

LA *KAFALA*, CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR: DE ESTRASBURGO A LUXEMBURGO

Nuria Marchal Escalona*

Versión Pre-print Publicado *La Ley Unión Europea*, ISSN-e
2255-551X, número 71, 2019.

* El presente trabajo se enmarca en Proyecto I+D+I DER2016-75573-R: “Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España

**LA KAFALA, CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DEL MENOR: DE ESTRASBURGO A LUXEMBURGO¹**

***THE KAFALA, EUROPEAN CITIZENSHIP AND FUNDAMENTAL RIGHTS OF
THE CHILD: FROM STRASBOURG TO LUXEMBOURG***

Nuria Marchal Escalona

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Granada

RESUMEN: El presente estudio analiza cómo el interés superior del menor y el derecho fundamental a la vida familiar obligan, según la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 26 de marzo de 2019 (As. C-129/18, SM y *Entry Clearance Officer, UK Visa Section*), a las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea a facilitar la entrada y residencia de un menor sobre el que unos ciudadanos europeos han constituido una *kafala*. En este comentario se pone de relieve asimismo el diálogo mantenido entre la jurisprudencia de Luxemburgo y de Estrasburgo, para terminar examinando la influencia que la doctrina formulada en dicha decisión presentará para el Derecho de extranjería español, así como si la consideración del menor como miembro de la familia extensa, a efectos de entrar y residir en un determinado Estado miembro de la UE, debe estar condicionada o no al previo reconocimiento de la resolución judicial del Estado donde se ha constituido la *kafala*.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía de la Unión Europea.- Directiva 2004/38/CE.- Concepto de “descendiente directo”.- Menor bajo tutela legal permanente con arreglo al régimen de la “*kafala*”.

¹ El presente trabajo se enmarca en Proyecto I+D+I DER2016-75573-R: “Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España.

ABSTRACT: *The present study analyzes how the best interest of the minor and the fundamental right to family life force, according to the Judgment issued by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on March 26, 2019 (Acts C-129 / 18, SM and Entry Clearance Officer, UK Visa Section). This commentary also highlights the dialogue between Luxembourg and Strasbourg jurisprudence, and examines the influence of the doctrine formulated by the CJEU will be presented for Spanish Immigration Law, as well as if the minor's consideration as a member of the extended family, for the purposes of entering and residing in A specific EU Member State must be conditioned or not to the prior recognition of the judicial decision of the State where the kafala has been constituted.*

KEYWORDS: *Citizenship of the European Union.- Directive 2004/38 / CE.- Concept of “direct descendant” .- Minor under permanent legal guardianship under the “kafala” regime.*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA KAFALA Y EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

1. Introducción
2. La *kafala* ante la jurisprudencia del TEDH

III. LA KAFALA Y LA CIUDADANIA EUROPEA: LA POSTURA DEL TJUE

1. Planteamiento, hechos y cuestiones prejudiciales suscitadas
2. Decisión, argumentación jurídica esgrimida y valoración

IV. LA KAFALA EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

V. ¿EL RECONOCIMIENTO DE LA DECISIÓN DE *KAFALA* CONSTITUYE PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A CIRCULAR Y A RESIDIR EN UN ESTADO MIEMBRO?

VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La *kafala* es una institución propia del mundo islámico de origen incierto² que tiene reconocimiento legal en los principales convenios internacionales en materia de protección de menores (art. 20.3º del Convenio sobre los Derechos del Niño, elaborado en el marco de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989³ y arts. 3 y 33 del Convenio de La Haya 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños –Convenio de La Haya de 1996–⁴). De hecho, aquella constituye la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en los países islámicos, donde la adopción, salvo excepciones⁵, está prohibida (*ad ex.* art. 46 Código de Familia argelino⁶). Se trata de una medida que posee un marcado carácter religioso cuya configuración legal y características difieren de un sistema jurídico a otro⁷. Con todo, a pesar de esta diversidad, la *kafala* puede definirse como la institución en virtud de la cual el *kafil* (titular de la *kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor

² H. Zekrí, “La kafala en el Derecho marroquí”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord.), Madrid, FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 8-9.

³ BOE núm. 313, de 1 diciembre de 1989.

⁴ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁵ Como así ocurre, por ejemplo, con Túnez, Turquía o Indonesia.

⁶ No obstante, el término *kafala* en árabe hace referencia también a otro concepto relacionado con la garantía de pago (P. Diago Diago, “La *kafala* islámica”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, 2010, pp. 140-164).

⁷ Y es que la regulación concreta de esta figura, así como sus requisitos formales y sus modalidades de funcionamiento, presentan variaciones según el ordenamiento islámico que se tome de referencia (P. Diago Diago, “La *kafala*”, *loc.cit.*, p. 142). No es lo mismo la *kafala* marroquí que, en determinados supuestos, acepta la constitución de *kafalas* internacionales, que la *kafala* argelina que exige que el *kafil* sea argelino, condición de nacionalidad que es exigida también en Siria o Jordania respecto de sus nacionales. Además, en algunos países, como así ocurre en Marruecos, no hay un único tipo de *kafala*. Hay dos clases. Por una parte, está la llamada “*kafala* intra-familiar/notarial”, denominada así porque el cuidado del menor lo confieren los propios padres biológicos a un miembro de la familia o a un tercero ajeno al núcleo familiar. Este tipo de *kafala* hay que distinguirla y diferenciarla de la *kafala* que se constituye sobre un menor que es previamente declarado abandonado y en la que suele otorgarse al *kafil* la tutela dativa o representación legal del menor (N. Marchal Escalona, “Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l’ordre juridique espagnol”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 104, enero-marzo, 2015, pp. 89-113). Dicha variedad también existe en el Derecho argelino (art. 117).

(*makful*) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo (art.116 Código de Familia argelino). El *kafil* no solo adquiere el compromiso de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musulmana⁸.

El carácter desconocido de esa institución dificulta su recepción en los sistemas jurídicos europeos en los que la *kafala* no es equiparable a la figura de la adopción, en la medida en que aquella no crea vínculo de filiación alguno, mientras que esta sí lo hace – sea simple o plena⁹. Dicho reconocimiento resulta imprescindible, entre otros extremos¹⁰, a la hora de solicitar la oportuna autorización de entrada y residencia de tales menores en territorio europeo (Derecho de extranjería), y en particular, cuando dicha solicitud es formulada por nacionales de Estados miembros de la Unión Europea que, como sucede en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019 dictada en el asunto C-129/18, SM y *Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, con intervención de *Coram Children’s Legal Centre* (CCLC) y *AIRE Centre*¹¹, ejercitan su derecho a la movilidad dentro de la Unión Europea (UE) –inherente a la condición de ciudadanía de la UE–. Una cuestión que reviste suma importancia, puesto que a efectos del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea de tales menores a título derivado existe una diferencia significativa si estos son considerados como “descendientes directos” de ciudadanos de la Unión, que si lo son como “miembros de la familia extensa”. Los primeros, en los términos del artículo 2.2º c) de la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la UE y de sus familias a

⁸ De hecho, la falta de cumplimiento de esta obligación motivó que el Gobierno dictara la Circular nº 40 S/2 del Ministerio de Justicia marroquí, en virtud de la cual se instaba a las autoridades marroquíes a que denegaran la concesión de *kafalas* a solicitantes extranjeros con residencia habitual fuera del territorio marroquí. Sobre la misma véase <http://www.plataformamillennium.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos> (Consultado el 30 de abril de 2019).

⁹ No obstante, entre ellas existen innegables concomitancias, pues la *kafala* al igual que la adopción ha de ser último mecanismo al que se recurra para proteger al menor (principio de subsidiariedad) [A. Quiñonez Escámez, “Protección del menor venido a España en *kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord.), Madrid, FIIAPP, 2009, p.189].

¹⁰ Dicho reconocimiento es preciso también para que dicha medida acceda al Registro Civil español (G. Moreno Cordero, “Determinación de los efectos que en el ámbito español despliega una *kafala* marroquí”, *AEDIPr.*, 2016, pp. 1285-1289), para conceder a dicho menor una determinada prestación social e, incluso, para que le sea concedida a este la nacionalidad [N. Marchal Escalona, “Problemas actuales de reconocimiento de la *kafala* marroquí ante autoridades españolas”, en AA.VV.: *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, (Moya Escudero, M., dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 145-154].

¹¹ EU:C: 2019:248.

circular y residir libremente en el territorio de la UE (Directiva 2004/38¹²)¹³, se benefician automáticamente del derecho a entrar y residir en el Estado miembro en el que habitan sus ascendientes; mientras que los segundos, comprendidos en el artículo 3.2º de la Directiva 2004/38¹⁴, solo pueden beneficiarse de la libre circulación y residencia en los Estados miembros tras la oportuna evaluación que deben realizar las autoridades del Estado de recepción.

En el presente estudio analizaremos, por tanto, hasta qué punto los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a facilitar a los menores nacionales de terceros Estados, es decir, aquellos que no son nacionales de la UE ni del Espacio Económico Europeo (EEE) ni Suiza, acogidos o tutelados en régimen de *kafala* por ciudadanos europeos el derecho de entrada y residencia, para que estos puedan vivir con su “familia” en el Estado miembro de acogida. Se trata de determinar en qué medida el Derecho a la vida privada y familiar del menor garantizado en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH¹⁵) –interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (TEDH)– y el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)¹⁶, así como el principio del “interés superior del menor” inciden en la actuación de las autoridades del Estado de recepción. Una cuestión que tiene su importancia, máxime teniendo en cuenta que se trata de un supuesto donde la sombra del fraude planea, puesto que es sabido que, en muchos casos, se recurre a la *kafala* para ahorrar tiempo, costes y eludir los exhaustivos controles que existen en la tramitación de una adopción internacional. Y es que el deseo último de aquellos ciudadanos

¹² DO L 158, 30 de abril de 2004.

¹³ 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”.

¹⁴ Dicho precepto dispone que: “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 [...]”.

¹⁵ BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

¹⁶ DO 2000, C 364.

Europeos que acuden a esta institución es solicitar *a posteriori* la conversión de la *kafala* en una adopción o la constitución *ex novo* de la misma¹⁷.

II. LA KAFALA Y EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

1. Introducción

La jurisprudencia dictada en los últimos años por el TEDH permite hablar de la existencia de un derecho de los particulares al reconocimiento de un estatus familiar adquirido de conformidad con un Derecho extranjero, cuando la denegación del mismo suponga la vulneración del efectivo derecho a la vida privada y familiar del menor. Así quedó reflejado en la Sentencia dictada en el caso *Wagner y J.M.W.L.* contra Luxemburgo, el 28 de junio de 2007¹⁸. En dicha Sent., el TEDH consideró que un Estado no debe denegar el reconocimiento de una adopción válidamente constituida en el extranjero, y cuyos vínculos familiares se han consolidado, al estimar que la misma no reunía los requisitos legales establecidos para su reconocimiento, vulnerando así algunos de los derechos establecidos en el CEDH (arts. 6, 8 y 14). El TEDH, en sentencia de 3 de mayo de 2011, en el caso *Negrepontis*, dicho tribunal aplicó una doctrina similar respecto de las restricciones de la legislación griega frente a las adopciones por religiosos o monjes¹⁹. Salvando las buenas intenciones del TEDH,

¹⁷ De hecho, en ciertos países, como así ocurre en Francia, se han adoptado normas que impiden expresamente la constitución de adopciones de menores extranjeros cuando esta estuviera prohibida en su país de origen. En España, hasta de entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia –en adelante Ley 26/2015– (BOE núm. 180 29 de julio de 2015), la posibilidad de que una *kafala* pudiera convertirse en adopción no era una cuestión pacífica. Existía un alto grado de discrecionalidad judicial (N. Marchal Escalona, “La *kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 2013, 2013, vol. 3, pp. 1-27). No obstante, era posible. A tenor del art. 19.4º de la LAI, incluido por la Ley 26/2015, dicha posibilidad no es factible, puesto que los menores venidos a España en régimen de *kafala* no están, como exige dicho precepto, ni en desamparo ni son tutelados por la Administración. Sobre el mismo *vid.*, Mª. Sánchez Cano, “Adopción en España de menores en situación de *kafala* y Ley Nacional del Adoptando”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 931-946; A. López Azcona, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185 (enero 2016), pp. 1-89, en espec. p. 79.

¹⁸ *Aranzadi Westlaw* JUR\2007\147388.

¹⁹ En esta sentencia el TEDH estimó que Grecia al no reconocer una adopción constituida en un Estado miembro había vulnerado varios derechos fundamentales del reclamante consagrados en la CEDH. Y, en concreto, el derecho al respecto a la vida privada y familiar (art. 8), el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos y libertades consagrados en el Convenio (art. 14), el derecho a la propiedad (art. 1 del primer Protocolo a la Convención) e incluso el derecho procesal a la eficacia de las resoluciones judiciales obtenidas como corolario de la garantía de un proceso justo (art. 6).

consideramos que dicha jurisprudencia genera una doctrina que puede ser peligrosa, puesto que obliga a forzar a los Estados contratantes a abrir sus sistemas de Derecho internacional privado con el objeto de reconocer una relación familiar constituida en el extranjero según la *lex causae*, incluso cuando dicha relación familiar no hubiera respetado la legalidad vigente en el Estado en el que se pretendía su eficacia. Con todo, en la referida Sentencia *Negrepontis*, el Tribunal afirmó que para que la injerencia en el art. 8 CEDH pueda considerarse como aceptable y no implique una violación del mismo es necesario que la denegación del reconocimiento de la decisión extranjera responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcional al fin legítimo perseguido.

De hecho, dicha necesidad es el argumento más esgrimido por el TEDH en los supuestos de gestación subrogada para admitir la injerencia en la vida privada de los comitentes²⁰. Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, (núm. 25358/12) cuando dicho Tribunal consideró que se había procurado proteger los intereses del menor y que la injerencia en la vida privada de los comitentes estaba, pues, justificada²¹. En el mismo sentido, cabe destacar la decisión dictada el 8 de julio de 2014 (núm. 29176/13), en el caso *D y otros c. Bélgica*²², donde el TEDH estimó que la

²⁰ A. Lara Aguado, “La filiación de menores nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución” (en prensa). Agradecemos a la autora el manejo del manuscrito.

²¹ En dicha sentencia dictada el 27 de enero de 2015, se aborda el caso de un matrimonio italiano que acudió a Rusia para contratar la gestación de un menor con gametos de unos donantes. Los comitentes obtuvieron un certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas en el que figuraban ambos como padres legales del menor. Las autoridades italianas fueron advertidas por el Consulado italiano en Moscú de que el certificado contenía información falsa, lo que condujo a que se iniciara un procedimiento penal contra los comitentes por alteración de la filiación, falsedad documental y por infringir las normas italianas del procedimiento sobre adopción internacional. Ante esta situación, el menor fue declarado en desamparo y entregado en adopción a otra familia, ya que no tenía vinculación biológica con los comitentes. El TEDH estimó que la actuación de las autoridades italianas había sido desproporcionada al separar al menor de los cónyuges con quienes había convivido durante ocho meses y que, por encima de consideraciones de orden público, el Estado tenía la obligación de velar por el interés superior del menor. La sentencia fue recurrida por el Gobierno de Italia ante la Gran Sala del TEDH, que, el 24 de enero de 2017 dictó la sentencia (núm. 25358/12), según la cual, la decisión de los tribunales italianos no constituía una violación del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del CEDH, por lo que revocó la sentencia anterior de 27 de enero de 2015. Sobre la misma, *vid.* entre otros, E. Farnós Amorós, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal Derecho”, *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, vol. 40, 2017, pp. 231-242; A. Marrades Puig, “La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos”, en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1320/1597>.

²² Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-4865490-5943668"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{). En este supuesto, una pareja casada de belgas contrató en Ucrania una gestación subrogada de la que nació un niño. Los comitentes solicitaron en Embajada de Bélgica en Ucrania un pasaporte para el menor, para volver con él a Bélgica y establecer el vínculo de filiación, pero la Embajada belga le denegó el pasaporte y los cónyuges tuvieron que regresar a Bélgica una vez que el visado caducó. Los comitentes alegaron que el menor había sufrido un trato inhumano y degradante y que la separación que habían sufrido era contraria al interés superior del menor y violaba su derecho a la vida familiar.

violación del derecho a la vida privada estaba justificada porque estaba prevista por la ley belga y tenía como objetivo evitar la comisión de delitos como la trata de personas y proteger a la madre gestante y al menor.

2. La *Kafala* ante la jurisprudencia del TEDH

El TEDH ha tenido que pronunciarse en dos ocasiones sobre la institución de la *kafala*, constituida en el Estado de origen de conformidad con su ordenamiento jurídico, donde dicho tribunal ha analizado la adecuación del sistema francés y belga, respectivamente, a los derechos fundamentales consagrados en el art. 8 del CEDH.

En la primera, dictada el 4 de octubre de 2012 (*Harroudj c. Francia*), una ciudadana francesa acudió a Argelia a constituir una *kafala* judicial sobre una menor abandonada y tutelada por autoridad pública de aquel país. Después de permanecer dos años la menor en Francia, solicitó a las autoridades francesas la constitución de una adopción, pero el Tribunal de Lyon lo rechazó invocando la normativa francesa que impide la adopción de menores cuya ley personal prohíba la adopción (como es el caso de Argelia). Dicho Tribunal señaló que el artículo 8 del CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar y que la negativa a asimilar la *kafala* con la adopción no viola el derecho a la vida familiar. Reconoció que una norma que prohíbe la adopción, como así sucede en Derecho francés, no da lugar a una violación del art. 8 ni del art. 14 del CEDH²³. Además, para el TEDH, el legislador francés había introducido medidas suficientes para paliar los posibles inconvenientes que dicha normativa puede generar, al permitir que el menor adoptara el nombre del *kafil*, así como la posibilidad de establecer soluciones de tipo sucesorio. Amén, de autorizar la adopción (aun cuando la ley del menor no lo permita) en aquellos supuestos en los que el menor hubiera nacido y residido en Francia o cuando este adquiriera la nacionalidad francesa.

²³ I., Gallala-Arndt, “Die Einwirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht am Beispiel der Rezeption der Kafala in Europa (Besprechung der Entscheidung des EGMR Nr. 43631/09 vom 4.10.2012, Harroudj/ Frankreich”, *RabelsZ*, 2015, pp. 405-428; C.I. Cordero Álvarez, “Adopción en Europa y efectos de la kafala en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *AEDIPr.* 2012, vol., 12, pp. 455-489; S. Corneloup, *en Rev.cr.dr.int.priv.*, vol. 1, 2013, pp. 161-172.

En la segunda sentencia, dictada el 16 de diciembre de 2014 (*Chbihi Loudoudi c. Bélgica*²⁴), dos ciudadanos belgas (de origen magrebí) pretendían adoptar a una menor marroquí, sobrina de la mujer, para lo que los progenitores de la menor constituyeron una *kafala* ante el adul, que fue debidamente homologada por el juez del Tribunal de Primera Instancia de Meknes (Marruecos). Posteriormente, se obtuvo un acta notarial de adopción simple en Bélgica y con esta documentación se solicitó un visado para la menor, con el que entró en territorio belga en 2005. Desde esa fecha, la menor obtuvo permisos de residencia temporales, que se sujetaban a la resolución del proceso de adopción. Un hecho que no había sucedido al constatar el juez que los progenitores biológicos no habían consentido a la adopción. Aunque posteriormente los progenitores biológicos hicieron llegar este consentimiento, no se aceptó por extemporáneo, de manera que los solicitantes comenzaron un nuevo proceso. Esta petición fue rechazada al no haberse constituido la *kafala* sobre la menor por una autoridad competente –tal como exige la normativa belga –, sino por sus progenitores. Idéntica respuesta se obtuvo en apelación donde, además, se consideró que la adopción no respondía al interés superior de la menor. Al no poder constituirse la adopción, no se pudo renovar el permiso de residencia, lo que dejó a la menor en una situación de ilegalidad durante varios meses que generó, según los demandantes, una vulneración del art. 8 CEDH. 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. Para este tribunal, la legislación belga ofrecía a los demandantes la posibilidad de dar una protección jurídica a su vida familiar a través de la tutela oficiosa²⁵.

A la luz de dicha jurisprudencia, cabe concluir que la clave del derecho que protege el art. 8 CEDH es la protección o la continuidad de una familia ya constituida, no tanto la protección del derecho a constituir una familia, lo que repercute necesariamente en las condiciones de entrada del extranjero al Estado de acogida. Allí donde exista un vínculo familiar con un menor, el Estado debe actuar para permitir que dicho vínculo se desarrolle y que posibilite la integración del menor con su familia.

²⁴ CE:ECHR:2014:1216JUD005226510.

²⁵ Apartado. 102. Esta decisión, no obstante, no se adopta por unanimidad, sino por una mayoría de cuatro votos contra tres. Los tres jueces disidentes formularon una opinión separada común. Los jueces disidentes concluyeron que Bélgica debería reconocer una decisión válidamente tomada en el extranjero que tiene como finalidad la protección legal de los vínculos que unen a los demandantes con el menor. Para estos, había habido una violación del artículo 8 del CEDH (O. Bouazza Ariño, “La institución coránica de la *kafala* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2015, 172, pp. 227-232).

III. LA KAFALA Y LA CIUDADANIA EUROPEA: LA POSTURA DEL TJUE

1. Planteamiento, hechos y cuestiones prejudiciales suscitadas

Es evidente que cuando un ciudadano de la Unión Europea solicita a las autoridades de otro Estado miembro que se le expida una autorización de entrada a una menor que está bajo su tutela en régimen de *kafala* en calidad de “hija adoptiva”, y dicha petición se le deniega argumentando que dicha institución no es reconocida como adopción en dicho Estado, estamos ante una decisión que pone en riesgo la vida privada y familiar de dicho menor. Precisamente, el TJUE ha tenido que pronunciarse recientemente sobre cuál es la obligación que pesa sobre los Estados miembros a la hora de documentar la entrada y residencia de menores sometidos a *kafala* por parte de ciudadanos de la UE. De hecho, el centro de gravedad de la cuestión prejudicial planteada, así como la argumentación esgrimida por el TJUE es si el concepto de “descendiente directo” del artículo 2.2º c) de la Directiva 2004/38, comprende a un menor que se encuentra bajo la tutela permanente de un ciudadano de la Unión acogido en régimen de *kafala*.

En concreto, los hechos que dieron lugar a dicha decisión pueden resumirse como siguen: El Sr. y la Sra. M., nacionales franceses, que contrajeron matrimonio en 2001 en el Reino Unido, viajaron en 2009 a Argelia para constituir la *kafala* de una menor, tras ser evaluados por las autoridades de dicho país como «aptos» para acoger a menores en dicho régimen²⁶. Y, así, mediante resolución de 22 de marzo de 2011, el Presidente del Tribunal de *Bufarik* (Argelia) constituyó la tutela de una menor (SM), delegando al Sr. y la Sra. M su patria potestad de acuerdo con la legislación argelina²⁷.

²⁶ La *kafala* argelina se establece, en concreto, por acto legal (art. 116). Se acuerda ante un juez o un notario (art. 117). El titular del derecho de acogimiento legal debe ser musulmán, sensato, íntegro a la vez que mantener al niño acogido y ser capaz de protegerlo (art. 118). El niño acogido puede tener la filiación conocida o desconocida (art. 119).

²⁷ De acuerdo con dicha resolución, el Sr. y la Sra. M se comprometían a «*impartir a la niña [...] una educación islámica, procurar su bienestar físico y moral, cubrir sus necesidades, ocuparse de su educación, tratarla como si fueran sus padres biológicos, protegerla, defenderla ante la justicia y asumir la responsabilidad civil por actos lesivos*». Dicho acto autorizaba también al Sr. y la Sra. M a obtener prestaciones familiares, subsidios e indemnizaciones reclamables, a firmar todos los documentos administrativos y de viaje y a viajar con la menor fuera de Argelia.

En octubre de 2012, el Sr. M. solicitó a las autoridades inglesas la concesión de una autorización de entrada al Reino Unido a dicha menor en calidad de hija adoptiva de nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. Dicha solicitud fue rechazada por la autoridad competente y, en concreto, por el *Entry Clearance Officer* (ECO) por: a) no ser Argelia parte en el Convenio de La Haya de 1993 y no aparecer dicha medida en la *Adoption Order 1973* (Orden de adopción), en vigor en ese momento, la tutela otorgada en Argelia no se reconocía como adopción en el derecho del Reino Unido; y b) porque no se había formulado solicitud alguna de adopción internacional conforme a la normativa vigente²⁸.

El Sr. M presentó el oportuno recurso contra dicha decisión ante el *First-tier Tribunal (Immigration and Asylum Chamber)* [Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo), Reino Unido], que fue desestimado mediante resolución dictada el 7 de octubre de 2013. A juicio de este órgano, dicha menor no podía ser considerada ni “descendiente directo” ni tampoco “miembro de la familia extensa” o “hija adoptiva de un nacional de la UE”, según lo dispuesto en la normativa de transposición inglesa de la Directiva europea (*The Immigration Regulations 2006*). El Sr. M recurrió dicha decisión ante el *Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber)* [Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo)], que, mediante resolución de 14 de mayo de 2014, confirmó que la menor no podía ser considerada como “descendiente directo”, pero estimó que sí podía ser considerada como “miembro de la familia extensa” de aquel. El *Entry Clearance Officer* –el responsable de las autorizaciones de entrada– impugnó esta última decisión ante la *Court of Appeal (England & Wales)* [Tribunal de apelación (Inglaterra y Gales)]. Este órgano estimó, mediante sentencia de 4 de noviembre de 2015, el recurso al apreciar que la menor no podía ser considerada como “descendiente directa” de ciudadano de la Unión a los efectos del artículo 2.2º c) de la Directiva 2004/38, puesto que no había sido adoptada siguiendo la normativa vigente, ni tampoco como “miembro de la familia extensa” de un ciudadano de la Unión.

²⁸ El artículo 66.1º de la *Adoption and Children Act 2002* (Ley de adopción e infancia de 2002) enumera las adopciones que se reconocen como tales conforme a la legislación de Inglaterra y Gales. La *kafala* no figura en esa lista. Además, según el artículo 83 de dicha norma, 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.

Dicha decisión fue impugnada ante la *Supreme Court of the United Kingdom* (Tribunal Supremo del Reino Unido), órgano que, teniendo pocas dudas de que la menor podía incluirse en el artículo 3.2º a) de la Directiva 2004/38, suspendió el procedimiento y planteó ante el TJUE la oportuna cuestión prejudicial en la que cuestionaba si los menores que se hallan bajo una tutela como la *kafala* –en este caso argelina– encajan en el concepto de “descendiente directo” a los efectos del artículo 2.2º c) de la Directiva 2004/38. Para este tribunal, dicha menor podía ser considerada como tal, a la luz de lo establecido en el punto 2.1.2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38²⁹, que incluye en el concepto de “descendiente directo” a los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente.

El órgano jurisdiccional remitente considera que el concepto de “descendiente directo” debe ser objeto de una interpretación autónoma, uniforme y conforme con los objetivos de dicha Directiva, y afirma que la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión podría verse obstaculizada si los Estados miembros fueran libres a la hora de reconocer como descendientes directos a los menores sometidos al régimen de *kafala*. Añade, además, que, en la medida en que dicha interpretación podría asimismo generar el riesgo de explotación, abuso y tráfico de menores, cuestiona si el derecho de entrada de menores sometidos al régimen de *kafala* al territorio del Estado miembro de acogida de los ciudadanos de la Unión podría limitarse con arreglo a los arts. 27 y 35 de la Directiva 2004/38 cuando los menores sean víctima de explotación, abuso o tráfico o cuando exista riesgo de ello. Plantea, igualmente, si, a efectos de la aplicación del artículo 2.2º c), de dicha Directiva, los Estados miembros tienen derecho a comprobar si el interés superior de los menores se ha tenido en cuenta al decidir someterlos a dicha tutela.

2. Decisión, argumentación jurídica esgrimida y valoración

Para el TJUE, es evidente que el concepto de “descendiente directo” de ciudadano de la Unión que figura en el artículo 2.2º c) de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que no incluye a una menor que se halla bajo la tutela legal permanente

²⁹ [COM (2009) 313 final].

de un ciudadano de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala*, puesto que dicha medida de protección no crea un vínculo de filiación alguno entre ellos. No obstante, admite que incumbe a las autoridades nacionales competentes facilitar la entrada y residencia de dicha menor como al poder ser considerada como “miembro de la familia extensa” de un ciudadano de la Unión *ex art. 3.2º a)* de la misma Directiva, interpretándolo a la luz de los artículos 7 y 24.2º de la CDFUE, a través de una apreciación equilibrada y razonable de una serie de de circunstancias que tenga en cuenta todos los intereses en juego y en especial el interés superior de la menor afectada. De forma que, en caso de que, tras dicha apreciación, se demuestre que, en circunstancias normales, la menor y su tutor (que es ciudadano de la Unión) llevarán una vida familiar efectiva y que la menor depende de su tutor, las exigencias vinculadas al derecho fundamental al respeto de la vida familiar, junto con la obligación de tener en cuenta el interés superior de la menor, en principio requerirán que se otorgue a esta el derecho de entrada y residencia al objeto de permitir que viva con su tutor en el Estado miembro de acogida de este.

El Tribunal de Justicia evidencia cómo en situaciones como las del presente litigio el interés superior del menor y el derecho al respeto a la vida privada y familiar deben condicionar la interpretación y aplicación que las autoridades de los Estados miembros deben hacer del 3.2º de la Directiva 2004/38, que resulta aplicable a los menores que, como aquí sucede, se hallan bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión al considerarlos como “miembros de la familia extensa”. A tales efectos, reconoce la obligación que tienen los Estados miembros de facilitar la entrada y residencia de dicha menor.

En esta ocasión, el TJUE, en el fundamento 44 de su sentencia, sintetiza condicionado por la cuestión prejudicial planteada, el meollo del asunto. Para este, el centro de gravedad del mismo es si el concepto de “descendiente directo” del artículo 2.2º 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*. Una cuestión que, para todos los Gobiernos, que han presentado observaciones escritas, merece una respuesta en sentido negativo, en la medida en que para que sea incluido en dicho concepto debe exista un vínculo de filiación, biológico o adoptivo, entre los menores y los ciudadanos de la Unión. Para aquellos, es claro que el concepto no

incluye a los menores sometidos al régimen de *kafala* argelina, puesto que esa tutela no crea entre los menores y sus tutores el vínculo descrito. En cambio, para el Sr. M, el Coram *Children's Legal Centre* (CCLC), el AIRE Centre y la propia Comisión Europea entienden que el concepto de “descendiente directo” puede incluir a los menores sobre los que un ciudadano de la Unión ejerza una tutela legal permanente, como sucede en este caso con la *kafala* argelina³⁰. Estas partes, afirman que su inclusión en dicho precepto resulta obligada, en esencia, para preservar la vida familiar que estos llevan con sus tutores.

En concreto, el TJUE comienza a sentar su estructura argumental a partir del apartado 50 de la Sentencia, cuando evidencia la importancia de fijar los perfiles del concepto “desciende directo” que la Directiva 2004/38 emplea de cara a la entrada y la residencia de tales menores. De hecho, reconoce que de poder ser incluida la menor sometida a *kafala* en dicha categoría esta podría gozar del estatus previsto en el artículo 2.2º c) de la Directiva 2004/38, en cuanto proporciona una mayor protección de la vida familiar y garantiza la defensa del interés superior del menor.

El TJUE parte como premisa de que la noción “descendiente directo” que emplea la Directiva 2004/38 engloba tanto a los hijos biológicos como a los adoptivos. La adopción posee, desde el punto de vista del derecho de residencia, la consideración de filiación, a todos los efectos. De forma que, si la *kafala* pudiera catalogarse como una modalidad de adopción, el *makful* podría ser considerado hijo adoptivo y, por tanto, “descendiente directo” de quienes lo acogieron. En favor de esa asimilación, el tribunal *a quo*, secundado por algunas de las partes en el incidente prejudicial, cita la Comunicación de la Comisión, cuyo apartado 2.1.2 equipara las relaciones de filiación adoptiva a las de los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente. El TJUE es consciente que, de optarse por este criterio, el menor, en cuanto menor sujeto a la tutela legal de los cónyuges que la acogen, podría considerarse como hijo adoptivo de estos.

Simplificando el discurso, para el TJUE, no hay duda alguna de que el concepto “descendiente directo” es un concepto que debe ser objeto de una interpretación autónoma, no vinculada a ningún ordenamiento concreto, favoreciendo así la aplicación

³⁰ Apartado 47.

uniforme del instrumento comunitario. Para llegar a esta conclusión, se sirve, fundamentalmente, del criterio teleológico. Considera que, atendiendo que la finalidad de la Directiva 2004/38 es facilitar y reforzar el ejercicio del derecho fundamental e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el concepto cuyo significado se pretende perfilar debe interpretarse en sentido amplio³¹, de forma que en él encaje cualquier vínculo de filiación, sea biológico o jurídico. Para este, no hay duda de que la expresión “descendiente directo” que el art. 2.2º c) de la Directiva 2004/38 utiliza, debe incluir tanto a los hijos biológicos como a los hijos adoptivos de dichos ciudadanos, siempre que resulte acreditado que la adopción crea un vínculo jurídico de filiación entre los menores y los ciudadanos de la Unión de que se trate³².

La postura del TJUE es perfectamente predecible por tres razones fundamentales. La primera porque es sabido que de nada serviría establecer normas comunes para todos los Estados miembros si luego cada Estado las interpreta y aplica de manera distinta. La segunda, porque de no mediar una interpretación uniforme resultaría desvirtuada la finalidad de la norma. Y, la tercera, porque el principio de interpretación autónoma ha sido utilizado distintas decisiones judiciales del TJUE (*ad ex.* STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16). Además, si dicho concepto dependiera de lo establecido en cada ordenamiento jurídico existiría el peligro de que algunos Estados miembros reconocieran como descendientes directos a los menores sometidos a la institución de la *kafala*, mientras que otros no. Amén, no cabría duda alguna de que se estarían imponiendo obstáculos a la libre circulación a los ciudadanos de la Unión que se hallaren en tal circunstancia.

Ahora bien, dicho Tribunal considera que la necesidad de interpretar esta noción en sentido amplio no justifica que sean incluidos en la misma a aquellos menores que se hallan bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión, en la medida en que el acogimiento de menores en régimen de *kafala* no crea un vínculo de filiación entre los menores y sus tutores.

³¹ Como así ha ocurrido en otros supuestos [*ad ex.* Sents. de 16 de enero de 2014, *Reyes*, C-423/12 (, EU:C:2014:16) y de 10 de julio de 2014, *Ogieriakhi*, C-244/13 (EU:C:2014:2068)].

³² Apartado 54.

Para el Tribunal de Luxemburgo, es evidente que los menores que, como en este caso, se hallan bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión no son “descendientes directos” de estos. Ello, no obsta, a que tales menores puedan disfrutar de un trato más favorable que otros nacionales de Estados terceros. Considera que aquellos pueden subsumirse, tal como apuntó el órgano jurisdiccional remitente, en el concepto de “otro miembro de la familia” al que se refiere el artículo 3.2º a) de la Directiva 2004/38³³. Un precepto cuyo objetivo es mantener la unidad de la familia en un sentido amplio, facilitando la entrada y la residencia de las personas que no estén incluidas en la definición de “miembro de la familia” de ciudadano de la Unión, pero que, no obstante, mantengan con un ciudadano de la Unión relaciones familiares estrechas y estables por razón de circunstancias de hecho específicas, como una dependencia financiera, una relación de convivencia o motivos graves de salud (Considerando 6 de la Directiva 2004/38).

Así pues, continua el TJUE argumentando que, de conformidad con esa disposición, los Estados miembros deben prever la posibilidad de que las personas mencionadas en ella obtengan una decisión sobre su solicitud que esté basada en un estudio detenido de su situación personal, que tenga en cuenta diversas circunstancias y que, en caso de denegación, esta esté motivada. Por su parte, también es consciente de que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la elección de las circunstancias que han de tenerse en cuenta. No obstante, admite que, bajo ningún concepto, los Estados pueden privar a dicha disposición de su efecto útil.

Si seguimos leyendo el resto del fallo, advertimos, que el TJUE va encauzando su decisión para que dicha apreciación se haga, según dispone el considerando 31 de la Directiva 2004/38, a la luz disposiciones de la CDFUE y, en particular, del art. 7. Un precepto que recoge una serie de derechos que tienen el mismo sentido y alcance que los establecidos en el art. 8 del CEDH³⁴. De esta manera, el TJUE se alinea con la

³³ Apartado 59.

³⁴ Una afirmación que no es del todo cierta, porque, como bien afirma P. Jiménez Blanco, “*el alcance de la Carta es más limitado en relación con la extensión del estatuto de la ciudadanía UE a los miembros de la familia. En efecto, el régimen de la ciudadanía de la UE no se extiende a los miembros de la familia sobre la base del derecho a la vida familiar, sino que se fundamenta en la accesoriadad respecto al ejercicio de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos UE, establecido, con carácter general, en los arts. 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y, de manera sectorial, en*

jurisprudencia mantenida por el TEDH³⁵, para la que los poderes públicos tienen la obligación, cuando el vínculo familiar resulta acreditado, de permitir que dicho vínculo se desarrolle y posibilitar la integración de los menores en sus familias (*Harroudj c. Francia/ Chbihi Loudoudi y otros c. Bélgica*).

A partir de aquí, enuncia que la obligación que tienen las autoridades competentes de los Estados miembros de facilitar la entrada y residencia de los demás miembros de la familia, que establece en el art. 3.2 a) de la Directiva 2004/38, y que se concreta, en este ámbito, en una apreciación equilibrada y razonable del conjunto de circunstancias del asunto, teniendo en cuenta todos los intereses en juego. Y es aquí, donde la decisión del TJUE da un nuevo giro, esperado, puesto que siempre que hay un menor resulta ineludible la actuación del “principio del interés del menor”. De forma que, afirma dicho Tribunal, en la valoración de tales circunstancias debe destacar en especial el interés superior de los menores afectados. Y, a continuación, procede a enumerar las circunstancias que tales autoridades deben valorar a la hora de aplicar dicho precepto a los menores que se hallen en régimen de *kafala*, como así sucede en la presente decisión. En concreto, establece que, en particular, se deberá tener en cuenta la edad desde la que los menores se hallen en régimen de *kafala*, la existencia de vida en común de los menores con sus tutores desde el inicio de dicho régimen, el grado de las relaciones afectivas que se hayan entablado entre los menores y sus tutores y el nivel de dependencia de los menores respecto de sus tutores en la medida en que estos asumen su patria potestad y guardia legal y económica.

Considera que, asimismo debe tenerse en cuenta, el posible riesgo específico e individualizado de que los menores en cuestión sean víctima de abuso, explotación o tráfico. Aunque, según el TJUE, no cabe presumir que existen tales riesgos por el hecho de que el procedimiento de colocación en régimen de *kafala* esté basado en una evaluación de la aptitud de los adultos y el interés de los menores que se supone menos pormenorizada que la del procedimiento que se instruye en el Estado miembro de acogida respecto de las necesidades de la adopción o el acogimiento de menores o por el

el art. 45 TFUE (libre circulación de trabajadores), art. 49 TFUE (libertad de establecimiento) y art. 56 TFUE (libre prestación de servicios)”. *Id.* “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEL*, núm. 35, 2018, p. 3.

³⁵ Algo que no es nuevo. *Vid.* B. Hess, “La influencia del Tribunal europeo de derechos humanos en el derecho procesal civil europeo”, *AEDIPr.*, 2014-2015, pp. 35-53.

hecho de que, a falta de su ratificación por parte del Estado tercero en cuestión, no se haya aplicado el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya de 1996, tales circunstancias sí deben sopesarse en relación con los demás extremos pertinentes (por ejemplo, los expuestos en el apartado anterior).

Si tras la apreciación de los extremos mencionados, continúa el TJUE, se demuestra que, en condiciones normales, los menores sometidos al régimen de *kafala* y sus tutores (que son ciudadanos de la Unión) llevarán una vida familiar efectiva y que los menores dependen de sus tutores, las exigencias vinculadas al derecho fundamental al respeto de la vida familiar, junto con la obligación de tener en cuenta el interés superior de los menores, afirma el TJUE, requerirá que se otorgue a aquellos el derecho de entrada y residencia en calidad de “otro miembro de la familia” de un ciudadano de la Unión, a los efectos del artículo 3.2º a) de la Directiva 2004/38, al objeto de permitir que los menores vivan con sus tutores en el Estado miembro de acogida de estos.

Poco más se puede comentar de una decisión con la que se está conforme desde el principio hasta el final, porque garantiza el efecto útil del estatuto de la ciudadanía de la UE de aquellos ciudadanos que tengan a su cargo un menor en régimen de *kafala*, al reconocerles expresamente a estos el “derecho de residencia” a título derivado. Un derecho que, por otra parte, no es automático, sino que está condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos tras una apreciación equilibrada y razonable de un conjunto de circunstancias que tenga en cuenta todos los intereses en juego y en especial el interés superior del menor, y cuya verificación corresponde a las autoridades del Estado de acogida del mismo. En concreto, señalar que la virtud de la decisión comentada reside, a nuestro juicio, en limitar la discrecionalidad que en el ámbito del Derecho de extranjería poseen las autoridades competentes en este ámbito al enumerar las circunstancias y las pautas que estas deben seguir estas en la aplicación del art. 3.2º a) de la Directiva.

Cabe objetar, no obstante, que el TJUE haya eludido contestar a las siguientes cuestiones prejudiciales suscitadas por el órgano judicial remitente, que, como recordemos, planteaba, por una parte, que, si en caso de que el menor sometido en régimen de *kafala* fuera objeto de abuso, explotación o tráfico puede, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 35 de la Directiva 2004/38, se le debe

automáticamente denegársele el derecho de entrada o residencia como miembro de la familia de ciudadano de la UE. Y, por otra, si está facultado o no el Estado miembro de acogida a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un (ciudadano de la Unión) como descendiente directo, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho (ciudadano de la Unión) tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor.

No es la primera vez, ni será la última que el TJUE no contesta o contesta a su manera una cuestión prejudicial que puede ser comprometida y peliaguda, como lo es el hecho de admitir o no ciertas facultades de averiguación a los Estados miembros de la legalidad de la práctica habida en un tercer Estado, máxime cuando lo que está en juego es dejar a un menor en un limbo jurídico. Y es que una cosa es que se analice detenidamente las circunstancias personales y actuales del menor y las personas que lo tutelan de cara a permitir su entrada o no en un Estado, y otra lo es examinar las circunstancias, sustantivas y procesales, bajo las que el menor fue acogido. Con todo, lo que sí es cierto, es que el argumento esgrimido por el TJUE, siguiendo al Abogado General, no convence cuando afirma que la cuestión se había planteado para el supuesto de que dentro del concepto de “descendiente directo” utilizado por la Directiva hubiera estado comprendido el menor sometido en régimen de *kafala*. Como tales menores no encajan en dicho concepto, según lo analizado, decide que no procede responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

Con todo, lo realmente interesante de esta decisión, a nuestro modo de ver, es concretar cuál será el impacto de la decisión en los sistemas estatales de Derecho de extranjería de los diferentes Estados miembros y, en concreto, saber en qué medida afectará esta decisión al Derecho de extranjería español y al proceder en este ámbito de las autoridades españolas. Así, como también, lo que el TJUE no se plantea, aunque se intuye y resulta crucial, como lo es la cuestión de saber si el reconocimiento de la decisión de *kafala* que, como hemos visto, constituye el título que permite a un menor tutelado bajo este régimen entrar al amparo de lo establecido en el régimen europeo, constituye presupuesto previo o no del derecho de residencia a título derivado de dicho menor en un Estado miembro. Aspectos que trataremos a continuación.

IV. LA KAFALA EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TJUE

Para saber cuál es el régimen legal aplicable a la entrada de un menor sujeto bajo el régimen de una *kafala* a España debe tenerse en cuenta dos factores: 1) la nacionalidad del/os tutor/es, y 2) si existe o no vínculo familiar entre el titular de la *kafala* y el menor acogido.

En el caso, que el/os tutor/es ostente/s la nacionalidad de un Estado miembro UE, del EEE o Suiza debería plantearse si resulta de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo o Suiza (RD 240/2007³⁶), que constituye la normativa de transposición española de la Directiva 204/2008. Y, en concreto, si dicho menor debería obtener la tarjeta de residente europeo, acogiéndose al concepto de familia extensa recogido en el artículo 2 *bis* a) del RD 240/2007, que considera que son integrantes de las misma los miembros de la familia del titular a título principal, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 del Real Decreto (cónyuge, pareja registrada, ascendientes y descendientes), que acompañen o se reúnan con él.

De ser así, para obtener la tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión (art. 8 Real Decreto 240/2007), además de probar la validez del vínculo que le otorga el derecho a regirse en virtud del régimen europeo, se debería acreditar también alguna de estas dos circunstancias: 1) que en el país de procedencia estén “a su cargo”, garantizando la existencia de dependencia económica o que vivan con él o; 2) que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia³⁷.

³⁶ BOE núm. 51 de 28 de febrero de 2007.

³⁷ Sobre estas dos circunstancias *vid.* un examen más detallado en M. Soto Moya, “Droit à la vie de famille. Un parcours difficile depuis le Maroc”, *Paix et Sécurité Internationales*, núm. 4, 2016, pp. 137-166, espec. pp. 147-148.

Es, pues, evidente la discrecionalidad que ostentan las autoridades españolas en este ámbito³⁸. Ello, siempre que estas consideren a dicho menor como miembro de la familia extensa del titular del derecho a la libre circulación. En el caso de que no fuera así, existiría la posibilidad de solicitar su entrada, según la normativa aplicable a los supuestos en los que el/os tutores es/on nacional/es de un tercer Estado. En tal caso, las autoridades españolas aplicarían lo dispuesto en la Instrucción dictada sobre la *kafala* por la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dictada el 27 de septiembre de 2007 (DGI/SGRJ/07/2007)³⁹, que sustituye a la dictada el 1 de diciembre de 2004, con la intención de unificar criterios a la hora de documentar legalmente la entrada al territorio español del menor venido a España al amparo de esta medida de protección.

Según dicha Instrucción, la documentación que deberá expedirse al menor dependerá del tipo de *kafala* que se haya constituido en el extranjero. Distingue dos supuestos. En primer lugar, cómo se documenta al menor sobre el que ha sido constituida una *kafala* por autoridad pública extranjera, bien porque el menor sea huérfano, bien porque haya sido declarado en desamparo. En estos supuestos, la *kafala* no establece vínculo de filiación alguno, pero sí genera, según dicha Instrucción, un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa, por lo que la persona bajo cuya petición se ha constituido la *kafala* (*kafil*), se considerará su representante legal y, por tanto, la acogida de este en territorio español tendrá carácter permanente. Al menor le será concedido el oportuno visado de residencia por reagrupación familiar, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 17.1º c) Ley de Extranjería (LOEXIS⁴⁰) que establece el derecho a la reagrupación de los menores de 18 años o incapaces, cuando el residente extranjero sea su representante legal⁴¹. Y, en segundo lugar, cómo se documenta aquel

³⁸ C. Ruiz Sutil, “La mujer kafila y la recepción de la kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Clepsidra*, 16, 2017, pp. 145-166 en esp. p. 158.

³⁹ Puede consultarse el texto en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Inmigración y Emigración.

⁴⁰ L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la L. O. 8/2000, de 22 de diciembre, por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, por la L.O. 145/2003, de 20 de noviembre, por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre y por la L.O. 10/2011 de 27 de julio (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; corr.err. BOE núm. 20, de 24 de enero. BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000; corr. err. BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. BOE núm. 279 de 21 de noviembre de 2003. BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009. BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011).

⁴¹ Siempre que sean observadas las condiciones establecidas. Un análisis de las mismas en M. Soto Moya, “Autorización de residencia por reagrupación familiar” en *Memento Experto Francis Lefebvre. Extranjería*, 2017, Madrid, pp. 69-72. Sobre la documentación que es necesaria para obtener el

menor sobre el que se ha constituido una *kafala* intrafamiliar, es decir, son los padres biológicos del menor los que ceden la custodia del mismo. Según la Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 de 17 de enero de 2008 sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal, dicha *kafala* no concede la representación legal del menor y, por tanto, no procede la concesión del oportuno visado de residencia por reagrupación familiar⁴². Por lo que, en tales casos, los menores solo podrán obtener de conformidad con el arts. 187-188 del Reglamento de Extranjería 557/2011, de 20 de abril (anterior art. 93 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre⁴³) el visado de estancia con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, siempre que cumpla los requisitos legales establecidos⁴⁴.

En suma, saber si un menor venido a España en régimen de *kafala* podría beneficiarse o no de las prebendas que se derivan de la normativa europea era una cuestión que estaba sometida a la discrecionalidad de la Administración española. De ahí, que deba ser bien recibida la Sentencia del TJUE dictada el 26 de marzo de 2019. La protección del derecho a la vida privada y en familia del menor, así como el interés superior del menor obliga, pues, a limitar la discrecionalidad de las autoridades competentes en este ámbito. Cabe esperar, por tanto, que las autoridades españolas hagan pronto acopio de la doctrina que se deriva de la misma y que, por ende, faciliten a los menores sometidos a tutela de ciudadanos de la UE, del EEE o de Suiza la entrada en territorio español a todo menor sometido en régimen de *kafala*, siempre que exista

correspondiente visado. Al respecto véase en A. Rodríguez Benot, “Eficacia de la *kafala* ante el ordenamiento español”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord.), Madrid, FIAPP, 2009, pp. 123-152 en esp. p. 137.

⁴² Sent. del Juzgado Contencioso-administrativo nº 17 de Barcelona de 5 de julio de 2013 (*TOL* 4.017.963).

⁴³ *BOE* núm. 6, de 7 de enero de 2005.

⁴⁴ Así, consta en la Sent. del Tribunal de Superior de Justicia de Madrid de 11 de septiembre de 2013 en la que se denegó la concesión del oportuno visado de estancia a una menor sobre la que se ha constituido una *kafala* familiar, dadas las sospechas que tenían las autoridades españolas de que en realidad existía un supuesto de “reagrupación encubierta” (*TOL* 3.9.55.928). Las autoridades españolas dudaban de la intención de que la menor abandonase el territorio español antes de que expirare el plazo de vigencia del visado. Una práctica que resulta criticable y que fue confirmada en la Sent. dictada por el Tribunal Supremo (TS) el 9 de diciembre de 2011 (*TOL* 2.298.890). No hay duda, de que esta decisión constituye una verdadera medida de control de los flujos migratorios, lo cual es perfectamente comprensible, máxime si tenemos en cuenta que en los últimos años está proliferando la constitución de *kafalas* fraudulentas, llamadas también “*kafalas*” en blanco (A. Quiñonez Escámez, “Protección del menor...”, *loc.cit.*, en *op.cit.*, p.189). Es decir, aquellas cuyo fin último es defraudar la normativa de extranjería en materia de reagrupación familiar eludiendo así, los cauces normales de entrada y trabajo de extranjeros.

una expectativa de vida familiar que sea razonable y no derive de una situación manifiestamente fraudulenta, facilitando así la vida privada y familiar de aquellos.

V. ¿EL RECONOCIMIENTO DE LA DECISIÓN DE *KAFALA* CONSTITUYE PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A CIRCULAR Y A RESIDIR EN UN ESTADO MIEMBRO?

Como ha señalado P. De Miguel Asensio, un aspecto que no ha sido objeto de análisis en la sentencia, aunque el Abogado General sí esbozó en sus conclusiones⁴⁵ y ha quedado reflejado en el contenido final del fallo de la Sentencia y que, sin duda alguna, resulta de relevancia es saber si la consideración como miembro de la familia a efectos de entrar en un determinado Estado miembro de la UE debe estar condicionada por el previo reconocimiento de la resolución judicial del Estado donde se ha constituido la *kafala*. Es decir, ¿hasta qué punto es preciso reconocer una resolución extranjera en la que se instituye una *kafala* a efectos de reconocerle un derecho de residencia en un Estado miembro a título derivado? Cabe notar, como así señala este autor, que a diferencia del matrimonio que dio lugar a la STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16⁴⁶, el acogimiento nacido de la *kafala* no representa una situación legal constituida en otro Estado miembro, sino que se funda en una resolución judicial de un Estado tercero. En estas circunstancias, no cabe excluir que el reconocimiento de la *kafala* en cuestión pueda entenderse como un presupuesto de la consideración de ese concreto menor como “miembro de la familia” a los efectos del artículo 3.2º de la Directiva 2004/38, de modo que la autoridad nacional debe decidir con carácter previo si reconoce o no a esos efectos la resolución del tercer Estado constitutiva de la *kafala*.

Cuestión distinta es que dicho reconocimiento tenga lugar siguiendo un razonamiento estrictamente iusprivatista. De hecho, tuvimos oportunidad de evidenciar cómo las autoridades administrativas españolas que reconocen la validez de una *kafala*

⁴⁵ Apartado 57.

⁴⁶ EU:C:2018:385. La Sentencia *Coman* supone el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo a los efectos de la libertad de circulación en la UE y aunque el Estado de la nueva residencia no considere válido este matrimonio. El derecho a la vida familiar permite una interpretación autónoma del concepto de cónyuge en relación con el art. 21 TFUE. Para un análisis de la misma, *vid.*, P. Jiménez Blanco, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C- 673/18: Coman”, *La Ley Unión Europea*, ISSN-e 2255-551X, número 61, 2018.

constituida en el extranjero en el ámbito del Derecho de extranjería obvian cualquier razonamiento en términos de Derecho internacional privado⁴⁷. El control que llevan a cabo las mismas es de mínimos, pues solo verifican la regularidad formal del documento que se presenta (traducción + legalización). Una práctica administrativa que, desde la perspectiva iusprivatista, debe ser objeto de crítica, puesto que, en tal caso, no se trata de utilizar la resolución judicial o el documento público extranjero en el que se haya constituido la *kafala* como medio de prueba (efecto probatorio), sino que lo que se pretende es que estos desplieguen su eficacia constitutiva en España (efecto constitutivo). Y, por tanto, en la medida en que resulta preciso determinar con carácter previo la validez de la *kafala* para obtener el mismo, el control a realizar por tales autoridades debería de ser mayor. No obstante, también es cierto que la finalidad que los particulares pretenden con el reconocimiento de la *kafala* localizada en el ámbito de la extranjería (entrada y permanencia del menor), justifica, la flexibilidad con la que actúan estas autoridades a la hora de reconocer *kafalas* constituidas en el extranjero – que se limitan a realizar un control “*suis generis*” – alejado de los requerimientos y las exigencias impuestas por la normativa de DIPr. Somos conscientes que, de existir un control de validez de dicha medida, podría hacer peligrar el derecho a la vida personal y familiar del mismo. De ahí que, el modo y alcance de la acreditación de los vínculos familiares a efectos del Derecho de extranjería y de las autoridades que lo aplican debe basarse fundamentalmente, a nuestro juicio, en la legalidad de la prueba documental. Prescindir, pues, en la práctica de las técnicas clásicas del DIPr., acercándose a un modelo de reconocimiento mutuo o de “portabilidad” del estatuto familiar de un Estado a otro⁴⁸.

A la luz de lo anterior, cabe concluir que, en el marco del 3.2º de la Directiva 204/2008, el único control que parece que procede a la hora de permitir la entrada o no a dicho menor es comprobar que se cumple una cierta “regularidad documental”, además, de la concurrencia de aquellas circunstancias que, teniendo en cuenta el interés del menor, permiten constatar la existencia de una vida familiar, así como la ausencia de

⁴⁷ N. Marchal Escalona, “Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, *Revue Paix et Sécurité Internationales*, 2016, núm. 04, pp.222-223.

⁴⁸ P. Jiménez Blanco, “La movilidad...”, *loc.cit.*, pp. 1-2; P. Kinsch, “Recognition in the forum of a status acquired abroad – Private international law rules and European human right law”, en K. Boele-Woelki, y otros (ed.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pp. 259 y ss; S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l’espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017, pp. 66 y ss.

todo fraude o abuso. De esta manera el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar serían también elementos de gran importancia al decidir sobre el reconocimiento de dicha vinculación⁴⁹. E, igualmente, como ha señalado la doctrina iusprimitista, para limitar la acción del orden público y condicionar la ponderación con otros derechos fundamentales que pudieran resultar afectados, pero también para proceder a la adaptación de la *kafala* en lo posible a una institución conocida del Estado miembro de destino⁵⁰.

Lo que, en modo alguno cabe, procede es mantener la postura que esboza el Abogado General en sus conclusiones cuando afirma que: “*podría admitirse la posibilidad de que una kafala reconocida por la autoridad judicial de un Estado miembro extendiese sus efectos a otro Estado miembro*”. Y ello porque, el orden público, el mantenimiento de las competencias estatales sobre el Derecho civil y los márgenes de discrecionalidad permitidos a los Estados UE en el ámbito de la extranjería, suponen, como ha señalado P. Jiménez Blanco, obstáculos legítimos a la movilidad dentro de Europa⁵¹. Hoy por hoy, no está garantizado que un miembro de la familia reconocida como tal en un Estado miembro lo sea en otro. Y es que, a pesar de las facilidades que los Estados miembros deben cumplir, según la presente Sentencia del TJUE, no se impone un reconocimiento automático de la familia constituida en el extranjero. No existe, pues, expresamente ninguna concesión en tal sentido, ni siquiera cuando se trata de un caso de movilidad dentro de la UE, aunque lo razonable sería que se flexibilizaran determinadas exigencias para evitar así duplicidades de control.

VI. CONCLUSIONES

El TJUE en la presente decisión está cumpliendo la importante misión de suplir las carencias que la Directiva 204/2008 presenta, para determinar qué miembros de la familia extensa de un ciudadano europeo disfruta del “derecho de residencia” a título derivado. En esta ocasión, el tribunal ha debido decidir sobre si un menor sometido a la tutela en régimen de *kafala* de ciudadanos europeos puede ser calificado de “descendiente directo” o, por el contrario, debe ser considerado miembro de la familia

⁴⁹ <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/03/acogimiento-de-menores-en-terceros.html#more>

⁵⁰ P. Jiménez Blanco, “La movilidad...”, *loc.cit.*, p. 17. P. de Miguel Asensio en su blog <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/03/acogimiento-de-menores-en-terceros.html#more>. (Consultado el 27 de abril de 2019).

⁵¹ *Id.*, “La movilidad...”, *loc.cit.*, p. 22.

extensa de aquellos. Determinar cuáles son los perfiles de aquella noción resulta fundamental para desvelar la entrada y residencia (*ipso iure* o sometida a condiciones) de dicho menor en el territorio de un Estado miembro.

En la sentencia objeto de comentario, el Tribunal de Luxemburgo impone a los Estados miembros la obligación de reconocer a la *kafala* islámica, constituida por ciudadanos europeos, para que estos puedan ejercer los derechos que se derivan de la ciudadanía europea. Debe ser por ello bien recibida, en la medida en que garantiza el efecto útil del estatuto de la ciudadanía UE de aquellos ciudadanos que tengan a su cargo un menor en régimen de *kafala*, al reconocerle expresamente a tales menores el “derecho de residencia” a título derivado. Un derecho que, por otra parte, no es automático, sino que está condicionado a la verificación de un conjunto de circunstancias enumeradas por el TJUE (*ad ex.* la edad desde la que los menores se hallen en régimen de *kafala*, la existencia de vida en común, etc.) que deberán comprobar las autoridades estatales competentes en los diferentes Estados miembro, lo que, sin duda alguna, ayudará a contribuir a una más clara aplicación del sistema.

La principal aportación de esta sentencia es que el concepto “otro miembro de familia” que establece el art. 3.2 c) de la Directiva, lo interpreta al amparo de la jurisprudencia del TEDH, pronunciada sobre la expectativa legítima de las personas para garantizar la continuidad de sus relaciones familiares a través de las fronteras. Y es que la movilidad de los ciudadanos de la UE solo se logra plenamente si pueden trasladarse y establecerse en el Estado de acogida con los miembros de su familia, lo que evidencia la coordinación y el diálogo existente entre ambas jurisdicciones. Y es que si el TEDH admite la necesidad de que allí donde exista un vínculo familiar con un niño, el Estado debe actuar para permitir que dicho vínculo se desarrolle eliminando cualquier obstáculo que pudiera existir; el TJUE, consciente de que denegar la entrada a dicho menor puede constituir un obstáculo a la vida privada y familiar, obliga a las autoridades de los Estados miembros, a reconocerle a dicho menor un “derecho de residencia” en la UE a título derivado, siempre que exista una expectativa de vida familiar que sea razonable y no derive de una situación manifiestamente fraudulenta y abusiva.

La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo también está llamada a tener un impacto más que considerable en la regulación y aplicación de la normativa de extranjería vigente en los Estados miembros de acogida, al imponerles la obligación de facilitar la entrada de estos menores para ejercer su derecho a una vida privada y en familia. Ahora bien, ello no implica que exista *a priori* un derecho subjetivo de dicho menor para entrar en el territorio de un Estado miembro, pues solo cuando las autoridades estatales competentes verifiquen el cumplimiento de los requisitos establecidos en la propia Sentencia, se podrá invocar dicho derecho. La novedad de la decisión comentada es que concreta cuándo procede su concesión minimizando, por ende, la discrecionalidad existente en este ámbito por parte de las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros.

Con todo, es de lamentar que el TJUE no se ocupe de analizar expresamente si la consideración del menor como miembro de la familia, a efectos de entrar en un determinado Estado miembro de la UE, debe estar condicionada al previo reconocimiento de la resolución judicial del Estado donde se ha constituido la *kafala*, y de la que deriva el derecho de residencia que dicho tribunal reconoce al menor. Nadie duda que el reconocimiento de la decisión judicial en cuya virtud se instituye la *kafala* constituye un presupuesto previo y necesario para la consideración del menor como “miembro de la familia” *ex* artículo 3.2 de la Directiva 2004/38. Pero, todo apunta a que el TJUE apuesta por un modelo basado en el reconocimiento mutuo, o lo que es igual, en la “portabilidad” de la *kafala*, como instituto familiar creado a la luz de un ordenamiento jurídico, alejado de las técnicas propias del Derecho internacional privado. De forma que, según dicho tribunal, lo único que procede en el marco de dicha disposición es comprobar la regularidad del documento en el que ha sido formalizada la *kafala*, así como de las circunstancias enumeradas en la presente decisión y en cuya valoración deberá tenerse en cuenta los intereses en juego y, en particular, el interés del menor.

Resumen: El presente estudio analiza cómo el interés superior del menor y el derecho fundamental a la vida familiar obligan a las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea a facilitar la entrada y residencia de un menor sobre el que ciudadanos europeos han constituido una *kafala*, siempre que exista una expectativa de vida familiar que sea razonable y no derive de una situación

manifiestamente fraudulenta. Se trata de una decisión que debe valorarse positivamente. No solo por lo que establece, sino por lo que implícitamente admite. Y es que, aunque el TJUE no se haya ocupado de forma expresa de analizar si la consideración como miembro de la familia a efectos de entrar en un determinado Estado miembro de la UE debe estar condicionada por el previo reconocimiento de la resolución judicial del Estado donde se ha constituido la *kafala*, todo apunta a que el Tribunal de Luxemburgo apuesta por un modelo basado en el reconocimiento mutuo, donde lo único que procede es comprobar la regularidad del documento en el que consta la *kafala*, así como la apreciación de las circunstancias admitidas como relevantes por el TJUE, para comprobar si existe o no una “vida en familia” y la ausencia de todo abuso del Derecho.