



EDITORIAL

Pistas de soluciones a la luz de las prácticas nacionales y transfronterizas en materia de *kafala*

En diciembre de 2020, el SSI/CIR publicó su análisis sobre las prácticas nacionales y transfronterizas en materia de *kafala* con el fin de promover un mayor respeto por los derechos del niño o niña *makful*.¹

Reconocida en los principales textos internacionales en materia de derechos de los niños y niñas (CDN, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Convenio de La Haya de 1996), la *kafala* es una medida de protección propia de aquellos Estados cuyos sistemas normativos están basados en la *sharía* o influenciados por esta última (Estados de origen). Fuera del círculo de estos Estados, sin embargo, es poco o mal conocida, lo cual fue el principal impulso para el SSI/CIR al dedicar un estudio a este tema (véase el Editorial del Boletín Mensual no. 213, julio de 2017). Mediante el análisis de unos veinte Estados de origen, así como de Estados de Derecho civil o anglosajón [*Common Law*], cuyas leyes apenas abordan la *kafala*, pero que se enfrentan a cuestiones vinculadas con su reconocimiento y ejecución (Estados de recepción), el estudio pretende responder, en particular, a las siguientes preguntas: ¿Cuál es su origen y cuáles son sus distintas características? Actualmente, ¿cómo es reconocida y ejecutada en los Estados de recepción? Sobre todo, ¿cómo responder a los desafíos actuales a nivel nacional y transfronterizo para garantizar que la *kafala* sea, efectivamente, una medida de protección respetuosa de los derechos de los niños y niñas?

La *kafala* nacional: Pistas de soluciones con vistas a garantizar la protección de los niños y niñas *makful* en su propio país

El SSI/CIR aborda el tema de la *kafala* en el marco de la situación general de los derechos de los niños y niñas y su acogimiento alternativo en los Estados de origen. Efectivamente, el estudio demuestra que el ámbito se encuentra en plena transformación: así, numerosos Estados han iniciado o están actualmente llevando a cabo reformas para fortalecer su sistema normativo (como Irán, Jordania, Marruecos, Túnez); otros, por ejemplo, han empezado a desarrollar o fortalecer las medidas de tipo familiar de naturaleza diversa, como la *kafala* u otras medidas, entre ellas el acogimiento familiar (véase pág. 11). No obstante, el análisis también lleva a la observación general de que un enfoque centrado en el niño o niña está lejos de haberse conseguido en muchos de los contextos examinados.

Entonces, ¿cómo remediar los persistentes desafíos (falta o escasez de procedimientos formales, disposiciones del Derecho Familiar que transmiten derechos desiguales, estigmatización de los niños y niñas nacidos fuera del matrimonio, etc.) con el fin de garantizar la universalidad de los estándares internacionales en materia de derechos de los niños y niñas y a la vez respetar las particularidades culturales de los Estados en cuestión? En su estudio, el SSI/CIR propone tres acciones claves dirigidas, en particular, a: (1) fortalecer los sistemas de protección a la niñez, entre otros, mediante una cooperación intersectorial, la asignación de recursos

financieros adecuados y el desarrollo de sistemas de recopilación y conservación de datos; (2) generando cambios de actitud en los profesionales respecto de los niños y niñas privados de familia; y (3) asegurar garantías mínimas de procedimiento para una *kafala* de tipo familiar basadas principalmente en evaluaciones minuciosas por profesionales cualificados y capacitados.

La *kafala* transfronteriza: Pistas de soluciones con vistas a garantizar la continuidad de la protección de los niños y niñas *makful* en otro país

¿Un acogimiento en *kafala* transfronteriza puede ser benéfico para algunos niños y niñas que no pueden ser acogidos adecuadamente en su Estado de origen? Si fuera el caso, en ausencia de garantías suficientes a nivel nacional, sigue siendo, sin embargo, difícil de preservar la continuidad de la protección de los niños y niñas cuando la *kafala*



se convierte en transfronteriza. Además, existen pocos datos desagregados sobre este tipo de acogimientos. Dadas las estadísticas actuales en materia de adopción internacional (véase el

Boletín Mensual no. 247, diciembre de 2020), sin embargo, es preocupante advertir que algunos Estados de recepción siguen tratando estos acogimientos desde la mirada de la adopción internacional. Para el SSI/CIR, esta constatación demuestra la inadecuación y la heterogeneidad de las respuestas actuales en la materia. Desde luego, el estudio demuestra también que el reconocimiento y la ejecución de un acogimiento en *kafala* en otro sistema jurídico es sumamente

complejo y plantea numerosas interrogaciones vinculadas con la competencia, la ley aplicable y la cooperación entre Estados. No obstante, un tratamiento inadaptado y demasiado “simplista”, que no haga justicia a la naturaleza misma de la medida, corre el riesgo de poner a los niños y niñas y a sus derechos en peligro. ¿Tal situación no estaría contraria a la esencia misma de una medida de protección?

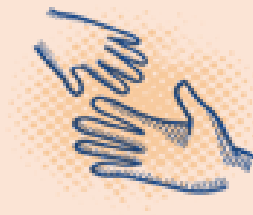
Cuando los acogimientos transfronterizos en *kafala* son llevados a cabo, ¿cómo encontrar el justo equilibrio entre el respeto por la naturaleza misma de la *kafala*, tal y como está definida por cada uno de los Estados de origen, y la garantía para el niño o niña de ver sus derechos plenamente puestos en práctica en el Estado de recepción sin discriminación en comparación con los demás niños y niñas de ese país? Es alentador advertir que algunas prácticas prometedoras se están generando en relación con la *kafala* transfronteriza y son presentadas en el estudio. Para el SSI/CIR, es fundamental que –desde una perspectiva de derechos de los niños y niñas– se implemente un enfoque conjunto entre los principios de Derecho Internacional Público y las normas de Derecho Internacional Privado en la materia (véase pág. 4). Desde esta perspectiva, el SSI/CIR propone orientaciones concretas con vistas a: (1) fortalecer las garantías de los sistemas actuales, en particular, mediante herramientas de mayor cooperación (acuerdos bilaterales, etc.); y (2) establecer un procedimiento en cuatro fases para la gestión de casos individuales, que tome en cuenta las consideraciones del derecho en materia de inmigración y material, a corto, mediano y largo plazo.

El estudio del SSI/CIR no pretende proporcionar un análisis exhaustivo de la *kafala* en el mundo y de todos sus aspectos, pero más bien de presentar este modo de acogimiento particular y su reconocimiento y ejecución según la práctica de algunos Estados de origen y de recepción. Espera mucho que tenga una amplia difusión, como herramienta de trabajo, y, sobre todo, que podrá contribuir, mediante sus reflexiones y orientaciones, a un acogimiento en *kafala* de los niños y niñas respetuoso de sus derechos a nivel nacional y transfronterizo.

El equipo del SSI/CIR
Enero de 2021

Referencia:

¹ Disponible en inglés y francés en: <https://www.iss-ssi.org/index.php/en/resources/publications-iss?layout=edit&id=300#1-1-kafalah-preliminary-analysis-on-national-and-cross-border-practices---2020>.



irc-cir@iss-ssi.org
www.iss-ssi.org

ISS
32 Quai du Seujet
1201 Geneva / Switzerland