas jurídicos de los países islámicos que la regulan⁸.

10. Asimismo, debe indicarse que en algunos ordenamientos de países musulmanes se recogen dos modalidades de *kafala*, la judicial y la notarial. Respecto de esta última, se ha puesto de manifiesto que pudiera dar lugar a *kafalas* fraudulentas, debido a la ausencia de controles legales y medidas de seguimiento, que puede derivar en prácticas contrarias a los intereses de los menores, colocándolos en situaciones de auténtica desprotección. Ello se debe, principalmente, a que se permite la constitución de *kafalas* notariales fuera del ámbito familiar, siendo el *kafil* una tercera persona con la que el *makfoul* no tiene ningún tipo de parentesco⁹.

11. Con todo, la *kafala* constituye una institución de protección de menores, que viene reconocida como tal medida en textos internacionales, como el art. 20.3 del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 o en el art.3.e).33 del 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 niños¹⁰.

⁷ H.ZEKRI Y J. OUHIDA, «Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí», A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.RODRÍGUEZ BENOT, H.ZEKRI Y J. OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 35-47. En esta obra se indica que en Derecho marroquí el papel de *kafil* lo pueden desempeñar los cónyuges y la mujer musulmana, mientras que el hombre musulmán sólo lo puede asumir en los supuestos previstos en la ley. De la misma manera, como dato distintivo de la institución adoptiva, cabe señalar que está previsto que la titularidad de la *kafala* recaiga en un establecimiento público o de una organización o asociación de carácter social catalogada como de utilidad pública.

⁸ Recuérdese que las autoridades marroquíes restringieron la constitución de *kafalas* transnacionales, ante el temor de que los menores fuesen educados en los países de recepción fuera de la fe musulmana, lo que conllevaría una grave trasgresión de la naturaleza de esta figura. A este respecto, el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí dictó la Circular nº 40 S/2 de Justicia. Debido a las restricciones introducidas por el Gobierno marroquí, el legislador español, modificó el art.19.4 LAI, mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm.180, 29 julio 2015), prohibiendo en ciertos casos la constitución en España de una adopción después de haberse decretado una *Kafala* en el Estado de origen del menor. Para mayor información, puede consultarse N. MARCHAL ESCALONA, “La *Kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista internacional de Derecho y Jurisprudencia* nº 3, 2013, Universidad de Almería, <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1782>. y M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y Ley Nacional del Adoptando”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, No 2, pp. 932-933.

⁹ En efecto, por ejemplo, en Derecho marroquí se regula la *kafala* judicial, que se constituye mediante resolución judicial del Juez de Tutelas, y la *kafala* notarial, que no precisa ni la declaración de abandono ni la apertura de procedimiento judicial alguno, y en la cual los padres confieren al *kafil* a su hijo, mediante lo que se conoce con el nombre de “acta adular”. Esta última modalidad de *kafala* suele llevarse a cabo dentro del ámbito familiar, aunque también puede acordarse a favor de terceras personas con las que no existe ningún lazo de parentesco, prescindiendo, en ocasiones, incluso del “acta adular”. H.ZEKRI Y J. OUHIDA, «Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí», *cit.*, pp. 47-51.

Respecto de las *kafalas* fraudulentas, la autora del presente trabajo ha tenido conocimiento de que en Ceuta y Melilla se han detectado posibles prácticas fraudulentas, cuyo objeto es la obtención de beneficios en los sectores de la nacionalidad y de la extranjería. La fuente de esta información se sitúa en una entrevista telefónica con la periodista Sabela González García, perteneciente a la Fundación PorCausa (<https://porcausa.org/persona/sabela-gonzalez/>) y que investiga el tema desde la perspectiva de las niñas y adolescentes marroquíes y su situación en Melilla, bajo el contexto de las migraciones y la tutela en la ciudad autónoma. Una información más completa de este asunto se publicará próximamente en S. GONZÁLEZ GARCÍA Y J. BAUTISTA, *Buscar la vida*, libros.com, <https://libros.com/crowdfunding/buscar-la-vida/>.

¹⁰ Ciertamente, la *kafala*, es una de las medidas de protección de menores que quedan cubiertas por el ámbito de aplicación de las normas internacionales mencionadas. Más todavía, durante los trabajos preparatorios del CH 1993 y en relación con la definición del art.2.2, que define la adopción como aquella institución que comporta un vínculo de filiación, se insistió por parte del delegado egipcio para que se solventaran los problemas que suscitaba el Proyecto de Convenio respecto a países que, como es el caso de Egipto, no reconocen la adopción, aunque disponen de otras instituciones de protección de los menores,

12. En este orden de cosas, cabe mencionar aquí que esta institución también ha sido objeto de tratamiento por el TEDH, que ha reconocido que la relación que instituye la *kafala* entre el *kafil* y el *makfoul* se encuentra protegida por el art.8 CEDH. En este sentido, parece oportuno comentar brevemente dos resoluciones del citado Tribunal. En primer lugar, la STEDH, Sección 5^a, de 4 de Octubre de 2012, rec. 43631/2009 (*Affaire Harroudj c. France*), que resolvió el recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal de *Grande Instance* de Lyon, por una ciudadana de nacionalidad francesa, ante la imposibilidad de constituir en Francia la adopción de una menor argelina, respecto de la cual se había decretado previamente una *kafala* en Argelia y que se encontraba en situación de abandono en dicho país. La recurrente invocó en su recurso la infracción de los arts. 8 y 14 del CEDH por parte de la ley francesa. El TEDH entendió que no se había producido vulneración alguna de las citadas normas y que, en consecuencia, la prohibición prevista en el art. 370-3 del *Code civil* francés se ajusta a lo dispuesto en el CH 1993. Igualmente, el TEDH resuelve que la *kafala* es una medida de protección de menores expresamente recogida tanto en el Convenio de Nueva York sobre derechos del niño como en el CH 1996, que se reconoce en el ordenamiento jurídico francés, equiparándola a tutela. Por consiguiente, el Tribunal entendió que la medida que incorpora el art. 370-3 del *Code civil* respeta el pluralismo cultural y mantiene un justo equilibrio entre el interés público y el de la recurrente.

13. En similares términos se pronunció el TEDH en el Caso *Chbihi Loudoudi* y otros contra Bélgica. (Sentencia de 16 diciembre 2014. TEDH 2014\101). En esta resolución, el Tribunal ponderó los intereses en conflicto y concluyó que tampoco hubo violación del art. 8 CEDH por la negativa de las autoridades belgas de no acordar una adopción, en tanto que del mismo no se desprende “una concepción unívoca del interés superior de la menor que exigiría el pronunciamiento de la adopción en el sentido de la legislación belga, cuando la niña ya disponía de una filiación previa”. Más aún, cuando la ley belga ofrece la posibilidad de garantizar la vida familiar a través de un procedimiento de tutela oficiosa, cuyos efectos se asemejan a los de la *kafala*¹¹.

2. Breve referencia al régimen de la *kafala* (كافل افك) en el Derecho argelino

14. En Argelia, el régimen de la *kafala* se rige por la *loi* n° 84-11 du 9 juin 1984 y los arts. 116 y ss. del *Code de la famille algérien*. En concreto, el art.16 de dicho texto legal define la *kafala* como el compromiso para hacerse cargo del mantenimiento, la educación y la protección un menor, de la misma manera que lo haría un padre para con su hijo y que se establece por un acto legal¹².

15. Por otra parte, como consecuencia del carácter religioso que tiene la *kafala*, el art.18 del *Code de la famille algérien* exige que el *kafil* profese la religión musulmana¹³. El *kafil* puede ser hombre

tales como la *kafala*. Por este motivo, el delegado egipcio, solicitó que la noción de adopción que se incorporase al Convenio fuera lo suficientemente amplia para comprender figuras como la *kafala*. Su propuesta, fue finalmente rechazada. Vid. G. PARRA ARANGUREN, “Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Informe explicativo”, <http://www.hcch.net/upload/brochure33es.pdf>, pp.27 y 28.

¹¹ Debido a la extensión del presente trabajo y en aras de la brevedad, no parece oportuno abordar en este momento el tratamiento de la *kafala* por la jurisprudencia española. No obstante, en referente a este tema, pueden resultar ilustrativas, debido a su reciente publicación: P. JUÁREZ PÉREZ, “La *kafala* islámica como institución de protección: interpretación y práctica españolas”, en M.A. CEBRIÁN SALVAT E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, pp.143-169 y M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Vol.2, Colección “Derecho y Letras” N°1, Murcia, 2019, pp.475-488.

¹² El art. 16 del *Code de la famille algérien* expone que la *kafala* constituye “*l’engagement de prendre bénévolement en charge l’entretien, l’éducation et la protection d’un l’éducation et la protection d’un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal*”.

¹³ El art.18 del *Code de la famille algérien* requiere que el *kafil* sea “*musulman, sensé, intègre, à même d’entretenir l’enfant recueilli et capable de le protéger*”.

o mujer, sin importar su estado civil, aunque, tratándose de una persona casada, se requiere el consentimiento del otro cónyuge¹⁴.

16. En cuanto al *makfoul*, es necesario que se trate de un menor de 19 años, nacional o extranjero, cuya filiación resulte conocida o desconocida, aunque si la filiación del menor es conocida, es necesario el consentimiento de los padres del niño, así como el del propio menor. En el supuesto de que los progenitores hayan fallecido o se hallen desposeídos de los derechos sobre el niño, el consentimiento lo emitirá el consejo de familia o el *directeur de l'Action Sociale*, si se tratase de un menor abandonado que se encuentre a cargo de los servicios sociales (arts.116-120 del *Code de la famille algérien*)¹⁵.

17. El *Code de la famille algérien* prevé dos tipos de *kafala*, la judicial y la notarial. Así, a *kafala* judicial, mayormente, tiene por objeto menores en situación de abandono, mientras que la *kafala* notarial suele ser intrafamiliar, dado que se utiliza, particularmente, en los supuestos en que los propios padres confían a los menores a otros parientes. En los dos supuestos es preciso el consentimiento de los padres o persona autorizada a tal fin y su constitución requiere de la apertura de un expediente al que deben aportarse idénticos documentos. La diferencia entre ambas modalidades estriba en que la *kafala* judicial se constituye por decisión judicial, mientras que la *kafala* notarial finaliza con un acta notarial.

18. En lo referente a los efectos de la *kafala*, los arts. 122-125 del *Code de la famille algérien* establece que la tutela legal del *makfoul* se atribuye al *kafil* y en consecuencia, el menor disfruta de los mismos beneficios, familiares, sociales y educativos que el hijo legítimo.

19. Por lo que respecta a las obligaciones y prerrogativas del *kafil*, la citada norma le faculta para administrar los bienes del menor, teniendo en cuenta su mejor interés, así como para establecer un legado o una donación a favor del *makfoul*, siempre dentro del límite de un tercio de sus bienes.

20. Muy interesante resulta la previsión introducida por el *Décret algérien n° 92-24 du 13 jan. 1992 modifiant le décret n° 71- 157 du 3 juin 1971 relatif au changement de nom*. Esta norma dispone que el *kafil* puede otorgar su apellido al *makfoul* si es de padre desconocido, en su caso, con el consentimiento de la madre biológica, si bien, esta coincidencia de apellidos, autorizada por el Ministro de Justicia, no significa que se establezcan lazos de filiación entre el *kafil* y el menor. Recalca, por tanto, el Decreto argelino, la regla básica del Derecho musulmán de que la *kafala* no instituye vínculos jurídicos de filiación, a diferencia de lo que ocurre con la institución adoptiva.

21. Para terminar, hay que señalar que, entre las causas previstas para el cese de la *kafala*, el *Code de la famille algérien* contempla que el *makfoul* haya alcanzado la edad de 19 años. Esta es otra nota que diferencia a la *kafala* de la adopción, que en nuestro país se configura como una institución de carácter irrevocable y que sólo regula la extinción en los supuestos excepcionales del art.180 Cc¹⁶.

¹⁴ Vid. *Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines La kafala algérienne* CICADE – 2015 / www.cicade.org <http://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-algérienne.pdf>.

¹⁵ Vid. *Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines La kafala algérienne* CICADE – 2015 / www.cicade.org <http://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-algérienne.pdf>.

¹⁶ La información de los párrafos 15-20 se ha obtenido de Vid. *Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines La kafala algérienne* CICADE – 2015 / www.cicade.org <http://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-algérienne.pdf>. También pueden encontrarse referencias a la *kafala* en el Derecho argelino en N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, La Ley Unión Europea, N° 71, 30 de Junio de 2019 (LA LEY 7510/2019).

III. Aproximación a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

22. El fundamento del derecho a la libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión Europea por todo el territorio de la Unión se sitúa en los arts.3.2 y 21, así como en los títulos IV y V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), junto al art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹⁷.

23. Más en concreto, a partir del Tratado de Ámsterdam, el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, trajo como consecuencia la elaboración de una política común en materia de inmigración y extranjería en Europa. Ello ha requerido de la aprobación de normas y medidas que se ocupen, entre otras cuestiones, de las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros Estados¹⁸.

24. A este respecto, para precisar el régimen de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea hay que partir del art.18 TFUE (art.12 TCE) y del 21 TFUE (art.18 TCE). El primero de los preceptos citados contempla la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad¹⁹. Mientras, el segundo de ellos otorga la titularidad directa del derecho a la libre circulación y residencia a los ciudadanos de la Unión Europea, desarrollando lo dispuesto en el art.20 TFUE (art.17 TFUE), que define el concepto de ciudadanía europea y enuncia algunos de los derechos que derivan de esta circunstancia. Estos presupuestos se han venido completando a través de diferentes Reglamentos y Directivas, así como mediante la jurisprudencia del TJUE²⁰.

25. En este punto, conviene dejar claro que, como ya se ha dicho, la titularidad del derecho originario a la libre circulación y residencia del art.21 TFUE viene atribuida en exclusiva a los ciudadanos de la Unión Europea y no corresponde a los nacionales de terceros Estados con residencia legal en la Unión. No obstante, el ejercicio de este derecho se ha hecho extensivo asimismo a los familiares de los ciudadanos de la Unión y asimilados, con el argumento de que favorece la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, por lo cual el establecimiento de límites desproporcionados supondría un obstáculo a dicha libertad. Todo ello, unido a la salvaguarda del derecho a la vida familiar, recogido, entre otros

¹⁷ Vid. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas*, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

¹⁸ Sobre este particular, hay que tener en cuenta que las primeras normas sólo contemplaban la libre circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento y venían recogidas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1.1.1, 2.1.5 y 2.1.4). El concepto de ciudadanía europea se incorporó en el Tratado de Maastricht, de tal manera que todos los nacionales de un Estado miembro son automáticamente ciudadanos de la Unión y en consecuencia, son titulares del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por su parte, el Tratado de Lisboa, además de confirmar este derecho, lo incluyó en las disposiciones generales sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. Vid. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas*, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

Por lo que respecta a la evolución de esta cuestión en los diferentes Tratados, Vid. M. MOYA ESCUDERO, “Un Código de derechos para los nacionales de terceros Estados residentes legales en la Unión: un avance en derecho antidiscriminatorio”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional* n° 34, 2017.

¹⁹ El apartado 2 del art.21 TFUE (art.18 TCE) faculta a Parlamento Europeo y al Consejo “adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos [libre circulación y residencia]”.

²⁰ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, N° 5771, Sección Unión Europea, 30 de Abril de 2003, Año XXIV, Ref. D-103, Editorial LA LEY (LA LEY 693/2003).

En cuanto a la jurisprudencia, han sido muchas las sentencias que ha ido modulando el régimen de la libre circulación y residencia en relación con la prohibición de discriminación. Entre otras, cabe mencionar algunas de las resoluciones más significativas que se dictaron a este respecto, como la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/96-*Martínez Sala* (ECLI:EU:C:1998:217) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-413/99 - *Baumbast y R* (ECLI:EU:C:2002:493).

textos, como el art. 7 CDFUE y el art.8 CEDH, se ha traducido en que los familiares de los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho derivado a la libre circulación y residencia²¹.

26. En la actualidad, las condiciones para el ejercicio de la libertad de circulación y residencia, temporal o permanente, de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familiares se encuentran reguladas en la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La Directiva se aprobó después de la supresión de las fronteras interiores, de conformidad con el Acuerdo Shengen y unifica en un solo texto otros instrumentos legislativos. Esta norma define igualmente los límites de dichas libertades por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, además de clarificar el régimen de los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, estudiantes o personas que no trabajen a cambio de una remuneración²².

27. Por lo que se refiere al presente trabajo interesa señalar que el art. 2.2) de la Directiva establece cuales son los sujetos que considera miembros de la familia:

- a) El cónyuge²³.
- b) La pareja de hecho registrada, cuando la legislación del Estado miembro de acogida equipare esta relación al matrimonio.
- c) Los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada.
- d) Los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada.

28. No cabe duda de que con la inclusión de los familiares que comprende el art.2.2 de la Directiva, lo que ha pretendido el legislador europeo es garantizar la continuidad de la situación familiar, en el caso de que estas personas deseen acompañar o reunirse con el ciudadano de la Unión Europea en otro Estado miembro (art.3.1)²⁴. Ténganse en cuenta aquí que la Directiva no opera respecto de aquellos

²¹ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y de residencia...cit”. y P. JIMÉNEZ BLANCO, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 2017, asunto C-165/16: *Lounes*”, *La Ley Unión Europea*, N° 56, 28 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 1305/2018).

²² Recuérdese que modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. A este respecto, consúltese Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

²³ Quedan comprendidos también los cónyuges del mismo sexo, conforme a lo resuelto en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16 - *Coman y otros* (ECLI:EU:C:2018:385).

²⁴ El TJUE ha puntualizado en qué supuestos estos familiares pueden ejercer el derecho derivado a la libre circulación y residencia. Son numerosas las resoluciones que han tratado esta materia, por poner algunos ejemplos, de entre todas ellas, cabe traer a colación las siguientes:

– Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de julio de 2008. Asunto C-127/08 - *Metock y otros* (ECLI:EU:C:2008:449), que dispone que la Directiva “se opone a la normativa de un Estado miembro que exige al nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en ese Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, una residencia legal previa en otro Estado miembro antes de su entrada en el Estado miembro de acogida para poder acogerse a las disposiciones de esa Directiva”.

– Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de febrero de 2010, de 2010, C-310/08 - *Ibrahim y Secretary of State for the Home Department* (ECLI:EU:C:2010:80), que establece que “los hijos de un nacional de un Estado miembro que trabaja o ha trabajado en el Estado miembro de acogida y el progenitor que tiene efectivamente su custodia pueden invocar, en este último Estado, el derecho de residencia [...] sin que tal derecho esté supeditado al requisito de que dispongan de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado”.

– Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de noviembre de 2012, Asunto C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm* (ECLI:EU:C:2012:691), que interpreta el artículo 3, apartado 1, de la Directiva en el sentido de que “no se le puede reconocer un derecho de residencia sobre la base de la Directiva 2004/38 a un nacional de un tercer país que, en el Estado de acogida, no ha acompañado al miembro de su familia ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación ni se ha reunido con él”. Consecuentemente, el Tribunal concluye que “cuando tampoco existe otro elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía, un nacional de un tercer país no puede invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión”.

ciudadanos de la Unión que no hayan ejercido su libertad de circulación, toda vez que siempre han residido en su Estado miembro de origen. En consecuencia, ni estos ciudadanos ni sus familiares pueden beneficiarse del régimen de la Directiva 2004/38/CE²⁵.

29. Del mismo modo, el art.3.2 de la Directiva dispone que “el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas:

- a) Cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia;
- b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada”.

30. Aquí, hay que hacer hincapié en que el legislador europeo deja al arbitrio de cada Estado miembro el reconocimiento del derecho de entrada y residencia de estos sujetos, dado que no se plantea como una obligación, si bien es cierto que las regulaciones de los Estados miembros deberán facilitar el ejercicio de este derecho, introduciendo en su normativa interna los parámetros para hacerlo efectivo de la manera más adecuada. Por tal motivo, es preciso que las autoridades de los Estados miembros dispensen a las personas que recoge el art.3.2 de la Directiva un trato más beneficioso que a los nacionales de terceros Estados no comprendidos en dicho precepto y que sus resoluciones estén debidamente motivadas²⁶.

31. En relación con la aplicación de la Directiva, debe advertirse que se han constatado graves deficiencias, que, lejos de garantizar la libre circulación y residencia, suponen obstáculos al ejercicio de dichas libertades. Así lo acreditan los informes de la Comisión y estudios del Parlamento sobre la aplicación de la Directiva, los procedimientos por incumplimiento contra Estados miembros por transposición incorrecta o incompleta, el notable número de peticiones formuladas frente al Parlamento, así como también la ingente cuantía de asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia. En este punto, no pueden desconocerse que varios Estados miembros, durante los años 2013 y 2014, se quejaron de la existencia de situaciones de abuso por parte de ciudadanos de la Unión con lo que denominaron “fines de turismo de prestaciones sociales”, de donde surgieron propuestas de reformas, que han quedado en suspenso debido a la decisión del Reino Unido de abandonar la Unión Europea²⁷.

32. Por último, hay que indicar que la Directiva 2004/38/CE se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico español a través del Texto consolidado del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007)²⁸.

²⁵ Vid. M. VINAIXA MIQUEL, “El derecho de residencia de los nacionales de terceros estados, familiares de ciudadano de la UE, en el territorio del estado de origen (Comentario a la STJUE de 12 de marzo de 2014, As. C-456/2012, *O y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y B*)”, *La Ley Unión Europea*, N° 16, Junio 2014, Año II, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 3955/2014) y P. JIMÉNEZ BLANCO, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia...cit”.

²⁶ Así lo interpreta la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2012, Asunto C-83/11 - *Rahman y otros* (ECLI:EU:C:2012:519).

Asimismo, consúltese M. N. ARRESE IRIONDO, “la nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto (2014), pp.182-183.

²⁷ Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

²⁸ Para estudiar con mayor profundidad el Texto consolidado del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/38/CE, puede consultarse A. ORTEGA GIMÉNEZ, “ESPAÑA: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y “asimilados”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* N° 13, pp. 87-107.

IV. Análisis de la STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C 129/18, SM / *Entry Clearance Officer, UK Visa Section*

1. Antecedentes de hecho

33. Conviene recordar muy brevemente lo dicho en relación con el objeto del litigio al introducir el presente trabajo. En síntesis, la controversia presenta diversos elementos que, para una mejor comprensión de las cuestiones prejudiciales formuladas, parece oportuno desglosar:

- 1º) Se trata de un matrimonio, en el cual ambos cónyuges (Sr. y Sra. M) ostentan la nacionalidad francesa, que residen en el Reino Unido, lugar donde contrajeron matrimonio, ocho años antes del inicio del procedimiento de constitución de la *kafala* en Argelia, y en el cual tienen residencia permanente.
- 2º) Los cónyuges constituyeron en Argelia y con arreglo al Derecho argelino, una *kafala* respecto de una menor nacional de dicho país (SM), que se encontraba en situación de abandono y bajo la tutela de las autoridades argelinas.
- 3º) La *kafala* se decretó en Argelia por resolución judicial, por la cual se otorgó la patria potestad de acuerdo con la legislación argelina. En virtud de dicha decisión judicial, los cónyuges, se comprometían a “impartir a la niña [...] una educación islámica, procurar su bienestar físico y moral, cubrir sus necesidades, ocuparse de su educación, tratarla como si fueran sus padres biológicos, protegerla, defenderla ante la justicia y asumir la responsabilidad civil por actos lesivos”.
- 4º) Igualmente, conforme a la citada resolución, el Sr. y la Sra. M asumían el derecho a obtener “prestaciones familiares, subsidios e indemnizaciones reclamables, a firmar todos los documentos administrativos y de viaje y a viajar con SM fuera de Argelia”.
- 5º) Posteriormente, otro Tribunal argelino, dictó una decisión que autorizaba a SM a cambiar el apellido que constaba en el acta de nacimiento por el de los Sres. M.
- 6º) El Sr. M hubo de regresar al Reino Unido, donde, recuérdese, tenía residencia permanente, por motivos de trabajo, si bien su esposa permaneció en Argelia junto a la menor.
- 7º) Meses después, SM instó la solicitud de permiso de entrada al Reino Unido, alegando su condición de hija adoptiva del Sr. M, nacional del EEE. Las autoridades del Reino Unido denegaron esta pretensión, con fundamento en que la tutela en régimen de *kafala* argelina no se reconoce como adopción a efectos del Derecho del Reino Unido y que no constaba que se hubiera presentado solicitud de adopción internacional.
- 8º) Ante la negativa de las autoridades del Reino Unido a conceder el permiso solicitado por SM, la menor interpuso los recursos pertinentes hasta llegar a la *Supreme Court of the United Kingdom* (Tribunal Supremo del Reino Unido), que, al amparo del art.267 TFUE, formula al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales que a continuación se examinarán.

2. Estudio del fallo

34. Para una mejor sistematización de la exposición, se seguirá el orden de las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia.

A. ¿Es un “descendiente directo” en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38 el menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la “kafala” o a una disposición equivalente prevista en la legislación [de su país de origen]?

35. A la vista de la cuestión prejudicial que se formula, el Tribunal ha de dilucidar la interpretación que debe darse a la expresión “descendiente directo” del art. 2.2.c) de la Directiva 2004/38, en tanto

que de ello depende que SM sea beneficiaria de los derechos de libre circulación y residencia previstos en la propia Directiva, en los términos de su art. 3.1²⁹. La cuestión no es baladí, pues, recuérdese, que, como se ha explicado en apartados anteriores los descendientes directos menores de 21 años de los ciudadanos de la Unión gozan a título derivado del derecho de entrada y residencia en el Estado miembro donde residen tales ciudadanos de forma automática.

36. Con la finalidad de responder a esta cuestión, el TJUE comienza analizando el contenido del Derecho argelino y los efectos que despliega la *kafala* en dicho ordenamiento jurídico, estableciendo las diferencias con la institución adoptiva. En este punto, todos los Gobiernos que presentaron observaciones hacen hincapié en un mismo dato: la *kafala* de Derecho argelino no instituye ningún vínculo jurídico de filiación entre el *kafil* y el *makfoul*. Por consiguiente, a los efectos de la aplicación del art.2.2.c) de la Directiva 2004/38, entienden que esta institución no encuentra cabida en el concepto de “descendiente directo” que exige la existencia de un vínculo de filiación, ya sea por naturaleza o por adopción, entre los menores y los ciudadanos de la Unión Europea.

37. El Tribunal de Justicia también toma en consideración los argumentos de SM, *Coram Children's Legal Centre (CCLC)*, *AIRE Centre* y la Comisión Europea, que aducen que el concepto de “descendiente directo” puede amparar a los menores que, como en el caso de la *kafala* de Derecho argelino, se encuentran bajo la tutela legal permanente de un ciudadano de la Unión. Fundamentan estas partes su posición en el principio del interés del menor y en la continuidad de la vida familiar que los menores tienen con sus tutores.

38. En resumen, el Tribunal de Justicia, atendiendo al principio de igualdad y a la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, sostuvo que el término “descendiente directo” debe ser objeto de una interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión³⁰. Más aún, cuando el precepto en cuestión no recoge remisión expresa al Derecho nacional de los Estados miembros y habida cuenta que la Directiva no contempla una definición de dicho concepto.

39. Justamente, puesto que la Directiva no define qué debe entenderse por “descendiente directo”, el TJUE, trayendo a colación su propia doctrina, entiende que no cabe limitarse al sentido literal de la disposición, sino que, además, han de valorarse otros elementos tales como el contexto y objetivos que pretende alcanzar la norma en la que se integra³¹. En este punto, no debe olvidarse que el propósito de esta norma consiste en favorecer la libre circulación de los ciudadanos de la Unión por todo el territorio de la Unión Europea, principio éste que se encuentra recogido en el art.21 TFUE y que se vería conculcado de establecer obstáculos desproporcionados a su ejercicio. Como tampoco puede desconocerse que con esta finalidad se ha hecho extensiva dicha libertad a otros sujetos, como los mencionados en el art.2.2 de la Directiva, dado que, de este modo, se reconoce la continuidad de la relación familiar, ante la hipótesis de que estas personas quieran seguir al ciudadano de la Unión a otro Estado miembro o reunirse con él en dicho Estado.

40. A la vista de tales argumentos, a los efectos de la aplicación de la Directiva, el Tribunal de Justicia construye un concepto autónomo, independiente del previsto en los ordenamientos de los Estados miembros y así, concluye que no cabe duda de que la noción de “descendiente directo” comporta la existencia de un vínculo jurídico de filiación entre el menor y el progenitor, ciudadano de la Unión Eu-

²⁹ Esta misma opinión se sostiene en N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit”.

³⁰ Acoge aquí el TJUE la doctrina anteriormente expuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10 (ECLI:EU:C:2011:866). También ha sido utilizado este principio en el Asunto, C-673/16- *Coman*, antes mencionado.

³¹ Este es el sentido de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 7 de octubre de 2010, Asunto C-162/09-*Lassal*, ECLI: EU:C:2010:592, que reproduce la doctrina establecida, respecto de la interpretación del Derecho de la Unión Europea en general, en otras resoluciones, tales como la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2009, Asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07 (ECLI:EU:C:2009:716), entre otras.

ropea. Ahora bien, el TJUE determina que ha de otorgarse un significado amplio a la expresión “vínculo de filiación, en el sentido de que comprende tanto el vínculo que deriva de la filiación por naturaleza como el que se instituye por adopción”³².

41. Luego, a juicio del Tribunal, no sólo los hijos biológicos entrarían dentro de la definición de “descendiente directo”, sino que, en lo referente a la Directiva, también estarían comprendidos los hijos adoptivos. Ello, siempre y cuando se acredite que, como consecuencia de la adopción, se ha generado un vínculo jurídico de filiación entre el adoptando y el adoptante, ciudadano de la Unión. Debe señalarse aquí que el TJUE requiere únicamente que la adopción comporte el establecimiento de un vínculo de filiación, sin exigir que dicho vínculo sea equivalente al de la filiación por naturaleza, en sintonía con lo dispuesto en el art.2.2 del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional³³. Ello supone que quedan comprendidos dentro del concepto de “descendiente directo” de la Directiva tanto los adoptados en forma plena como los adoptados en forma simple, pero no abarca a los sujetos amparados bajo otras instituciones de protección de menores que no establezcan un vínculo jurídico de filiación, como es el caso de la *kafala*.

42. A esta conclusión llega, asimismo, el Tribunal de Justicia, que, finalmente, deja bien sentado que “no puede considerarse que un menor que se halla bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión con arreglo a dicha institución sea “descendiente directo” de un ciudadano de la Unión”, habida cuenta que, como ya se ha explicado al comentar la regulación argelina de la *kafala*, esta figura no crea un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makfoul*³⁴.

43. Sin embargo, el Tribunal de Justicia opta por dar respuesta a la solución litigiosa recurriendo a otro precepto de la Directiva, cual es el art.3.2. a), salvaguardando, de este modo, tanto el principio del interés superior del menor³⁵ como la unidad y continuidad familiar a la que se ha aludido con anterioridad y que, como se viene afirmando, es uno de los objetivos de la Directiva relativa a la libre circulación. Entiende, por tanto, el Tribunal que, por los motivos que se acaban de exponer, la menor SM no se halla entre los familiares comprendidos en la definición del punto 2 del art.2 de la Directiva 200/38, pero, opina que su situación puede entrar en el ámbito de aplicación del art.3.2 a), toda vez que la menor SM puede considerarse como “otro miembro de familia” que se encuentra, en virtud de la *kafala*, decretada en el país de origen de la niña, a cargo del ciudadano de un ciudadano de la Unión que es beneficiario del derecho de residencia con carácter principal. No se olvide el compromiso asumido por el *kafil*-en este caso, los Sres. M-de conformidad con la legislación argelina y que se centra en hacerse cargo del mantenimiento, la educación y la protección del *makfoul*-la menor SM- de la misma manera que lo haría un padre para con su hijo.

44. Consecuentemente con todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia dispone que, atendiendo al art.3.2 de la Directiva, los Estados miembros deberán, conforme a su legislación nacional, facilitar la entrada y la residencia de las personas que, como SM, “mantengan con un ciudadano de la Unión

³² Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit” y M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo...cit”, pp.484-487.

³³ El CH 1993 contempla un concepto amplio de adopción, que cubre tanto las adopciones plenas, cuyos efectos se corresponden con la filiación por naturaleza, como las simples, que aunque establecen un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado, no comportan la ruptura de vínculos entre éste y su familia de origen. De la misma manera, el CH 1993 comprende dentro de su ámbito de aplicación las adopciones revocables.

³⁴ Vid. M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo...cit”, pp.484-487. Destaca un sector doctrinal que de no haber recurrido el TJUE a una interpretación autónoma y uniforme del concepto de “descendiente directo”, se hubiera corrido el riesgo de que, a la luz del Derecho nacional, algún Estado miembro hubiera considerado que los menores en situación de *kafala* son “descendientes directos” del ciudadano en cuestión, pudiendo dar lugar a interpretaciones diferentes en otros Estado miembros, lo que restringiría la libertad de circulación de aquellos ciudadanos que fuesen objeto de un trato desigual. Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit”.

³⁵ El TJUE ha tomado en consideración el principio del interés del menor en numerosas sentencias. Por todas, Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15 - *Chavez-Vilchez y otros* (ECLI:EU:C:2017:354).

relaciones familiares estrechas y estables por razón de circunstancias de hecho específicas, como una dependencia financiera, una relación de convivencia o motivos graves de salud”³⁶. A tal fin, puntualiza el Tribunal que, en supuestos como el examinado, en el cual hay una menor que se encuentra bajo la tutela de un ciudadano de la Unión, en virtud de una *kafala* de Derecho argelino, los Estados miembros deberán dictar una resolución (motivada, si es denegatoria), con fundamento en un análisis detallado de la situación personal, a la luz de las circunstancias presentes en cada caso concreto³⁷, así como de todos los intereses en juego y en particular, teniendo en cuenta el interés del menor y el derecho al respeto a la vida familiar³⁸.

45. El Tribunal, no obstante lo dicho anteriormente, ordena ponderar también en cada supuesto examinado la concurrencia de peligro o riesgo de que los menores tutelados puedan ser víctima de abuso, explotación o tráfico. En este punto, matiza el TJUE que no cabe deducir esta situación de riesgo del hecho de que el Estado donde se ha constituido la *kafala* establezca un procedimiento menos riguroso y garantista que el del Estado miembro de acogida. A este respecto, parece oportuno hacer una precisión y es que, sin descartar que los Estados miembros puedan efectuar los controles que estimen convenientes, la eventualidad de que aparezcan conductas fraudulentas y contrarias al interés del menor se ven mitigadas en el caso de la *kafala* argelina, toda vez que su regulación se inspira en los principios del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño³⁹. Máxime, si como en el caso enjuiciado, se trata de una *kafala* judicial, cuyas garantías son mayores que en los supuestos de *kafala* notarial, como se ha explicado más arriba.

46. En definitiva, el Tribunal de Justicia resuelve que, si queda demostrada la existencia de una vida familiar efectiva y de una relación de dependencia entre el menor y su tutor, los Estados miembros, dando cumplimiento al principio del interés del menor y al derecho a la vida familiar, deberán conceder al menor el derecho de entrada y residencia, con la finalidad de que pueda convivir con su tutor en el Estado miembro de la residencia de éste. Esta solución resulta acorde con lo dispuesto en los arts.7 y 24 CDFU, en relación con el Considerando 31 de la Directiva, y en el art.8 CEDH, así como con la jurisprudencia del TEDH en interpretación de este último precepto, que ha sido estudiada en un apartado anterior del presente trabajo.

47. Por último, no está de más introducir una reflexión acerca del art.3.2 de la Directiva 2004/38. Así, un sector doctrinal se pregunta si a los efectos de aplicar este precepto, resulta necesario el reconocimiento previo de la *kafala*, señalando que la doctrina mayoritaria entiende que no es posible obviar este trámite. Sin embargo, estos autores advierten que, en la práctica, las autoridades administrativas suelen limitarse a verificar un control formal de la documentación aportada, sin atender a la validez de la *kafala*. Las críticas a esta actuación quedan matizadas en tanto que la aplicación de las normas de

³⁶ Continúa el Tribunal de Justicia la línea jurisprudencial emprendida en el Asunto C-83/11 - *Rahman y otros*, ya citado, en la cual, además, el Tribunal deja sentado que “Para que una persona esté comprendida en la categoría de miembro de la familia “a cargo” de un ciudadano de la Unión contemplada en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, la situación de dependencia debe existir en el país de procedencia del miembro de la familia de que se trate, y ello al menos en el momento en que dicha persona solicita reunirse con el ciudadano de la Unión a cuyo cargo está”.

³⁷ Entre esas circunstancias, el Tribunal destaca: “la edad desde la que los menores se hallen en régimen de “*kafala*” argelina, la existencia de vida en común de los menores con sus tutores desde el inicio de dicho régimen, el grado de las relaciones afectivas que se hayan entablado entre los menores y sus tutores y el nivel de dependencia de los menores respecto de sus tutores en la medida en que estos asumen su patria potestad y guardia legal y económica”.

³⁸ Apoya su argumentación el Tribunal en numerosas resoluciones anteriores. Sirva como ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14- Rendón Marín (ECLI:EU:C:2016:675), en la cual se lleva a cabo una interpretación del art. 21 TFUE y de la Directiva 2004/38/CE “en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado, progenitor de un hijo menor de edad ciudadano de la Unión y nacional de un Estado miembro distinto del Estado miembro de acogida, que está a su cargo y que reside con él en el Estado miembro de acogida, debido únicamente a que dicho nacional de un tercer Estado tiene antecedentes penales”.

³⁹ Vid. P. JUÁREZ PÉREZ, “La *kafala* islámica como institución de protección...cit.”, pp.149 y 150.

Derecho Internacional Privado en supuestos como el examinado podrían menoscabar el derecho a la vida familiar⁴⁰.

B. ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor?”

48. Sobre este particular, recuerda el Tribunal que los menores respecto de los cuales se planteó la cuestión prejudicial no quedan cubiertos por el concepto de “descendientes directos” del art.2.2.c) de la Directiva, sino que su situación se debe valorar al amparo del art.3.2 del mismo texto legal. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no entra a responder esta cuestión.

C. ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor?

49. Por idénticos motivos que en la cuestión prejudicial anterior, el Tribunal de Justicia considera que no resulta procedente entrar a valorar esta cuestión prejudicial⁴¹.

IV. Reflexión final

50. El presente estudio ha puesto de manifiesto como la particular naturaleza de la *kafala*, y los efectos que despliega, tal como se regula en los ordenamientos jurídicos de los países islámicos, plantea numerosos retos a los que deben enfrentarse los diferentes operadores jurídicos y de los cuales, no se ha librado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello, toda vez que ha tenido que pronunciarse, en orden a la aplicación de la Directiva 2004/38, sobre el encaje de la situación de una menor respecto de la cual ejerce la tutela un ciudadano de la Unión en virtud de una *kafala*,.

51. En su Sentencia dictada en el asunto C-129/18 el Tribunal de Justicia lleva a cabo un ejercicio de justicia internacional que debe valorarse muy positivamente, puesto que solventa el difícil problema que plantea el la acomodación de la figura del *makfoul* en los supuestos previstos en la citada Directiva. Esto, dado que la *kafala* no establece vínculo jurídico de filiación entre el menor y el *kafil* y de que, en consecuencia, de la misma tampoco deriva relación de parentesco o familiar alguna.

52. Ciertamente, la menor SM no puede ser considerada como “descendiente directo” de la persona bajo cuya tutela se encuentra con arreglo a la *kafala*, motivo por el cual no podía gozar de los derechos que atribuye la Directiva a los sujetos comprendidos en el art.2.2. c). Luego, si el Tribunal no hubiera entendido que la tutela asumida conforme a la *kafala* colocaba a la menor en una situación asimilable a la de los “otros familiares” que convivan o dependan de un ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, se hubiera impedido que las autoridades de los Estados miembros de acogida valorasen la oportunidad de conceder la entrada y residencia de la menor

⁴⁰ Vid. M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La kafala del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo...cit”, pp.486-487 y N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit”.

⁴¹ El hecho de que el TJUE no haya dado respuesta a estas dos cuestiones prejudiciales planteadas ha sido objeto de críticas en N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit”.

en su territorio, en los términos del art.3.2 de la Directiva. Ello hubiera supuesto otorgar a SM un trato menos favorable que el previsto para las solicitudes de entrada y residencia de otros sujetos, nacionales de terceros Estados, no comprendidos en el ámbito de aplicación del art.3.2 de la Directiva 2004/38.

53. Ninguna duda cabe de que la respuesta del Tribunal de Justicia, al mismo tiempo que garantiza el derecho originario a la libre circulación y residencia del tutor, se ajusta al principio del interés del menor, que resulta básico cuando se trata de la protección de los niños y adolescentes, y que se encuentra recogido en diferentes textos internacionales, en particular, en el Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, en cuyo art.20, además, se contempla la *kafala* como una de las medidas de protección adecuadas para los niños que se encuentran privados de su medio familiar. Igualmente, la decisión del Tribunal resulta respetuosa con el derecho a la vida familiar (art.7 CDFUE y art.8 CEDH), más aún, teniendo en cuenta que el TEDH ha interpretado que la relación que se origina como consecuencia de la *kafala* entre el *kafil* y el *makfoul* se encuentra protegida por el art.8 CEDH.

54. Por el contrario, no puede calificarse de acertada la decisión del Tribunal de Justicia de no pronunciarse acerca de las otras dos cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal del Reino Unido. No es posible, por tanto, acoger la excusa esgrimida por el Tribunal, en el sentido de que ambas cuestiones se han formulado para “el supuesto de que menores que, como SM, se hallan bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la “*kafala*” argelina estén comprendidos en el concepto de “descendientes directos” de dichos ciudadanos a los efectos del artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38. Lo lógico hubiera sido que el Tribunal de Justicia resolviera las cuestiones, partiendo de que estos menores están comprendidos en el apartado 2 del art.3 de la Directiva, en los términos de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial y teniendo en cuenta el hecho de que una institución no se encuentre regulada en la ley del Estado miembro de acogida no significa que sus efectos resulten contrarios al interés del menor.