Boletín Mensual
Publicado por el Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia- SSI

N° 213
JULIO 2017

EDITORIAL

La *kafala* : ¿Cuáles son las respuestas a las múltiples preguntas?

La kafala, reconocida por la CDN, plantea cuestiones complejas y sensibles en cuanto a sus posibles modalidades y garantías en su puesta en práctica – en particular cuando reviste carácter internacional.

¿Qué es la *kafala* ?

La *kafala* se conoce generalmente como el compromiso de una persona (*kafil*) de hacerse cargo voluntariamente, de las necesidades, el cuidado, la educación y la protección de un niño privado de su familia (*makful*). No rompe los vínculos de filiación biológica. Reviste carácter internacional cuando se implementa en otro país.

La *kafala* es una medida de protección a la niñez propia de los países de Derecho Musulmán y, en cuanto a sus efectos, varía enormemente de un país a otro. Además, cuando tiene un carácter internacional, las diferencias entre los sistemas jurídicos y culturales de los países de raíz jurídica musulmana – que en la mayoría de los casos prohíben expresamente la adopción – y los países de Derecho Civil y del Derecho Común, plantean dificultades: el marco normativo aplicable, la evaluación del interés superior del niño o niña, el respeto a sus derechos y los efectos jurídicos. Una reciente misión del SSI/CIR a Marruecos ha recordado la importancia de (volver) a situar en el centro de sus reflexiones la necesidad fundamental de los niños y niñas privados de familia, o en riesgo de estarlo, de crecer en un entorno familiar que respete las leyes y culturas de cada uno o una.

El interés superior del niño o niña más allá de las divergencias entre sistemas normativos

Para garantizar el cumplimiento de los derechos del niño/a privado/a de familia, es fundamental que los países en cuestión velen, ante todo, por respetar el principio de subsidiaridad. Así, en primer lugar, deben ponerse todos los esfuerzos para evitar la separación familiar, y, en segundo lugar, debe ofrecerse a los niños y niñas un abanico de medidas de tipo familiar el más diverso posible, prioritariamente a nivel nacional. Es conveniente prestar apoyo de forma prioritaria a todo país en la puesta en práctica de sus obligaciones, y ayudar a dotarse de autoridades competentes sólidas y de profesionales cualificados, que garanticen la aplicación de sus procedimientos y sus controles, por ejemplo en términos de costes, consentimientos exigidos, etc. De esta forma, el SSI Suiza ha prestado apoyo a Argelia para reforzar, por una parte, las medidas de prevención en situaciones de abandono, vinculadas, en particular, con la estigmatización de las madres solteras y los niños y niñas nacidos fuera del matrimonio, y, por otra parte, para fortalecer la *kafala* nacional como solución de tipo familiar, previo a considerar un acogimiento internacional. Así, se han desarrollado herramientas para profesionales para centrar la toma de decisiones en el niño o niña, y consolidar la evaluación, preparación, asignación y el seguimiento de las familias *kafiles* (véase pág. 10).

Por otra parte, la opción escogida por el modelo tunecino pretende proporcionar una respuesta a la alarmante situación de los niños y niñas abandonados y a una realidad social a través de la coexistencia entre la adopción y la *kafala*. Este ejemplo nos demuestra que estas dos medidas pueden integrarse a un mismo sistema de protección a la niñez, una solución que podrá inspirar a otros países (véase pág. 8). Hay que

tener en cuenta que mientras más amplia la variedad de medidas de protección, valorando soluciones como el padrinazgo a largo plazo (véase pág. 4), mejores oportunidades habrá de que puedan satisfacerse las necesidades del niño o niña.

¿Un marco legal capaz de afrontar los retos?

En el ámbito nacional, varios países de Derecho Musulmán, tales como Argelia, Marruecos, Siria y el Líbano, demuestran actualmente una voluntad de consolidar su sistema de *kafala* a través de diversos medios, tales como posibles modificaciones legislativas. Con el objetivo de ofrecer una mejor protección de los derechos del niño *makful* (véase págs. 8 y 10), estas últimas deberían reforzar su estatus jurídico, por ejemplo, revisando las condiciones de revocabilidad del acogimiento, y luchando contra las diversas formas de discriminación, entre otras, en el momento de establecer el estado civil del niño o niña.

A nivel internacional, además de la CDN y de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, la *kafala* también es abordada en el Convenio de La Haya de 1996[1], que prevé un sistema de cooperación y de comunicación previo entre autoridades competentes[2]. Más allá de las ventajas que ofrece, este marco internacional fundamental se enfrenta a importantes limitaciones cuando se prevé la puesta en práctica de la *kafala* en otro país. Por una parte, su aplicabilidad es limitada debido a la baja tasa de ratificación del Convenio de La Haya de 1996 por los países de Derecho Musulmán, pues a día de hoy Marruecos es el único país contratante de Derecho Musulmán. Por otra parte, a pesar de las normas de cooperación contenidas en este instrumento, persiste cierta confusión en cuanto a las condiciones y a la obligación del reconocimiento de una medida desconocida en el país de recepción. Esto también es válido respecto de los efectos jurídicos de los derechos del niño o niña: el ingreso al territorio, la concesión de nacionalidad, de derechos sociales, etc.

¿Soluciones respecto a los efectos jurídicos de una *kafala* internacional?

Entonces, ¿cómo podemos reconocer los efectos jurídicos de la *kafala* de los sistemas de Derecho Musulmán en otro país donde es desconocida? Entonces, ¿debemos rechazar su reconocimiento o buscar mecanismos de transposición conforme a la legislación internacional y nacional? Esto permanece en el centro del debate respecto de la *kafala* internacional, y genera reflexiones sobre la interacción entre los Convenios de La Haya de 1993 y 1996 – cuestiones ya planteadas durante las Comisiones Especiales[3].

Efectivamente, estas incertidumbres plantean diversos retos, tales como una diferenciación en las políticas y prácticas en materia de la *kafala* internacional. Mientras que ciertos países, tales como Australia, rechazan reconocer los acogimientos en *kafala*, desconocida en su sistema de protección, otros países como Francia (véase Boletín Mensual No. 196 de noviembre 2015) o Bélgica, intentan encontrar soluciones, teniendo en cuenta su situación particular. En efecto, debido a su población importante procedente de países de Derecho Musulmán, estos últimos se han dotado de mecanismos jurídicos y prácticos para reconocer esta medida.

Además, en este contexto, ciertas prácticas ponen en riesgo los derechos del niño o niña. Por parte de los países de Derecho Musulmán: las declaratorias de *kafala* respecto de candidatos residentes en el extranjero, cuya intención al regresar a sus países es claramente la de adoptar a un niño o niña *makful*. Por parte de los países de recepción: la conversión en adopción de la decisión de *kafala* en un país que la prohíbe. En este punto, el SSI/CIR quisiera llamar la atención respecto del enfoque de ciertos países que animan abiertamente a adoptar a niños y niñas que provienen de países de Derecho Musulmán, lo cual es contrario al derecho nacional de estos países así como al Derecho Internacional.

Ante estas preocupaciones, se necesitan respuestas concretas, sobre las cuales el SSI/CIR y otros expertos están reflexionando en la actualidad, necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales del niño o niña, y para lograr un consenso jurídico y político entre los países en cuestión. En un próximo número del Boletín Mensual, examinaremos los avances en este ámbito que se encuentra en constante cambio.

El equipo del SSI/CIR

Julio de 2017

INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE
SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL
SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL

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

SSI
32 Quai du Seujet
1201 Ginebra / Suiza