



Prensa e Información

Tribunal de Justicia de la Unión Europea
COMUNICADO DE PRENSA n° 16/19

Luxemburgo, 26 de febrero de 2019

Conclusiones del Abogado General en el asunto C-129/18
SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section

El Abogado General Campos Sánchez-Bordona propone al Tribunal de Justicia que declare que un menor acogido según el régimen de tutela de la *kafala* argelina por un ciudadano de la Unión no puede ser considerado «descendiente directo» de dicho ciudadano

Sin embargo, el Estado miembro en el que resida ese ciudadano debe facilitar, previa evaluación, la entrada y residencia del menor en su territorio

Dos cónyuges de nacionalidad francesa, residentes en el Reino Unido, solicitaron a las autoridades de este país un permiso de entrada, en calidad de adoptada, de una menor argelina cuyo acogimiento se les había atribuido en Argelia bajo la fórmula de la *kafala*, institución del Derecho de familia existente en algunos países de tradición coránica. La menor había sido abandonada después de su nacimiento. Su custodia legal le fue reconocida a la pareja mediante resoluciones de las autoridades argelinas. Ante la negativa de las autoridades británicas a conceder el permiso, contra la que la menor interpuso los correspondientes recursos, la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo, Reino Unido) pregunta al Tribunal de Justicia, en síntesis, si la Directiva relativa a la libre circulación¹ permite calificar a dicha menor de «descendiente directo» de quienes la acogieron en *kafala*.

La Directiva contempla dos vías para que un menor que no sea ciudadano de la Unión pueda entrar y residir en un Estado miembro en compañía de las personas con las que tiene una «vida familiar». En el caso de los descendientes directos, la continuidad de la vida familiar se produce de manera prácticamente automática, mientras que, cuando se trata de cualquier otro miembro de la familia que esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, es preciso ponderar previamente las circunstancias.

En sus conclusiones presentadas hoy, el Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona considera que **no puede calificarse de «descendiente directo» de un ciudadano de la Unión, en el sentido de la Directiva, a un menor que sólo se halla bajo la tutela legal de aquél, conforme a la institución de la *kafala* vigente en Argelia.**

El Abogado General expone que, en Argelia, la *kafala* es una modalidad de acogimiento mediante la que un musulmán adulto se hace cargo del cuidado, la educación y la protección de un menor, asumiendo su tutela legal temporalmente (hasta la mayoría de edad del menor), sin que se creen lazos de filiación ni equivalga a la adopción, explícitamente prohibida en ese país. La *kafala* es además, revocable.

El Abogado General determina, a continuación, que el concepto de «descendiente directo» de la Directiva, como subcategoría específica de los «miembros de la familia», es un concepto

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 2004, L 158, p. 77).

autónomo en el Derecho de la Unión, que ha de ser objeto de una interpretación uniforme en la misma.

Seguidamente, señala que, a su entender, la noción de descendientes directos que emplea la Directiva engloba tanto a los hijos biológicos como a los adoptivos, puesto que jurídicamente la adopción tiene la consideración de filiación a todos los efectos. De este modo, si la *kafala* pudiera catalogarse como una modalidad de adopción, el menor podría convertirse, en su calidad de hijo adoptivo, en «descendiente directo» de quienes lo acogieron. El Abogado General considera sin embargo que **la nota esencial que separa la adopción de la *kafala* es, precisamente, el vínculo de filiación**. Mientras que la *kafala* no crea lazos de filiación, la adopción lo hace siempre. Señala que a este mismo resultado se llega tras examinar los diferentes tratados internacionales pertinentes,² que regulan, por un lado, la adopción y, por otro lado, figuras de protección del menor como la *kafala*, sin equipararlas en ningún momento. Recuerda asimismo que el propio Derecho argelino, al permitir esta modalidad de acogimiento y prohibir simultáneamente la adopción, se opone a dicha equiparación. **Las personas que acogen al menor reciben únicamente su tutela legal, pero la *kafala* no convierte al menor en su descendiente directo**. Ello no impide sin embargo que, una vez constituida la *kafala*, las personas que han acogido al menor decidan adoptarlo, si lo creen conveniente y el ordenamiento jurídico del país correspondiente lo permite. El Abogado General destaca que esta solución, seguida en algunos Estados miembros, permitiría que el menor ulteriormente adoptado adquiriese la condición de descendiente directo de los adoptantes y, como tal, pudiese entrar y residir en el Estado miembro donde aquéllos tienen su domicilio.

No obstante, el Abogado General estima que **el referido menor podría ser considerado «otro miembro de la familia», si se cumplen los demás requisitos y previa la tramitación del procedimiento previsto en la Directiva, debiendo el Estado miembro de acogida facilitar, de conformidad con su legislación nacional, su entrada y residencia en dicho Estado, tras haber ponderado la protección de la vida familiar y la defensa del superior interés del menor**. En opinión del Abogado General, el hecho de que se cierre la vía de los descendientes directos no tiene por qué suponer una cortapisa al desarrollo de la vida familiar –derecho consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE– cuando la alternativa prevista por la propia Directiva (la concesión del permiso de residencia sujeto al control de que la menor esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia) no impide lograr una protección jurídica *real* de esa misma vida familiar. El Abogado General recuerda que la protección del interés superior del menor debe primar en todas las decisiones y actos adoptados en relación con él. En el ámbito de la Directiva, la garantía de esa protección también puede mantenerse si se sigue esta segunda vía, que al establecer un procedimiento de evaluación previa, brinda un marco jurídico adecuado para que la protección del menor sea efectiva en el interior de la Unión, al tiempo que concilia los objetivos originarios de la institución de tutela (*kafala*) con el derecho a la vida familiar.

El Abogado General considera que las medidas previstas en la Directiva (limitación de la libertad de circulación y residencia de un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, o de éste mismo, o denegación, extinción o retirada de cualquier derecho conferido por la propia Directiva) pueden ser aplicadas, respectivamente, si concurren razones de orden público, seguridad pública o salud pública, así como si se produce abuso de derecho o fraude. No obstante, considera que las mencionadas circunstancias no se dan en este caso.

Por último, el Abogado General señala que, en el procedimiento de evaluación previa aplicable en el caso de los «otros miembros de la familia», las autoridades del Estado miembro de acogida pueden indagar si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor.

² Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, de 20 de noviembre de 1989; Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, firmado en La Haya en 1993; Convenio 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, firmado en La Haya en 1996.

NOTA: Las conclusiones del Abogado General no vinculan al Tribunal de Justicia. La función del Abogado General consiste en proponer al Tribunal de Justicia, con absoluta independencia, una solución jurídica al asunto del que se ocupa. Los jueces del Tribunal de Justicia comienzan ahora sus deliberaciones sobre este asunto. La sentencia se dictará en un momento posterior.

NOTA: La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

Documento no oficial, destinado a los medios de comunicación y que no vincula al Tribunal de Justicia.

El [texto íntegro](#) de las conclusiones se publica en el sitio CURIA el día de su pronunciamiento.

Contactos con la prensa: Cristina López Roca ☎ (+352) 4303 3667.