Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 26 de febrero de 2019 [1]

Asunto C-129/18

SM
contra
Entry Clearance Officer, UK Visa Section

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo, Reino Unido)]

«Procedimiento prejudicial — 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 — Directiva 2004/38/CE — Concepto de descendiente directo de un ciudadano de la Unión — Reagrupación familiar — Menor bajo tutela en virtud del régimen de la kafala argelina — Derecho a la vida familiar — Protección del interés superior del menor»

1. 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 (*recueil legal*) se les había atribuido en Argelia bajo la fórmula de la kafala. [2]

2. 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 2004/38/CE [3] admite calificarla como «descendiente directo» de quienes la acogieron en kafala. De ser así, se facilitaría su reagrupación familiar en el Estado miembro donde residen estos últimos.

1 Lengua original: español.

2 Sobre los rasgos de esta institución, véanse *infra* los puntos 34 a 39.

3 Directiva 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).

I. Marco jurídico

A. Derecho Internacional

1. Convención sobre los Derechos del Niño[4]

3. El artículo 20 dispone:

«1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores [...]».

2. Convenio de La Haya de 29 de marzo de 1993[5]

4. En su texto no hace referencia a la kafala.

3. Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996[6]

5. El artículo 3 reza:

«Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular a:

[...]

e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga;

[...]».

6. El artículo 33 proclama:

«1. Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por "kafala" o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento.

4 Convención de la ONU, de 20 de noviembre de 1989.

5 Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1993»).

6 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 (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1996»).

2. El Estado requirente solo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño».

B. Derecho de la Unión

1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[7]

7. Según el artículo 7:

«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida [...] familiar [...]».

8. El artículo 24, apartado 2, indica:

«En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.»

2. Directiva 2004/38

9. A tenor del artículo 2, punto 2, letra c):

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

2) "Miembro de la familia":

[...]

c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)».

10. El artículo 3 ordena:

«1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él.

2. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, 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 [...]

[...]

7 DO 2000, C 364, p.1.

El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas.»

11. El artículo 7, apartado 2, señala:

«El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del apartado 1.»

12. El artículo 27 prescribe:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.

[...]»

13. El artículo 35 recoge:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia. [...]»

C. Derecho del Reino Unido

1. The Immigration Regulations 2006 (Reglamento sobre la inmigración de 2006)[8]

14. De acuerdo con el artículo 7:

«(1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, a efectos del presente Reglamento se considerarán miembros de la familia de una persona:

[...]

(b) sus descendientes directos y los del cónyuge o de su pareja civil, que:

(i) sean menores de 21 años; o

(ii) estén a su cargo o a cargo de su cónyuge o pareja civil,

[...]».

15. El artículo 8 estipula:

«(1) A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por "miembro de la familia extensa" toda persona que no sea un miembro de la familia de un nacional del EEE en el sentido del artículo 7, apartado 1, letras a), b) o c), y que cumpla alguna de las condiciones previstas en los apartados 2, 3, 4 y 5.

8 SI 2006/1003.

[...]»

2. Adoption and Children Act 2002 (Ley de adopción e infancia de 2002)[9]

16. Con arreglo al artículo 83, constituye delito introducir menores en el Reino Unido, bien con el propósito de proceder a la adopción una vez allí, o bien adoptados en otro país, salvo que se haya practicado una evaluación por una agencia de adopción del Reino Unido respecto a la idoneidad de los candidatos para adoptar.

17. El artículo 66, apartado 1, enumera las adopciones que se reconocen como tales conforme a la legislación de Inglaterra y Gales. La kafala no figura en esa lista.

D. Derecho argelino

18. El Código de familia de Argelia (en lo sucesivo, «CFA») contiene, respectivamente, en el libro I, capítulo V, titulado «De la filiación», y en el libro II, capítulo VII, titulado «Sobre el acogimiento legal (kafala)», estas normas:

Artículo 46: «La adopción (tabanni) está prohibida por la sharía y por la ley».

Artículo 116: «El acogimiento legal (kafala) es el compromiso benévolo de hacerse cargo del mantenimiento, la educación y la protección de un menor de la misma forma que lo haría un padre con su hijo. Se establece por un acto legal».

Artículo 117: «El acogimiento legal se acuerda ante un juez o un notario con el consentimiento del menor cuando este tiene un padre y una madre».

Artículo 118: «El titular del derecho de acogimiento legal (kafil) debe ser musulmán, sensato, íntegro, a la vez que mantener al niño acogido (makful) y ser capaz de protegerlo».

Artículo 119: «El niño acogido puede tener filiación conocida o desconocida».

Artículo 120: «El niño acogido debe conservar su filiación original, si es de padres conocidos. En caso contrario, le será de aplicación el artículo 64 del Código de estado civil».

Artículo 121: «El acogimiento legal confiere a su beneficiario la tutela legal y le da derecho a las mismas prestaciones familiares y escolares que al hijo legítimo».

Artículo 122: «La atribución del derecho de acogimiento legal asegura la administración de los bienes del menor acogido que provengan de una sucesión, de un legado o de una donación, en el mejor interés de este».

Artículo 123: «El titular del derecho de acogimiento legal puede legar o donar, dentro del límite de un tercio de sus bienes, en favor del menor acogido. Más allá de ese tercio, la disposición testamentaria es nula y sin ningún efecto, salvo que lo consientan los herederos».

Artículo 124: «Si el padre y la madre o uno de ellos solicita la reintegración bajo su tutela del niño acogido, corresponde a este, si está en edad de discernir, el optar por el retorno o no a casa de sus padres. No podrá ser devuelto sino con la autorización de un juez, teniendo en cuenta el interés del niño acogido si no ha alcanzado la edad de discernir».

9 2002 c. 38.

Artículo 125: «La demanda de abandono del acogimiento legal debe presentarse ante el órgano judicial que lo ha atribuido, después de notificarla al Ministerio Fiscal [...]».

II. Hechos del litigio

19. El auto de reenvío [10] expone los hechos siguientes:

«– La recurrente, SM, nació en Argelia el 27 de junio de 2010 [...] Es nacional de Argelia. Su tutor, el Sr. M, es un ciudadano francés de origen argelino con derecho de residencia permanente en el Reino Unido. Su tutora, la Sra. M, tiene la nacionalidad francesa de nacimiento. Ambos contrajeron matrimonio en 2001 en el Reino Unido. Dado que no podían concebir de forma natural, en 2009 viajaron a Argelia para someterse a una evaluación sobre su idoneidad para obtener la tutela con arreglo al sistema de la kafala. El juez del First Tier Tribunal [Tribunal de primera instancia de lo contencioso-administrativo, Reino Unido] estimó [en sentencia de 7 de octubre de 2013] que la suya fue "una elección que hicieron tras haber tenido conocimiento de que es más sencillo obtener la custodia de un niño en Argelia de lo que lo sería en el Reino Unido".

– Tras haber sido considerados aptos en un procedimiento que el juez (del First Tier Tribunal [Tribunal de primera instancia de lo contencioso-administrativo]) calificó de "limitado", se les informó, en junio de 2010, de que [SM] había sido abandonada después de su nacimiento, y ellos solicitaron que se les concediera la tutela de la niña. A continuación hubo un período de espera de tres meses durante el que, según la legislación argelina, los padres biológicos tenían la opción de recuperar a su hija.

– El 28 de septiembre de 2010, el Ministerio argelino de Solidaridad Nacional y Familia de la provincia de Tizi Ouzou dictó una resolución por la que les otorgaba la tutela de [SM], que tenía entonces tres meses.

– El 22 de marzo de 2011, se emitió un documento de custodia legal, previo dictamen del Ministerio Fiscal, en el que se les confería la custodia de [SM] y se les trasladaba la patria potestad de acuerdo con la legislación argelina. El documento establecía estos requisitos: "impartir a la niña bajo su custodia 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".

– El documento los autorizaba, además, a obtener las prestaciones familiares, subsidios e indemnizaciones reclamables, a firmar todos los documentos administrativos y de viaje y a viajar con [SM] fuera de Argelia.

– El 3 de mayo de 2011, el Tribunal de Tizi Ouzou dictó una resolución ordenando la modificación del apellido de [SM] tal como figuraba en su certificado de nacimiento, para que adquiriese el del Sr. y la Sra. M.

– En octubre de 2011, el Sr. M dejó Argelia y regresó al Reino Unido para reincorporarse a su empleo de cocinero. La Sra. M permaneció en Argelia con [SM].

– En enero de 2012, [SM] solicitó un visado de visita para el Reino Unido, que le fue denegado. En mayo de 2012, solicitó que le concediera un permiso de entrada, en calidad de menor adoptado por un nacional del EEE, en virtud del artículo 12, apartado 1, o, con carácter subsidiario, del artículo 12, apartado 2, del Reglamento sobre la inmigración de 2006.

10 Apartados 11 a 15.

– El Entry Clearance Officer (ECO) lo denegó, con el argumento de que: i) al no ser Argelia parte en el Convenio de La Haya de 1993 y no aparecer en la Adoption (Designation of Overseas Adoptions) Order 1973 [Orden de adopción (designación de adopciones extranjeras) de 1973], en vigor en ese momento, la tutela otorgada en Argelia no se reconocía como adopción en el derecho del Reino Unido; y ii) no se había formulado solicitud alguna de adopción internacional conforme al artículo 83 de la Ley de adopción e infancia de 2002».

III. Procesos en el Reino Unido [11]

20. El First Tier Tribunal (Tribunal de primera instancia de lo contencioso-administrativo) desestimó el recurso de SM contra la resolución del ECO. A su juicio, SM no podía catalogarse como hija adoptada, ni legalmente ni *de facto*. Tampoco entraba en los conceptos de «miembro de la familia», «miembro de la familia extensa» o «hijo adoptivo de un nacional del EEE», con arreglo al Reglamento sobre la inmigración de 2006.

21. Al resolver el recurso de SM, el Upper Tribunal (Tribunal superior de lo contencioso-administrativo, Reino Unido) confirmó que la menor no era un «miembro de la familia» de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento sobre la inmigración de 2006. No obstante, estimó el recurso de SM, al reputar que cabía en el concepto de «miembro de la familia extensa» de su artículo 8. Por lo tanto, devolvió el asunto al Secretary of State (Secretario de Estado, Reino Unido) para que ejerciese la facultad discrecional de apreciación que le confiere el artículo 12, apartado 2, letra c), de dicho Reglamento.

22. La Court of Appeal (Tribunal de apelación, Reino Unido) estimó el recurso interpuesto por el ECO contra la resolución del Upper Tribunal (Tribunal superior de lo contencioso-administrativo). A su juicio, la verdadera cuestión no consistía en determinar si SM era un «miembro de la familia» del artículo 7 o un «miembro de la familia extensa» del artículo 8 del Reglamento sobre la inmigración de 2006, sino si podía calificarse de «descendiente directo» dentro del concepto de «miembro de la familia» del artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38 o, en su defecto, si encajaba en la categoría de «cualquier otro miembro de la familia [...] 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 [...]» del artículo 3, apartado 2, letra a), de aquella Directiva.

23. Según la Court of Appeal (Tribunal de apelación), la Directiva 2004/38 permite a los Estados miembros restringir las formas de adopción que se reconocen a los efectos de su artículo 2, punto 2, letra c). Como SM no había sido adoptada de una forma reconocida por la legislación del Reino Unido, no podía estar comprendida en el ámbito de aplicación de dicho artículo, aunque sí en el del artículo 3, apartado 2, letra a).

24. La decisión de la Court of Appeal (Tribunal de apelación) ha sido impugnada ante la Supreme Court (Tribunal Supremo), que eleva al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial.

IV. Cuestión prejudicial

25. La Supreme Court (Tribunal Supremo) «tiene pocas dudas» de que SM puede incluirse en el artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38, sobre cuya aplicación al litigio hace una serie de consideraciones, a las que después aludiré.

11 A tenor del auto de reenvío, apartados 14 y 15.

26. Ahora bien, el órgano judicial remitente expresa que «no puede limitarse a estimar el recurso de casación y restablecer la resolución del Upper Tribunal [Tribunal superior de lo contencioso-administrativo], con el fundamento de que el caso de SM debe apreciarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38, si, en realidad, está comprendida en el concepto de «miembro de la familia» de su artículo 2, punto 2, letra c), lo que implica que SM disfruta automáticamente del derecho de entrada y de residencia que le otorga la Directiva 2004/38. ¿Cuál es, entonces, el sentido de la expresión «descendientes directos»?[12]

27. Tras aseverar que en esa expresión se engloban los hijos y los nietos consanguíneos y los demás descendientes por consanguinidad en línea directa, no tiene la seguridad de que puedan hacerlo los no consanguíneos. Cree, en todo caso, que deben incluirse en aquel concepto «los descendientes que han sido válidamente adoptados conforme a lo dispuesto en el país de acogida».

28. Ahora bien, según el tribunal *a quo*, «hay motivos para pensar que la cuestión va más allá», afirmación que basa en estos argumentos:

– La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, con orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38,[13] indica en su apartado 2.1.2 que «el concepto de parientes directos en líneas descendente y ascendente se amplía a las relaciones adoptivas o a los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente». Como SM se halla bajo la tutela legal permanente del Sr. y la Sra. M, se encuadraría en el supuesto de la citada Comunicación.

– El concepto de «descendiente directo» no puede interpretarse de acuerdo con el derecho nacional del Estado miembro de acogida, sino que es un término autónomo que exige una interpretación uniforme en toda la Unión.[14]

– «Si algunos Estados miembros reconocen como descendientes directos a menores adoptados conforme a la institución de la kafala, mientras que otros no lo hacen, no cabe duda de que se estarán imponiendo obstáculos a la libre circulación a los ciudadanos de la Unión que se hallen en tal circunstancia. También se estará discriminando a quienes, por razones culturales o religiosas, no pueden aceptar el concepto de adopción tal y como se entiende en el Reino Unido y en algunos otros países europeos, es decir, el cambio total de familia y linaje de un menor».[15]

– «Que el término “descendiente directo” pueda tener un significado autónomo no implica necesariamente que deba interpretarse en un sentido amplio». No puede, pues, calificarse de *acte clair* la inclusión de SM en esa categoría.[16]

29. En esta tesitura, y tras expresar su preocupación por la posibilidad de que las divergencias interpretativas propicien la explotación, el abuso y el tráfico de menores, o su colocación en hogares que no sean aptos, la Supreme Court (Tribunal Supremo) decidió elevar al Tribunal de Justicia las preguntas prejudiciales siguientes:

«1) ¿Es un “descendiente directo” en el sentido del artículo 2, punto 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?

12 Apartado 22 del auto de reenvío.

13 COM/2009/0313 final; en lo sucesivo, «Comunicación».

14 En apoyo de esta postura cita las conclusiones del abogado general Wathelet en el asunto Coman (C-673/16, EU:C:2018:2), punto 32; y del abogado general Bot en el asunto Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:174).

15 Apartado 27, último párrafo, del auto de reenvío.

16 *Ibidem*.

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 nacional del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, "EEE") como descendiente directo con arreglo al artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho nacional del EEE tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor?»

V. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

30. Los autos de remisión prejudicial tuvieron entrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de febrero de 2018.

31. Han depositado observaciones escritas SM, Choram Children Legal Centre, Aire Centre y los Gobiernos de la República Checa, Alemania, Bélgica, Países Bajos, Polonia y el Reino Unido, así como la Comisión. Todos comparecieron en la vista celebrada el 4 de diciembre de 2018, salvo los Gobiernos de Polonia y de la República Checa.

VI. Apreciación

A. Consideración preliminar

32. El centro de gravedad del debate es si el concepto de «descendiente directo» (integrado en el más amplio de «miembros de la familia»), del artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38, comprende a un menor que se encuentra bajo la tutela permanente de un ciudadano de la Unión que lo acoge en régimen de kafala. [17]

33. La duda así expuesta no admite una respuesta generalizada, en abstracto. La kafala es una institución del derecho de familia de algunos países de tradición coránica que no tiene un tratamiento uniforme en todos ellos. Para discernir si un makful (el menor) puede reputarse «descendiente directo» del kafil o de la kafila (los adultos que lo acogen) habrá que:

– atender, en primer lugar, a la legislación civil del país de origen del menor (es decir, del país que permitió su acogimiento);

– dilucidar si, en el marco de esa legislación, la kafala puede revestir formas jurídicas dispares y analizar, de ser así, qué efectos jurídicos despliega la elegida por el kafil o la kafila para hacerse cargo del menor; y

– comprobar que entre aquellos efectos jurídicos se halla la formación de un genuino vínculo parental (paterno-filial) entre el kafil o la kafila y el makful, más allá del nexo propio de las relaciones de tutela. De no ser así, habría que estudiar si la relación entre el kafil o la kafila y el makful pudiera asimilarse, funcionalmente, a la de una adopción.

17 Aunque el tribunal de remisión alude a «la institución de la kafala o a una [...] *equivalente prevista en la legislación de su país de origen*», no facilita ninguna indicación sobre esta última, por lo que me limitaré al análisis de la kafala, único mecanismo de acogimiento empleado en este caso.

34. Ateniéndome a este esquema, comenzaré por examinar la kafala tal como se recoge en el derecho argelino y en los textos internacionales y como ha sido tratada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), especialmente en su conexión con la adopción. En un segundo momento, afrontaré si el menor entregado en kafala puede, a la luz de las normas que regulan su estatus jurídico, calificarse de descendiente directo de quienes lo acogieron, en el sentido del artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38. Para eso será preciso indagar en la interpretación de esta última norma.

B. El régimen jurídico de la kafala

1. La kafala en el derecho argelino

35. Como ya he subrayado, la kafala ofrece variantes según el ordenamiento jurídico que se tome como referencia. Parece, sin embargo, haber consenso en que, como hilo conductor común, tiene raíces coránicas, en cuya virtud solo pueden ser kafiles los musulmanes [18] que se comprometan a dar al makful una educación islámica. [19]

36. En Argelia, mediante esta modalidad de acogimiento, el kafil o la kafila se hacen cargo del cuidado, la educación y la protección del makful, de igual forma que lo haría un padre con un hijo. [20] El kafil o la kafila asumen la tutela legal de ese menor, sin que esta modalidad de acogimiento cree lazos de filiación ni equivalga a la adopción, [21] explícitamente prohibida en aquel país. [22]

37. El makful no adquiere, en Argelia, la condición de heredero de quienes le acogen, si bien estos pueden, por donación o por legado, transmitirle bienes que no excedan de un tercio de su patrimonio. [23]

38. La kafala es, además, temporal (solo puede ser makful el menor de edad) y revocable, bien a solicitud de los padres biológicos, si los hay, bien a petición del kafil o la kafila. [24]

39. En cuanto a las garantías procesales para su otorgamiento, junto a una kafala privada, otorgada ante un *adul* notario, que no tiene unas reglas muy estrictas, existe la kafala judicial, que se constituye u homologa ante el tribunal competente, con intervención del Ministerio Fiscal, previa declaración de abandono del menor. Este último procedimiento es el empleado en el asunto principal.

2. La kafala en los textos internacionales

40. La Convención sobre los Derechos del Niño menciona explícitamente la kafala, en su artículo 20, junto con otras medidas de protección de los menores privados de su entorno familiar, de forma temporal o permanente, o cuyo interés superior exija que no continúen en ese medio.

18 Artículo 118 del CFA.

19 El acta de acogimiento de SM así lo expresa (apartado 12 del auto de reenvío).

20 Artículo 116 del CFA.

21 Los sistemas jurídicos islámicos parten del principio de la preservación de los lazos de sangre y la exclusión de la adopción, que está prohibida en la mayoría (no en todos) de los países musulmanes. Los escritos de observaciones de Aire Centre y SM reflejan las diferencias de regulación en los distintos países (apartados 51 y 65, respectivamente).

22 Artículo 46 del CFA.

23 Artículo 123 del CFA.

24 Artículos 124 y 125 del CFA.

41. Para algunas de las partes que han intervenido en el proceso,[25] esa mención supondría el reconocimiento de la kafala como equivalente de la adopción, pues ambas se hallan en el mismo precepto. Creo, sin embargo, que el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño enuncia un abanico de medidas de protección del menor que no tienen por qué ser parangonables. Siguiendo el mismo razonamiento, la equiparación se podría hacer con la colocación en hogares de guarda o en instituciones tutelares. Además, la atención específica que se presta a la adopción en el artículo 21 pone de relieve las especiales características de esta institución, en contraste con las otras.

42. SM invoca en sus observaciones las «Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de niños» (en lo sucesivo, «Directrices»),[26] como texto complementario de la Convención, en apoyo de su tesis sobre la equivalencia adopción/kafala, que podría inferirse de su apartado 2.[27]

43. Opino, sin embargo, que una lectura íntegra de las Directrices tampoco permite concluir que equiparen la kafala con la adopción. Se da la misma circunstancia que la antes señalada en relación con el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño: esta y las Directrices se limitan a enumerar, como instrumentos adecuados para lograr el acogimiento de un menor dentro de un ambiente familiar estable, diversas modalidades de medidas protectoras, no necesariamente iguales en sus efectos jurídicos.[28] Es lógico que así sea, pues ambos documentos están vinculados.

44. El Convenio de La Haya de 1993 no alude, como ya he destacado, a la kafala. La razón de ese silencio en un instrumento internacional dedicado a regular la adopción hay que buscarla, precisamente, en las diferencias entre esta institución y la kafala.

45. Durante la audiencia alguna de las partes insistió en que los efectos de la kafala podían equipararse a los de la adopción simple,[29] pues los lazos de parentesco originarios del menor permanecían incólumes en ambos casos. Es cierto que el Convenio de La Haya de 1993 deja abierta la puerta a la posibilidad de que no se produzca la ruptura del vínculo de filiación preexistente [artículo 26, apartado 1, letra c)], pero también lo es, y esto resulta crucial, que ese mismo artículo y apartado afirma, sin el menor matiz, que «el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento: a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos».

46. Por el contrario, el Convenio de La Haya de 1996 contempla medidas en favor de la persona o de los bienes de los niños distintas de la adopción, entre las que enumera la colocación del menor en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante la kafala o mediante una institución análoga. El artículo 4 excluye del ámbito de ese Convenio, entre otras, las cuestiones relativas al establecimiento de la filiación y la decisión sobre la adopción.

47. La lectura de estos dos Convenios de La Haya confirma, por un lado, que la adopción es la única institución protectora que ha merecido ser objeto específico de un instrumento internacional; por otro lado, que su régimen, cuando se trata de adopciones internacionales, difiere del aplicable al resto de las medidas protectoras, como la kafala, el derecho de guarda, la tutela, la curatela, el acogimiento y la administración, conservación o disposición de los bienes del niño.

25 Aire Centre, SM y Choram Children Legal Centre.

26 Asamblea General de Naciones Unidas, sexagésimo cuarto período de sesiones, de 24 de febrero de 2010 (A/RES/64/142). Tienen por objeto promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (apartado 1).

27 Considera como finalidad «apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella o, en su defecto, a encontrar otra solución apropiada y permanente, incluidas la adopción y la kafala del derecho islámico».

28 Según el apartado 122 de las Directrices, situado en el epígrafe del «acogimiento residencial», se trata de lograr el acogimiento estable del menor en un entorno familiar alternativo. El apartado 151, relativo al «acogimiento del niño que ya se encuentra en el extranjero», asimila la kafala al acogimiento preadoptivo. En el apartado 160, en referencia al «acogimiento en situaciones de emergencia» y para aquellas en las que la reintegración en la familia resulta imposible, aconseja el estudio de «soluciones estables y definitivas, como la adopción o la kafala del derecho islámico», pero añade otras «opciones a largo plazo, como el acogimiento en un hogar de guarda o un acogimiento residencial apropiado, incluidos los hogares funcionales y otras modalidades de alojamiento tutelados».

29 En los países que la admiten, la adopción simple o menos plena admite, normalmente, mantener el vínculo de filiación con la familia anterior, sin perjuicio de las relaciones de esta naturaleza entre el adoptante y el adoptado.

48. En el informe explicativo sobre el Convenio de La Haya de 1996 (Informe Lagarde) [30] se encuentran indicaciones adecuadas para su mejor comprensión:

– Señala cómo «el Convenio de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores [31] [utilizaba] el término "medidas de protección" sin definirlo. Las delegaciones de los Estados no parte en este Convenio desearon, si no una definición, al menos una enumeración de las materias a que se refieren estas medidas. Dado que estas varían con cada legislación, la enumeración dada en este artículo no podía ser más que a modo de ejemplo».

– Específicamente en relación con la letra e) del artículo 3 destaca que «las medidas de colocación de un niño en una familia de recepción o en un establecimiento son [...] los prototipos de las medidas de protección y están evidentemente cubiertas por el Convenio».

– Aclara que «la kafala no es una adopción, prohibida por el derecho islámico, y no produce efecto alguno en cuanto a la filiación. El niño que se beneficia de la medida no se convierte en miembro de la familia del kafil y es la razón por la cual la kafala no queda cubierta por el Convenio sobre adopción de 29 de mayo de 1993. Pero es indiscutiblemente una medida de protección que, bajo este título, debe entrar en el campo de aplicación de un convenio sobre la protección de los niños».

3. La kafala (en relación con la adopción) en la jurisprudencia del TEDH

49. El TEDH ha afrontado en dos sentencias los problemas que plantea la kafala, en su relación con la adopción, desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

50. En la primera,basándose en su análisis de derecho comparado, señaló que «ningún Estado asimila la kafala a una adopción pero que en este Estado [Francia] y otros, esta tiene el efecto comparable al de una tutela, una curatela o una colocación con vistas a una adopción». [32]

51. Reiteró, en esa misma sentencia, que el artículo 8 del CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, lo que no significa que los Estados partes del CEDH no puedan hallarse en situaciones en las que surja la obligación positiva de permitir la formación y el desarrollo de los vínculos familiares, allí donde haya una relación de familia con un niño. [33]

52. No obstante, consideró que la negativa a asimilar la kafala con la adopción plena no viola el derecho a la vida familiar, pues la legislación (francesa) flexibiliza la prohibición de adopción vigente en el derecho argelino, al eliminar gradualmente dicha prohibición en función de los signos objetivos de integración del niño en la sociedad francesa. [34]

30 Texto adoptado por la décimo octava sesión de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado. París, 15 de enero de 1997.

31 https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39.

32 TEDH, sentencia de 4 de octubre de 2012, Harroudj c. Francia (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), § 48, en el que se repite lo expuesto en el apartado 21: «En los veintidós Estados contratantes que han sido objeto de un estudio de legislación comparada [...], ninguno asimila la kafala establecida en el extranjero a una adopción. Allí donde los tribunales nacionales han reconocido los efectos de una kafala pronunciada en el extranjero, siempre la han equiparado a una tutela, una curatela o una colocación con vistas a una adopción».

33 *Ibidem*, § 41.

34 *Ibidem*, §§ 46 a 52.

53. En la segunda sentencia,[35] el TEDH analizó, de nuevo, el derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH, recordando que la presencia de «vínculos familiares de facto» caracteriza la aplicabilidad de aquel precepto. En la tesitura concreta sobre la que hubo de pronunciarse, estimó que la existencia de un vínculo basado en la kafala no se distingue de la vida familiar en su acepción habitual, sin que la persistencia de los lazos familiares originarios descarten la existencia de una vida familiar con otras personas.[36]

54. Sin embargo, el TEDH apreció que el rechazo de las autoridades belgas a equiparar la adopción con la kafala no privaba a los demandantes del derecho al reconocimiento del vínculo que les unía por otras vías (en aquel caso, a través de la institución belga de la tutela oficiosa).[37]

4. La kafala y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en el derecho de la Unión Europea

55. A pesar de su paralelismo con el Convenio de La Haya de 1996, el Reglamento sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de familia y de relaciones parentales, dentro de la Unión Europea,[38] no menciona la kafala.[39]

56. No obstante este silencio, coincido con la abogada general Kokott en que las normas del Reglamento n.º 2201/2003 pueden interpretarse a la luz de las del Convenio de La Haya de 1996, para lo que las explicaciones del Informe Lagarde, de las que antes me he ocupado, proporcionan pautas útiles.[40]

57. A partir de esta premisa, podría admitirse la posibilidad de que una kafala reconocida por la autoridad judicial de un Estado miembro extendiese sus efectos a otro Estado miembro, en los términos del Reglamento n.º 2201/2003, cuyo artículo 1, apartado 2, alude «al derecho de custodia y al derecho de visita [...]; a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas [...]; a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia». No sería posible, sin embargo, hacer lo mismo con la adopción, pues se excluyen del ámbito de aplicación de aquel Reglamento «las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan» [artículo 1, apartado 3, letra b)].

35 Sentencia de 16 de diciembre de 2014, Chbihi Loudoudi c. Bélgica (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

36 *Ibidem*, §§ 78 y 79.

37 *Ibidem*, §§ 101 y 102.

38 Reglamento (CE) n.º 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 (CE) n.º 1347/2000 (DO 2003, L 338, p. 1).

39 Al definir su ámbito de aplicación, en el artículo 1, cita la responsabilidad parental con referencia al derecho de custodia y al derecho de visita; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; y las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Inmediatamente, excluye de su ámbito de aplicación, al igual que el Convenio de La Haya de 1996, las cuestiones sobre la filiación y la adopción.

40 Opinión del asunto Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:177), punto 17: «En el marco de la génesis y la interpretación sistemática del Reglamento n.º 2201/2003, [el Informe Lagarde] puede servir de orientación para interpretar las correspondientes disposiciones del Reglamento. En efecto, las disposiciones relativas al derecho de custodia recogidas en el Reglamento están basadas en los trabajos preparatorios del Convenio para la protección de los niños y reflejan en gran medida tales trabajos, también en relación con las disposiciones sobre el ámbito de aplicación, cuya interpretación interesa en el presente asunto. Por tanto, en la medida de lo posible, procede interpretar las disposiciones del Reglamento y las correspondientes disposiciones del Convenio de forma idéntica, con el fin de evitar, entre otras cosas, que se llegue a conclusiones diferentes dependiendo de si se está ante un caso que guarda relación con otro Estado miembro o con un Estado tercero».

C. La noción de descendiente directo en la Directiva 2004/38 (primera pregunta prejudicial)

1. La interpretación autónoma del concepto

58. El sintagma «descendiente directo», que emplea el artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38 ¿tiene una significación autónoma en el derecho de la Unión? Este es uno de los puntos de discrepancia entre las partes del litigio. [41]

59. Según reiterada jurisprudencia, «de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme». [42]

60. El Tribunal de Justicia ha señalado que esta interpretación «debe buscarse teniendo en cuenta no solo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte». [43]

61. El contexto en el que la Directiva 2004/38 utiliza la locución «descendiente directo», como una subcategoría específica de los «miembros de la familia», me induce a propugnar la autonomía conceptual de aquella noción en el derecho de la Unión. De hecho, creo que esta ha de ser la regla cuando un precepto singular proclama, como aquí ocurre, que «a efectos de esta Directiva se entenderá por [...]».

62. Las definiciones que siguen a este encabezamiento están, por lo tanto, ahormadas para enunciar qué «se entiende», en un marco jurídico bien preciso del derecho de la Unión (ahora, el de la Directiva 2004/38), por el término correspondiente. Salvo que en la definición se apele al derecho de los Estados miembros, para delimitar los contornos de la institución descrita por ese término se ha de indagar en el sentido propio de esta según el derecho de la Unión.

63. En el artículo 2 de la Directiva 2004/38 hay un ejemplo de remisión explícita al derecho de los Estados miembros: junto al cónyuge [punto 2, letra a)], se contempla «la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro» [punto 2, letra b)]. Fuera de este último supuesto, repito, las nociones recogidas en ese artículo no son tributarias de su tratamiento por los derechos nacionales.

64. La sentencia de 5 de junio de 2018, dictada por el Tribunal de Justicia acerca de la noción de «cónyuge» [44] del artículo 2 de la Directiva 2004/38, puede arrojar algo de luz sobre la autonomía en la interpretación de ese concepto, extensible metodológicamente a la de «descendiente directo».

41 Mientras que los Gobiernos de Polonia y del Reino Unido mantienen la competencia exclusiva de los Estados miembros para su definición, el resto de los intervinientes defienden que se interprete de manera autónoma para el conjunto de la Unión.

42 Sentencia de 18 de octubre de 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774), apartado 28 y jurisprudencia citada. El Gobierno polaco subraya el empleo del adverbio «normalmente» en esa jurisprudencia, pero no explica por qué, en este caso, a pesar de que el precepto citado de la Directiva 2004/38 no se remita de manera expresa al derecho nacional, debería excluirse la aplicación de la regla general.

43 Sentencia de 27 de septiembre de 2017, Nintendo (C-24/16 y C-25/16, EU:C:2017:724), apartado 70 y jurisprudencia allí citada. A esta orientación se refieren, en relación con la Directiva 2004/38, los abogados generales Bot y Wathelet, respectivamente, en sus conclusiones de los asuntos Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:174), punto 39; y Coman y otros (C-673/16, EU:C:2018:2), puntos 34 y 35.

44 Asunto Coman y otros (C-673/16, EU:C:2018:385).

65. Aunque (a diferencia de las conclusiones, en las que el abogado general se inclinaba por su empleo) [45] la sentencia no alude a la interpretación autónoma, lo cierto es que el Tribunal de Justicia llega al mismo resultado: el concepto de «cónyuge» en el sentido de la Directiva 2004/38 tiene sus propios rasgos, [46] frente a los que «un Estado miembro no puede oponer su derecho nacional» [47] para no reconocer un derecho de residencia amparado por la Directiva.

66. La utilización de una categoría jurídica contemplada en el derecho de la Unión no equivale, sin embargo, a que esté necesariamente desconectada de las equivalentes en el derecho de los Estados miembros. Habrá que atender, por eso, a los códigos o a las leyes que rigen el derecho de familia en cada Estado miembro (para lo que estos son competentes), a fin de discernir si sus instituciones se acomodan, a los efectos de una determinada Directiva, a las definidas en esta última.

2. El descendiente directo en la Directiva 2004/38

67. La importancia de fijar los perfiles de ese concepto de la Directiva 2004/38 se advierte al examinar sus consecuencias respecto de la entrada y la residencia de menores que, aun formando parte de la familia (en sentido extenso) de los ciudadanos de la Unión, no se cuentan en aquella categoría:

– Los «descendientes directos menores de 21 años o a cargo» obtienen de modo *automático* [48] el derecho a entrar y residir en el Estado miembro en el que habitan sus ascendientes, ciudadanos de la Unión.

– Los demás miembros de la familia extensa que se recogen en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, también los menores, han de someterse, siempre que reúnan ciertos requisitos previos, [49] a una evaluación por las autoridades del Estado de recepción. Estas últimas, a resultas de esa evaluación, deberán: i) facilitar, de acuerdo con su legislación nacional, su entrada y residencia; [50] ii) estudiar detenidamente las circunstancias personales; y iii) justificar toda denegación de entrada o residencia. [51]

68. Como ya avancé, el tribunal de remisión tiene pocas dudas de que SM encaja en esta segunda categoría. Es más, previene a las autoridades británicas encargadas de realizar la evaluación de que el derecho de la Unión [52] les impone *facilitar* la entrada de la menor en el Reino Unido. Y, sobre todo, les señala que, «al hacer esta evaluación, los responsables de la decisión, tanto en el Home Office (Ministerio del Interior) como en las distintas instancias judiciales, también tendrían que tener en

45 Conclusiones del abogado general Whatelet en el asunto Coman y otros (C-673/16 EU:C:2012:174), puntos 33 a 42.

46 Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros (C-673/16, EU:C:2018:385), apartado 35: «Debe recordarse ante todo que el concepto de "cónyuge" en el sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate».

47 *Ibidem,* apartado 36.

48 El calificativo de *automático* debe matizarse, pues, a tenor del artículo 10 de la Directiva 2004/38, «el derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro será reconocido mediante la expedición de un documento denominado "tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión"». Esa expedición está condicionada a la presentación, entre otros documentos, del que «acredite la existencia de parentesco o de unión registrada» y «en los casos contemplados en las letras c) [descendientes directos] y d) del punto 2 del artículo 2, la prueba documental de que se cumplen las condiciones previstas en dicha disposición».

49 Entre los que figura el estar a cargo o vivir con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia, lo que concurre en este asunto.

50 Artículo 3, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2004/38. Quienes sean nacionales de terceros países y pertenezcan a la familia extensa gozan, pues, de una ventaja derivada de su relación familiar con ciudadanos de la Unión, debiendo los Estados miembros (aunque no de modo incondicional) facilitar su entrada y residencia.

51 Artículo 3, apartado 2, último párrafo, de la Directiva 2004/38.

52 «Si bien [...] el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 no obliga a los Estados miembros a reconocer un derecho de entrada y de residencia a favor de personas que son miembros de la familia, en el sentido amplio del término, a cargo de un ciudadano de la Unión, no es menos cierto que, como se desprende del empleo del futuro de indicativo "facilitará" en el referido artículo 3, apartado 2, esta disposición impone a los Estados miembros una obligación de otorgar a las solicitudes de personas que presentan una relación de dependencia particular con un ciudadano de la Unión un trato más favorable que a las solicitudes de entrada y de residencia de otros nacionales de Estados terceros». Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11, EU:C:2012:519), apartado 21.

cuenta que el objetivo de la Directiva 2004/38 es simplificar y reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión, siendo la libre circulación una de las libertades fundamentales del mercado interior. Tener que vivir alejados de los miembros de la familia, o de los miembros de la familia en el sentido más amplio, tendría un poderoso efecto disuasorio para el ejercicio de dicha libertad».[53]

69. No satisfecho, sin embargo, con esa posibilidad, el órgano de remisión se plantea si la relación surgida sobre la base de la kafala podría, en el caso de SM, ser asimilable a la filiación adoptiva. De ser así, SM gozaría del estatus previsto en el artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38, en cuanto vía de mayor protección de la vida familiar y garantía de la defensa del interés superior del menor.

70. Parto como premisa (que no me ofrece dudas) de que la noción de descendientes directos que usa la Directiva 2004/38 engloba tanto a los hijos biológicos como a los adoptivos. La adopción posee, desde el punto de vista del derecho, la consideración de filiación, a todos los efectos.

71. Un recorrido por las normas del derecho de la Unión más próximas a la materia de este litigio corrobora esta afirmación. Así, la Directiva 2003/86/CE,[54] al fijar «las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros» extiende aquel derecho, sujeto a ciertos requisitos, a:

«– los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, *incluidos los hijos adoptivos* en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro [...];

– los *hijos menores, incluidos los adoptivos*, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo [...];

– los hijos menores, *incluidos los hijos adoptivos*, del cónyuge, cuando este tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. [...]»[55]

72. Del mismo modo, la Directiva 2011/95/UE[56] califica, en su artículo 2, letra j), de miembros de la familia del solicitante de protección internacional a «los *hijos menores* de las parejas mencionadas en el primer guion o del beneficiario de protección internacional, siempre que no estén casados, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o *adoptivos de conformidad con la legislación nacional*». Esta definición se repite en el artículo 2, letra g), del Reglamento (UE) n.º 604/2013.[57]

53 Apartado 21 del auto de reenvío.

54 Directiva del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO 2003, L 251, p. 12).

55 Artículo 4, apartado 1, letras b), c) y d), de la Directiva 2003/86 (cursiva añadida).

56 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO 2011, L 337, p. 9).

57 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DO 2013, L 180, p. 31).

73. La referencia a los descendientes directos en otras normas del derecho de la Unión se lleva a cabo remitiéndose bien a la Directiva 2004/38,[58] bien a la legislación del Estado correspondiente.[59]

74. Sentada esta premisa, si la kafala pudiera catalogarse como una modalidad de adopción, el makful podría devenir, a título de hijo adoptivo, «descendiente directo» de quienes lo acogieron.

75. En favor de esa asimilación, el tribunal *a quo*, secundado por algunas de las partes en el incidente prejudicial,[60] cita la Comunicación de la Comisión antes aludida.[61]

76. El apartado 2.1.2 de esa Comunicación, dedicado a los «miembros de la familia en línea directa»,[62] equipara, en verdad, las relaciones de filiación adoptiva a las de los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente. Si se optara por este criterio, SM, en cuanto menor sujeta a la tutela legal de los cónyuges que la acogen, podría considerarse hija adoptiva de estos.

77. Creo, sin embargo, que esa equiparación no es conforme con la recta interpretación del artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38. Por lo demás, es casi innecesario recordar que la Comunicación carece de carácter normativo.

78. A mi juicio, la «custodia de un tutor legal permanente» no convierte al menor tutelado en descendiente directo (por adopción) de su tutor. Son varias las razones que se oponen a esa asimilación, tanto en abstracto como en la específica situación de SM, en cuanto sujeta a la kafala que rige en el derecho argelino.

79. Desde el punto de vista abstracto, la relación tutelar no es equiparable a la de filiación. Es más, pueden coexistir la filiación (biológica o adoptiva) y la tutela, atribuida esta última a una persona distinta de los padres (biológicos o adoptivos). Como sostiene el Gobierno de Alemania, para que pueda darse esa equiparación, sería imprescindible que hubiera una igualdad jurídica completa.

80. Enfocada la cuestión desde la perspectiva de la permanencia del vínculo, incluso con abstracción de su contenido, la tutela (y, *a fortiori*, la kafala) es una institución de carácter temporal, no permanente, pues rige solo durante la minoría de edad del tutelado. Por el contrario, la filiación, aún la sustentada en una adopción simple, es indeleble.

81. Además, la última frase del apartado 2.1.2 de la Comunicación de la Comisión indica que las autoridades nacionales podrán pedir pruebas de la relación familiar alegada, lo que solo cabe en el trámite de evaluación previa del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Ese trámite, sin embargo, no es extensible a los «descendientes directos».

58 Así, el Reglamento (CE) n.º 1931/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006 por el que se establecen normas relativas al tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican las disposiciones del Convenio de Schengen (DO 2006, L 405, p. 1), artículo 3, apartado 4, letra i); el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (código de fronteras Schengen) (DO 2016, L 77, p. 1), artículo 2, apartado 5, letra a); o la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair (DO 2016, L 132, p. 21), artículo 3, número 24.

59 Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2004, L 166, p. 1), artículo 1, letra i).

60 Aire Centre, Choram Children Legal Centre, SM y la misma Comisión.

61 Punto 27.

62 «Sin perjuicio de las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de decisiones de las autoridades nacionales, el concepto de parientes directos en líneas descendente y ascendente se amplía a las relaciones *adoptivas o a los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente*. Los niños y padres de acogida con custodia temporal pueden tener derechos conforme a la Directiva, dependiendo de la fuerza de los vínculos en cada caso particular. No hay ninguna restricción en cuanto al grado de parentesco. Las autoridades nacionales podrán pedir pruebas de la relación familiar alegada» (cursiva añadida).

82. Dejando al margen, pues, la Comunicación de la Comisión, opino 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, incluso en su forma más atenuada de adopción simple.

83. A este mismo resultado se llega tras el examen de los diferentes instrumentos internacionales, anteriormente citados,[63] que regulan, por un lado, la adopción y, por otro lado, figuras de protección del menor como la kafala, sin propiciar en ningún momento su equiparación.

84. Ha de tenerse en cuenta, además, que los mecanismos rigurosos de control de las adopciones internacionales que prevé el Convenio de La Haya de 1993 para garantizar el interés superior del menor podrían ser fácilmente sobrepasados,[64] si se admitiera como adopción una modalidad de tutela legal que, justamente porque no tiene los mismos efectos que aquella, está precedida por un procedimiento nacional sin las mismas garantías (o incluso, en el caso de las kafalas ante un adul notarial, sin requerir siquiera la intervención de las autoridades públicas).

85. Lo anterior es especialmente significativo si se advierte que Argelia no ha ratificado ninguno de los dos Convenios de La Haya, de modo que no está condicionada por normas internacionales que instauren mecanismos de control y garantía sobre las medidas de protección de los menores, consistan en su acogimiento por la vía de la kafala o en cualquier otra fórmula equivalente.

86. Conviene recordar que el derecho argelino bajo cuya vigencia SM fue entregada en kafala, al permitir esta modalidad de acogimiento y prohibir simultáneamente la adopción del makful, se opone a la equiparación pretendida. Y esta prohibición rige no solo cuando el menor, por ser de filiación conocida, mantiene su vínculo paterno-filial con sus ascendientes, sino también en los demás casos. El kafil o la kafila reciben solo la tutela legal del makful, pero la kafala no convierte a este último en descendiente directo de aquellos. No veo posible, pues, por muy buena voluntad que se ponga, propugnar que SM es descendiente directa, en cuanto adoptada, de quienes la acogieron.[65]

87. Lo que antecede no excluye que, una vez constituida la kafala, el kafil o la kafila decidan, si lo creen conveniente y el ordenamiento jurídico del país correspondiente lo admite, adoptar al makful. Esta solución ha sido la instaurada en algunos Estados miembros[66] y permitiría, a mi juicio, que el makful ulteriormente adoptado (esto es, con una adopción internacional sujeta al Convenio de La Haya de 1993) adquiriese la condición de descendiente directo de sus padres adoptantes y pudiese entrar y residir, con este título, en el Estado miembro donde aquellos tienen su domicilio.

88. El examen de los diferentes instrumentos normativos de la Unión, ya evocados, en los que se utiliza la expresión «miembros de la familia» y se menciona a los menores, corrobora que el concepto de «descendiente directo» no puede extenderse, más allá de los hijos adoptivos, para incluir a quienes están bajo la tutela legal de los que la ostentan.

63 Puntos 39 a 47 de estas conclusiones.

64 En tal sentido se pronuncian los Gobiernos británico (apartados 52 y siguientes de sus observaciones) y alemán (apartados 32 y siguientes de las suyas).

65 En el punto 56 de sus observaciones escritas, la propia SM (es decir, sus defensores en juicio) afirma que «sería abominable para el señor M y la señora M no respetar (o que se esperara que no respeten) la promesa hecha al tribunal argelino de que darían a SM una educación islámica y adoptarla bajo el Convenio de La Haya [de 1993], lo que está prohibido por la ley en Argelia».

66 En el caso de Francia, el TEDH estimó que la regla de conflicto proclamada en el artículo 370-3 del Código Civil («la adopción de un menor extranjero no puede pronunciarse si su ley personal prohíbe esta institución, salvo que el menor haya nacido y resida habitualmente en Francia»), cuya aplicación a los makfuls argelinos impedía su adopción en Francia, dada la prohibición vigente en Argelia, podría abrir la puerta a la posibilidad de adoptar cuando el menor hubiera obtenido la nacionalidad francesa. Ver la sentencia de 4 de octubre de 2012, Harroudj c. Francia (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), § 51.

3. La incidencia del derecho a la vida familiar y del interés superior del menor en la interpretación del concepto de descendiente directo de la Directiva 2004/38

89. La conclusión (intermedia) que he alcanzado en los puntos precedentes debe superar el filtro de los derechos y de los principios salvaguardados por la Carta. Podría pensarse, en efecto, que la interpretación que propugno es en exceso formalista y que la obligación de respetar el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor como «consideración primordial» (artículos 7 y 24, apartado 2, de la Carta, respectivamente) requiere la asimilación de la kafala y la adopción.

90. En este análisis será oportuno aludir de nuevo a los dos pronunciamientos del TEDH [67] que han interpretado el artículo 8 del CEDH (relativo al derecho a la vida familiar) en conexión con la negativa de las autoridades de sendos Estados signatarios de ese Convenio a equiparar la relación nacida de la kafala con la adoptiva.

a) La kafala y la protección de la vida familiar

91. La Directiva 2004/38 instaura 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». La diferencia estriba en que, mientras el artículo 2, punto 2, letra c) (descendientes directos), implica que la continuidad de la vida familiar se produzca de manera automática, [68] el artículo 3, apartado 2, precisa una ponderación previa de las circunstancias.

92. En este asunto, SM instó de las autoridades británicas que se le «concediera un permiso de entrada, en calidad de menor adoptado por un nacional del EEE». [69] Pero, dejando aparte el título adoptivo, la pretensión de entrada y residencia bien puede ser estimada por el cauce previsto en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, para otros «miembros de la familia», como el tribunal de reenvío reconoce. Es más, las consideraciones de dicho tribunal anteriormente transcritas dejan poco margen a las autoridades británicas para negar el derecho de entrada y de residencia de SM en el Reino Unido, a fin de disfrutar de la vida de familia con los ciudadanos de la Unión que la acogieron.

93. No veo, pues, por qué el rechazo de una vía (la de los descendientes directos) supondría una cortapisa al desarrollo de la vida familiar, cuando la alternativa (la concesión del permiso de residencia sujeto al control de que SM esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia) no impide a la menor lograr una protección jurídica *real* de esa misma vida familiar.

94. Es cierto que el reconocimiento automático del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2004/38 ofrecería menos dificultades. Pero, desde la perspectiva que ahora importa, si ese reconocimiento se hurta, en este caso, a las dificultades hermenéuticas (a mi juicio, no superables) que he subrayado, y simultáneamente se abre para la menor un mecanismo como el del artículo 3, apartado 2, de esa Directiva, insisto en que se respeta el derecho a la vida de familia.

95. A análogo resultado llegó el TEDH en los asuntos ya mencionados. En la sentencia Chbihi y otros c. Bélgica, [70] con cita de la dictada en el asunto Harroudj c. Francia, [71] afirmó que «las disposiciones del artículo 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar [...] Sin embargo, esto no excluye que los Estados partes del Convenio puedan encontrarse, en determinadas circunstancias, en la obligación positiva de permitir la formación y el desarrollo de los vínculos

67 Sentencias de 4 de octubre de 2012, Harroudj c. Francia (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109); y de 16 de diciembre de 2014, Chbihi y otros c. Bélgica (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

68 Con el matiz ya destacado en la nota 48.

69 Apartado 13 del auto de reenvío.

70 Sentencia de 16 de diciembre de 2014 (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510), § 89.

71 Sentencia de 4 de octubre de 2012 (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109).

familiares». Y añadía que, «según los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, allí donde queda establecida la existencia de un vínculo familiar con un niño, el Estado debe actuar para permitir que este vínculo se desarrolle y proporcione una protección legal que haga posible la integración del niño en su familia».

96. En aquel caso, cuyo paralelismo con el de autos es innegable, se admitía que la kafala debidamente establecida (en Marruecos) creó un nexo jurídico entre los kafiles y la makful. Al no existir esta institución en Bélgica, la adopción solicitada en este país constituía una situación jurídica nueva. Razonaba el TEDH que era «necesario ponderar un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto» y que «el Estado goza de un cierto margen de apreciación».[72] Sobre esta base, le correspondía «ante todo verificar si las decisiones de los tribunales belgas de rechazar la adopción obstaculizaron el correcto desarrollo de los vínculos familiares entre la menor y las personas que la acogieron bajo kafala».[73]

97. El TEDH concluyó que «el rechazo de la adopción no privaba a los demandantes del reconocimiento del vínculo que les unía. De hecho la legislación belga ofrecía a los demandantes otra posibilidad de dar una protección jurídica a su vida familiar. Se trataba del procedimiento de tutela oficiosa cuyo objeto se acercaba bastante al de la kafala [...][74] y que permite a personas adultas que se reconozca su compromiso con el cuidado y la educación de un menor».[75]

b) La kafala y el interés superior del menor

98. La protección del interés superior del menor ha de ser, según el artículo 24, apartado 2, de la Carta, la «consideración primordial» que rija las decisiones de las autoridades públicas o de las instituciones privadas al dictar actos relativos a ese menor.

99. Cuando, como aquí ocurre, los actos de protección del menor, abandonado por sus padres biológicos, tienen lugar inicialmente en un Estado tercero (Argelia) y se pretende que surtan efectos en un Estado miembro de la Unión (Reino Unido), el control ejercido por las autoridades de los Estados de origen y de acogida ha de gravitar sobre el interés superior de aquel menor, pero sin desconocer las reglas que en el derecho de la Unión posibilitan valorarlo.

100. La apreciación del interés superior presenta una doble faceta: la que afecta al fondo (dependiente, como es obvio, de las circunstancias que concurran en la situación del menor) y la que concierne a los procedimientos para evaluarlo.

101. En cuanto al fondo, el acogimiento familiar satisface las exigencias de la protección del interés superior del menor, como ha entendido el Tribunal de Justicia: «la integración continua y prolongada, en el hogar y en la familia del acogedor familiar profesional, de los menores que, debido a su difícil situación familiar, son especialmente vulnerables constituye una medida apropiada para salvaguardar el interés superior del menor, tal como se consagra en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».[76]

72 Sentencia de 16 de diciembre de 2014 (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510), § 92.

73 *Ibidem*, § 93.

74 El TEDH remite a los apartados 64 y 65 de la propia sentencia, en los que describe el régimen de tutela oficiosa mediante la transcripción del artículo 475 *bis* del Código Civil belga: «Cuando una persona de al menos 25 años se compromete a mantener a un menor no emancipado, a educarle y colocarle en estado de poder ganarse la vida, puede convertirse en su tutor oficioso mediante el acuerdo entre aquellos de los que se requiere su consentimiento para la adopción de menores».

75 *Ibidem*, apartado 102.

76 Sentencia de 20 de noviembre de 2018, Sindicatul Familia Constanţa y otros (C-147/17, EU:C:2018:926), apartado 71. En ese asunto se trataba de una institución rumana que «aspira a integrar en el hogar y en la familia del acogedor familiar profesional, de manera continua y prolongada, al menor confiado a su cuidado» (apartado 62). El acogimiento de estas características ofrece un contenido semejante al de la kafala, en cuanto a la atención del menor.

102. Por lo que a los aspectos procedimentales se refiere, me limitaré ahora a recordar cómo en los instrumentos convencionales de reconocimiento de las relaciones de adopción y las parentales, cuando presentan elementos de conexión internacionales, y en el propio derecho de la Unión, se contempla lo esencial de esos procedimientos de evaluación.

103. De esos instrumentos convencionales, precisamente para garantizar que el interés superior del menor sea tomado en cuenta, es oportuno subrayar que:

– al regular la adopción internacional, el Convenio de La Haya de 1993 establece un procedimiento de control doble, en el que intervienen las autoridades tanto del país de origen como del de recepción;[77]

– el artículo 33 del Convenio de La Haya de 1996 instaura también un mecanismo dual, de modo que, «cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por kafala o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado».[78]

104. En una perspectiva análoga, pero circunscrita a las normas del derecho de la Unión sobre cuándo un acogimiento llevado a cabo en un Estado miembro deba producir efectos en otro Estado miembro, el artículo 56 del Reglamento n.º 2201/2003 recoge un procedimiento de control en el que participan las autoridades de ambos.[79]

105. Traigo a colación estas disposiciones para subrayar un rasgo característico de la salvaguarda del interés superior del menor en supuestos similares al de este litigio, a saber, que su apreciación recae en las autoridades de los dos Estados miembros intervinientes en el procedimiento, a quienes se encomienda ejercer un control previo.

106. Pues bien, en el ámbito de la Directiva 2004/38, esta garantía solo puede mantenerse si se sigue el cauce que proporciona su artículo 3, apartado 2, precepto que 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.

107. Por el contrario, si se admitiese el reconocimiento automático del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2004/38, solo cabría una supervisión *a posteriori*, con un resultado paradójico: el acogimiento en kafala, acordado en un Estado como Argelia que no ha ratificado el Convenio de La Haya de 1996, produciría efectos inmediatos (sin que las autoridades del Estado de acogida pudieran someter el interés superior del menor a una evaluación previa), mientras que las resoluciones de los Estados signatarios de aquel Convenio habrían de sujetarse a la aprobación de las autoridades del Estado de destino.

77 Artículos 4 y 5, así como 14 y siguientes.

78 En su apartado 2 añade que «el Estado requirente solo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño». La cooperación entre las autoridades de los diferentes Estados es de la mayor importancia, pues, frente a la regla general de reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante, se admite la denegación, entre otros casos, si no se ha respetado el procedimiento del artículo 33 (así, el artículo 23 del Convenio de La Haya de 1996).

79 «El artículo 56, apartado 2, del Reglamento tiene por objeto permitir, por una parte, a las autoridades competentes del Estado requerido dar o no su aprobación al posible acogimiento del menor de que se trate y, por otra, a los órganos jurisdiccionales del Estado requirente asegurarse, antes de adoptar la resolución que disponga el acogimiento de un menor en un establecimiento, que en el Estado requerido se adoptarán medidas con el fin de acogerlo en dicho Estado. [...] El acogimiento debe haber sido aprobado por la autoridad competente del Estado miembro requerido antes de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro requirente adopte la resolución sobre el acogimiento. Destaca el carácter obligatorio de la aprobación el hecho de que el artículo 23, letra g), del Reglamento establezca que no se reconocerá una resolución sobre responsabilidad parental si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56». Sentencia de 26 de abril de 2012, Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:255), apartados 80 y 81.

108. En suma, la «consideración primordial» del interés del menor demanda, en circunstancias como las de autos, que su apreciación *ad casum* se practique con arreglo a un procedimiento de evaluación previa distinto del aplicable a los descendientes directos. [80]

D. Sobre la segunda pregunta prejudicial

109. El tribunal de reenvío necesita dilucidar si la Directiva 2004/38, en particular, sus artículos 27 y 35, permiten denegar la entrada de los menores acogidos en kafala, si son víctimas de explotación, abusos o tráfico de seres humanos o están expuestos al riesgo de serlo.

110. El artículo 27 de la Directiva 2004/38 autoriza a limitar la libertad de circulación y residencia de un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, o de este mismo, «por razones de orden público, seguridad pública o salud pública».

111. En la medida en que, en este asunto, SM, en cuanto makful, puede calificarse como miembro de la familia extensa de los cónyuges (ciudadanos de la Unión) que la han acogido, nada impediría, en principio, que el artículo 27 entrara en juego. Lo mismo sucedería con dichos cónyuges, ciudadanos de la Unión, a cuya libertad de circulación y de residencia puede ponerse coto por razones ligadas al orden, la seguridad o la salud públicas. [81]

112. En el auto de reenvío, sin embargo, no hay dato alguno para sospechar qué razones de orden público, seguridad pública o salud pública serían invocables en este asunto. [82] El tribunal *a quo* alude a «los menores que son o pueden ser víctimas de explotación, abuso o tráfico», [83] pero, de concurrir esas razones, serían, eventualmente, los autores de aquellas graves conductas (y no sus víctimas, cuando se trate de menores como SM) quienes podrían ver recortado su derecho a circular y residir en el Reino Unido. [84]

113. En virtud del artículo 35 de la Directiva 2004/38, los Estados miembros están autorizados a «denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude [...]». El alcance de esa autorización es muy amplio: abarca tanto las medidas *ex ante* (denegación del derecho) como *ex post* (extinción y retirada de los derechos ya reconocidos). Basta, para unas y otras, que exista el abuso de derecho o el fraude, siempre que se haya demostrado previo examen individualizado de cada caso. [85]

114. Aun cuando el precepto pone como ejemplo específico de abuso o fraude los «matrimonios de conveniencia», no excluye otras hipótesis. Así, en el considerando vigésimo octavo de la Directiva 2004/38 se equiparan dichos matrimonios ficticios con «cualquier otra relación contraída con el exclusivo objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia».

80 Cuando estos últimos sean adoptados, la verificación del interés del menor se ha hecho ya, respetando las reglas procesales para dar validez a la adopción, en el marco de la legislación del país correspondiente (o, en su caso, si la adopción fuera internacional, del Convenio de La Haya de 1993).

81 Como es lógico, esa limitación de la libertad de circulación y de residencia está subordinada al respeto de las rigurosas exigencias que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha fijado.

82 No por eso es inadmisible la pregunta prejudicial, como algunas de las partes han propugnado, pues solo el tribunal de reenvío está en condiciones de saber si los elementos de hecho del litigio tienen relación con el objeto de esa pregunta.

83 Apartado 30 del auto de remisión.

84 El considerando vigésimo tercero de la Directiva 2004/38 apela al principio de proporcionalidad para aplicar la medida de expulsión, debiendo «tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen».

85 Véase la sentencia de 18 de diciembre de 2014, McCarthy (C-202/13, EU:C:2014:2450), apartados 43 a 58, sobre las garantías y los límites de la aplicación del artículo 35 de la Directiva 2004/38.

115. En la categoría de abuso podrían contarse, como señala Aire Centre,[86] los comportamientos de explotación de los menores a los que alude la Directiva 2011/36.[87] El fenómeno de la trata de seres humanos abarca formas de explotación diversas, algunas de las que, si afectan a menores, pueden ser propiciadas por las adopciones ilegales.[88]

116. El acogimiento del menor será *fraudulento* cuando su verdadero designio, revestido del ropaje jurídico de la kafala, sea el de desplazarlo de un país a otro con el propósito de dedicarlo a «la explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos».[89]

117. En esa tesitura, las autoridades del país de recepción estarán facultadas para reaccionar contra el abuso o el fraude acudiendo a las «medidas necesarias» del artículo 35 de la Directiva 2004/38. Al igual que con respecto al artículo 27 de esa Directiva, en el auto de remisión no hay ningún elemento que haga activar esas medidas en el caso de SM.

E. El control por el Estado miembro del procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o la custodia del menor

118. El tribunal de reenvío quiere saber, en síntesis, si antes de reconocer «como descendiente directo, con arreglo al artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38» a un menor que se encuentre en las condiciones de SM, las autoridades del Reino Unido pueden investigar o indagar (*enquire*) si «el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia [...] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior de ese menor».

119. Como, a mi juicio, la premisa de la que parte esta pregunta no concurre en la situación de SM, a quien no se puede catalogar de descendiente directo en el sentido de aquel precepto, no sería imprescindible responderla.

120. Es más, de aceptarse que SM tiene la condición de descendiente directo en virtud de los lazos familiares inherentes a la kafala, y que, por tanto, su entrada en un Estado miembro debe gozar del reconocimiento *automático* que corresponde a aquellos, según el artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38, no sería posible llevar a cabo la *indagación* sobre la que duda el tribunal de reenvío.

121. Por el contrario, esa indagación es posible si se acepta la vía del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, como medio para facilitar la entrada y la residencia de la menor en el Reino Unido, permitiéndole disfrutar de la vida familiar en compañía de los ciudadanos de la Unión que la acogieron.

122. En efecto, al «estudiar detenidamente las circunstancias personales» de los miembros de la familia, tal como prevé el inciso final de aquel artículo, las autoridades competentes del Reino Unido deben atender, como «consideración primordial», al interés superior del menor. Sin necesidad de reiterar cuanto he expresado sobre este último en el análisis de la primera pregunta,[90] en esa consideración tiene cabida, entre otros extremos, el examen de las circunstancias, sustantivas y de procedimiento, bajo las que la menor fue acogida.

86 Apartados 76 y 77 de sus observaciones.

87 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo (DO 2011, L 101, p. 1).

88 La «adopción ilegal y los matrimonios forzados» se citan en el considerando décimo primero de la Directiva 2011/36.

89 Estas son las modalidades, no exhaustivas, de explotación que menciona el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2011/36.

90 Puntos 58 a 108 de estas conclusiones.

VII. Conclusión

123. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) en estos términos:

«1) El artículo 2, punto 2, letra c), de 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.° 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, ha de interpretarse en el sentido de que no puede calificarse de "descendiente directo" de un ciudadano de la Unión a un menor que solo se halla bajo su tutela legal, conforme a la institución del *recueil legal (kafala*) vigente en la República de Argelia.

El referido menor puede, no obstante, calificarse como "otro miembro de la familia", si se cumplen los demás requisitos y previa la tramitación del procedimiento establecido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, debiendo el Estado miembro de acogida facilitar, de conformidad con su legislación nacional, su entrada y residencia en dicho Estado, tras ponderar la protección de la vida familiar y la defensa del superior interés del menor.

2) Los artículos 27 y 35 de la Directiva 2004/38 pueden ser aplicados en cualquiera de los supuestos a los que se refiere dicha Directiva, si concurren, respectivamente, razones de orden público, seguridad pública o salud pública, así como en caso de abuso de derecho o fraude.

3) Al aplicar el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, 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».