



UNIVERSIDAD
TECNOLÓGICA
DEL PERÚ

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS HUMANAS

Trabajo de Suficiencia Profesional

"Las Bondades del Kafala Familiar"

Bachiller

JUAN VICTOR ARIAS RODRIGUEZ

Para optar el Título Profesional de Abogado

LIMA - PERU

2018

Agradezco a mi familia, amigos y docentes que siempre me brindaron su apoyo incondicional y por creer siempre en mí.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad optar una figura jurídica familiar proveniente de países islámicos e implementarlo a la institución familiar del Perú mediante la modificación de las normas jurídicas peruanas.

El cual lleva como título “LAS BONDADES DEL KAFALA FAMILIAR”, como una nueva alternativa para los ciudadanos peruanos quienes deseen cuidar, proteger brindar todos los beneficios al menor como si fuera su hijo de manera voluntaria y sin estar sujeto a ninguna condición.

También realizaremos una comparación entre los índices de adopciones y los índices de abandono en el Perú y el motivo por el cual recurrimos a la figura del Kafala Familiar.

Asimismo se definirá y desarrollará la figura jurídica propuesta, y por último plantear un proyecto de ley que modificará la institución de familia en el Perú.

PARTE II.....	11
CAPITULO 1: KAFALA.....	11
1.1) ANTECEDENTES DEL KAFALA EN LOS PAISES ISLÁMICO.....	11
1.2) ¿QUÉ ES LA KAFALA?.....	12
1.3) TIPOS DE KAFALA.....	14
1.3.1) KAFALA NO INTERNACIONAL.....	14
1.3.2) KAFALA INTERNACIONAL.....	15
1.3.2.1) KAFALA INTRA-FAMILIAR/NOTARIAL.....	15
1.3.2.2) KAFALA EN ESTADO DE ABANDONO/JUDICIAL.....	17
CAPITULO 2: LOS VICIOS DE LA ADOPCION.....	21
2.1) CONCEPTO DE ADOPCION.....	21
2.2) INDICES DE ADOPCIONES EN EL PERU.....	23
2.3) PROBLEMÁTICA DE LOS INDICES DE MENORES EN PRESUNTO ESTADO DE ABANDONO.....	27
CAPITULO 3: KAFALA FAMILIAR.....	29
3.1) DEFINICIÓN DE KAFALA FAMILIAR.....	29
3.2) CARACTERÍSTICAS DEL KAFALA FAMILIAR.....	30
3.3) IMPLEMENTACIÓN Y ADAPTACIÓN DEL KAFALA FAMILIAR.....	31
3.3.1) PROCEDIMIENTO DEL KAFALA FAMILIAR.....	36
3.3.1.1) LA FASE EVOLUTIVA.....	37
3.3.1.2) LA FASE CONSTITUTIVA.....	3

3.3.1.2.1) INFORME DE EMPATIA.....	40
3.3.1.2.2) EXTERNAMIENTO DEL MENOR DE EDAD Y COLOCACIÓN FAMILIAR.....	40
3.3.1.2.3) RESOLUCION DEL KAFALA FAMILIAR.....	40
3.3.1.2.4) COMPROMISO DE SEGUIMIENTO.....	41
3.3.1.2.5) IMPUGNACION.....	41
3.3.1.3) LA FASE DE SEGUIMIENTO.....	41
3.3.1.3.1) CONTROL POST-CONSTITUTIVO.....	41
3.3.1.3.2) CONTROL POST-CONSTITUTIVO EN EL EXTRANJERO.....	42
3.3.2) REQUISITOS DEL KAFALA FAMILIAR.....	42
3.3.3) CAUSALES DE EXTINCION DEL KAFALA FAMILIAR.....	43
3.4) BENEFICIOS DEL KAFALA FAMILIAR.....	43
CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFIA.....	47
ANEXO N°1.....	49

INTRODUCCION

Existe un verdadero problema en el Estado peruano conforme a las estadísticas que muestran la gran diferencia desproporcional entre los menores adoptados y los menores en estado de abandono. Asimismo, han decrecido los índices de adopciones en el Perú. Por lo que el Estado peruano tiene un rol importante frente a dicha cuestión y es que se debe implementar medidas de solución para combatir esta problemática.

Por tanto, el presente trabajo de investigación pretende introducir en el Estado peruano una institución jurídica familiar denominado “Kafala Familiar” para disminuir los índices de menores en estado de abandono como una nueva alternativa de solución.

Para el desarrollo del “Kafala Familiar” se ha tomado como fuente principal la *Kafala* de los países islámicos, exactamente del Estado de Marroquí como antecedente por las cualidades que contiene.

Además, la medida que se pretende poseerá sus propias características y requisitos que permitirán a los menores sujetos a la nueva figura jurídica familiar, un resguardo y protección por el Estado peruano y así detentar un mejor *modus vivendi*.

PARTE I

1. ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACION

No existe una adecuada equivalencia entre los índices de adopciones y los índices de menores en estado de abandono en el Perú.

1.2 PREGUNTA PRINCIPAL DE INVESTIGACION

¿Se debe modificar la institución familiar como lo conocemos para solucionar la desproporción que se origina entre los índices de adopciones y los índices de menores en estado de abandono en el Perú?

1.3 PREGUNTAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGACIÓN

¿Es necesario que se modifique la institución familiar en el Perú?

¿La nueva figura jurídica planteada resolverá el problema de la escasez de menores adoptados?

¿Por qué los índices de menores en estado de abandono son mucho más alta que los índices de menores adoptados?

¿Los ciudadanos peruanos optaran y aplicaran la nueva figura jurídica familiar que se pretende proponer?

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar la posibilidad de modificar la institución familiar en el Perú por intermedio de una nueva institución de familia denominado Kafala Familiar para disminuir la índices de menores en estado de abandono en el Perú.

1.4.2 OBJETIVO ESPECIFICO

Analizar el porcentaje de adopciones en el Perú.

Identificar el porcentaje de adopciones que existen entre el Perú y el resto del mundo.

Analizar el porcentaje de menores abandonados en el Perú.

Demostrar la eficacia de la figura jurídica familiar propuesta.

1.5 MARCO TEORICO

1.5.1 MARCO NORMATIVO

1.5.1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículos: 2, 50.

1.5.1.2 CÓDIGO CIVIL

Artículos: 42, 424, 472, 473, 744.

1.5.1.3 CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. LEY N° 27337

Artículos: 92, 115, 117

1.5.1.4 DECRETO LEGISLATIVO N° 1297

Artículos: 125.

1.6 JUSTIFICACION

La presente investigación tiene como propósito plantear un sistema para disminuir los índices de menores en estado de abandono en el Perú por intermedio de la implementación y desarrollo de una nueva figura jurídica familiar denominado “Kafala Familiar” que recoge características del *Kafala* de los países islámicos que contribuye al cuidado y protección de un menor en estado de abandono.

De esta manera, lo menores podrán criarse en un seno familiar y crear una relación de afecto que posteriormente pueda concluir en una adopción.

Además los menores podrán gozar beneficios tales como educación, alimentación, vestimenta, protección, etc. y contarán con una institución familiar propia que va a salvaguardar sus intereses.

1.7 HIPOTESIS

Con la implementación del Kafala Familiar permitirá disminuir los índices de menores en estado de abandono en el Perú. Asimismo, es necesario modificar artículos correspondientes a la protección y cuidado de un menor en estado de abandono para que la nueva figura jurídica pueda adaptarse al sistema jurídico peruano.

Por tanto, los ciudadanos peruanos optarán dicha figura jurídica y tendrán una nueva alternativa para velar por los intereses de los menores desprotegidos.

1.8 METODOS

1.8.1 MÉTODO PROPOSITIVO

«JURÍDICO-PROPOSITIVO: se caracteriza porque evalúa fallas de los sistemas o normas, a fin de proponer o aportar posibles soluciones.» (Dávila 2017: 2)

PARTE II

CAPITULO 1

KAFALA

Referirnos a la *Kafala* es hablar de una institución proveniente de los países Islámicos. Cuyo efecto es que un tercero ajeno a los padres se responsabiliza del cuidado de un menor brindándole protección y educación sin constituir una adopción ni contar con la patria potestad.

1.1) ANTECEDENTES DEL KAFALA EN LOS PAISES ISLÁMICO

El origen del *Kafala* proviene de los Estados que profetan el Corán, que de acuerdo a sus leyes sagradas, se encuentra prohibida la adopción. Por tanto, De Verda y Beamonte menciona que:

“(...) La adopción está prohibida, prohibición que encuentra sus orígenes en el Corán (versículos 4 y 5, Sura XXXIII) y que responde a la idea de que el vínculo jurídico de la filiación sólo puede tener orígenes biológicos (art. 142 del Código de Familia marroquí y el art. 46 del Código de Familia argelino), considerándose, en consecuencia nula la adopción (art. 149 del Código de Familia marroquí) (...)” (De Verda y Beamonte 2016: 243)

Dicha afirmación tiene un origen histórico, que según Del Pilar Diago Diago afirma que la prohibición de la adopción tenía como finalidad evitar un escándalo en el mundo Islámico.

Debido a que el Profeta tomara como esposa a Zaynab, quien en un inicio fue esposa de su hijo adoptivo Zayd y que culminó tras un fracaso en el matrimonio. Por lo que se le denominaba como su hija adoptiva a Zaynab al ser esposa de su hijo adoptivo. Frente a dicho suceso, la adopción quedó prohibida por el Islam desintegrando el vínculo de filiación entre el Profeta y Zayd y extinguiendo efectos jurídicos entre ellos.¹

1.2) ¿QUÉ ES LA KAFALA?

La terminología de la palabra *Kafala* es desconocido para los peruanos, por lo que Del Pilar Diago Diago afirma que:

“El término “Kafala” en árabe hace referencia a dos conceptos, uno relacionado con la garantía de pago pero no sólo referida a cuestiones pecuniarias y otro, el que aquí interesa, referido al compromiso de cuidado de un menor y que está íntimamente relacionado con el interés del niño en que se declara fundada la La Sharia, la ley islámica”. (Diago 2010: 142)

Afirmando lo mencionado por el autor, lo que nos interesa es la segunda terminología de la *Kafala*, sobre el compromiso de cuidado de un menor. Como ya hemos mencionado, la razón de estudio de esta institución familiar es el debido cuidado y protección del menor, de acuerdo al interés superior del niño. Tanto en los países islámicos como en el Perú, nos interesa que los menores no se encuentren indefensos ya que no cuentan con las condiciones físicas y mentales para poder enfrentar la vida por si solos. Es por eso que necesita a alguien con capacidad de ejercicio para respaldarlo, defenderlo y dirigirlo en la vida.

Lamentablemente el papel de protector no puede ser un adoptante, debido que en el mundo islámico se encuentra prohibido constituir la adopción, pero eso no quiere dar a

¹ Cfr. Diago 2010: 143

entender que no existan medios para el cuidado del menor. Es ahí donde interviene la *Kafala* como una institución familiar del cuidado de un menor.

No obstante, la pregunta es la siguiente, ¿Cómo se denomina a la persona quien tiene a su cuidado a un menor en el mundo islámico?

No lo podemos denominar como padre, madre o padres adoptivos ya que la figura que se constituye no es la adopción sino la *Kafala*. Por lo que Marchal Escalona lo define como:

“La kafala puede definirse como aquella institución por el 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 (makful) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo” (Marchal 2013: 238)

Además, Ortega Giménez afirma que *“Mediante la kafala una persona, por lo general, un varón, llamado kafil, se hace cargo de un menor, denominado makful, a quien se limita a garantizar su mantenimiento y educación”* (Ortega 2015: 822)

Entonces, aquellos que constituyan la *Kafala* se les denominarán como *Kafil* y a los menores que se encuentre bajo el cuidado del *Kafil* se le denominará como *Makful*. Que de manera voluntaria, cumplirá el deber de proteger al menor y brindarle educación y alimentación.

De acuerdo a Ortega Giménez refiere que:

“La kafala implica un compromiso para hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado, pero no confiere el derecho a la filiación ni a la sucesión. Muchos países del mundo islámico prohíben la adopción al defender que el vínculo jurídico de la filiación puede tener únicamente un origen biológico.” (Ortega 2015: 821)

Nos queda claro que el fin de la *Kafala* es amparar a un menor, en este caso, nos habla de los menores en estado de abandono, el cual desarrollaremos más adelante.

Si bien es claro, el *Kafil* abogará y tutelara al menor, pero dicha relación no generará un efecto filial, es decir, no habrá existencia de un vínculo de parentesco. Tal y como menciona el autor, solo existirá vínculo filial cuando es de origen biológico. Dicho punto es muy importante, ya que sin la existencia de la relación jurídica paterno-filial, no generará efectos jurídicos correspondientes al derecho sucesorio. Por lo que el menor no podrá ser parte de la masa hereditaria en una sucesión testamentaria ni tendrá el derecho de petición en una sucesión intestada. No obstante, el *Makful* tampoco adquirirá el apellido del *Kafil*.

1.3) TIPOS DE KAFALA

En el mundo islámico existen diversos tipos de *Kafala*, el cual Ortega Giménez indica que:

“La configuración concreta de la *kafala* en los distintos países musulmanes es muy variable: algunos países no permiten una “*kafala* internacional” (= Irán, Mauritania o Egipto), otros sí las permiten siempre que los potenciales *kafils* sean de religión islámica (= Marruecos o Pakistán), y otros países de tradición islámica admiten la adopción y la *kafala* (= Indonesia o Túnez)”. (Ortega 2015: 824)

Por consiguiente, son tres tipos de *Kafala* que se adoptan en el mundo musulmán, entre ellos tenemos los que estrictamente solo se puede constituir en su país; los que permiten que se constituyan en otros países siempre y cuando profesen el Corán; y aquellos que optan por la adopción y la *Kafala*.

Para el tema de estudio, solo tomaremos aquellos que se encuentran prohibidos en constituirse fuera del territorio nacional musulmán y aquellos que si se encuentran permitidos, como en el caso de Argelia y el caso de Marruecos propiamente dicho.

1.3.1) KAFALA NO INTERNACIONAL

Son aquellos países donde no se permite constituir la *Kafala* afuera de su territorio, tal y como ocurre en Argelia, que según Del Pilar Diago Diago asegura que para constituir la

Kafala es necesario que el *Kafil* sea argelino, del mismo modo, tampoco aceptan la *Kafala* de Extranjeros. Además, en Argelia se impide que el *Kafil* viva o se instale en el extranjero con el *Makful*.²

En pocas palabras, el control de la *Kafala* es muy rigurosa y se presenta requisitos formales y modalidades de funcionamiento muy estrictos. Debido a esto, no se puede constituir *Kafala* con menores argelinos a no ser que seas nacional de Argelia.

1.3.2) KAFALA INTERNACIONAL

Este tipo de *Kafala* es más flexible, gracias a que permite que extranjeros puedan constituirlo. Un claro ejemplo es la *Kafala* marroquí que según Marchal Escalona expresa que:

“No es lo mismo la kafala marroquí que admite la kafala transnacional, esto es, constituida por un kafil (español o marroquí) residente en el extranjero; que la kafala de países como Egipto, Irán o Mauritania donde no se admite dicha posibilidad al exigir que la kafil ostente la nacionalidad de dicho Estado, o al impedir que el kafil, aun siendo nacional, se instale en el extranjero con el niño.”
(Marchal 2013: 238)

Visto que la *Kafala* marroquí es mucho más accesible que la *Kafala* de Argelia, es la razón por el cual los españoles están optando por dicha figura. Sin embargo, para su aplicación jurídica deberá cumplir ciertos requisitos indispensables que son necesarios para su constitución. Asimismo, en Marruecos existen dos clases de *Kafala*, el Intra-Familiar/Notarial y el que declara judicialmente en estado de abandono.

1.3.2.1) KAFALA INTRA-FAMILIAR/NOTARIAL

Para desarrollar este tipo de *Kafala*, debemos citar a Marchal Escalona la cual sostiene que los padres confieren el cuidado del menor a un miembro de la familia, para que el

² Cfr. Diago 2010: 142

menor pueda optar por mejores condiciones de vida. También es posible en padres a madres o viceversa, e incluso, a terceros que no son parte al núcleo familiar. Por tanto, se puede concluir que este tipo de *Kafala*, en su mayoría, se desarrolla interfamiliar.

No obstante, para que pueda cumplir las formalidades de la relación jurídica obligacional va a requerir de la intervención de un Notario, por esa razón, se denomina como *Kafala* Notarial. Aunque no siempre se dé el caso de que el Notario intervenga, ya que los actos jurídicos posteriormente se judicializa para su ratificación. Salvo cuando el menor tenga que dirigirse a otro país.³

Según Marchal Escalona no le queda claro cual es la labor exacta que desempeña la autoridad judicial al constituir esta forma de *Kafala* ni su alcance. Es decir, si se le transfiere al *Kafil* los derecho y obligaciones de los progenitores del *Makful* o solo le delegan el ejercicio para el cuidado.⁴

En mi posición, va más allá que el derecho de representación, es decir, no solo le confiere el derecho de representarlo frente a las autoridades institucionales o aquellos trámites administrativos que no puede ejercer el menor por no cumplir la mayoría de edad. Sino que tiene la obligación que se cumpla la debida aplicación del principio del interés superior del niño.

En España ocurre algo muy peculiar. Los familiares de nacionalidad marroquí ceden a su progenitor a un familiar que se instala en España para que pueda gozar una vida más favorable. Por lo que el *Kafil* contará con diversas obligaciones, tal y como Marchal Escalona sustenta:

“Las obligaciones que le corresponden al kafil coinciden sustancialmente con las que corresponden al que constituye una kafala judicial, en concreto, ocuparse de sus asuntos de vida, a saber su alimentación, vestimenta,

³ Cfr. Marchal 2013: 239

⁴ Cfr Marchal 2013: 240

enseñanza, medicación, de su introducción dentro de su pasaporte para viajar dentro y fuera del territorio nacional, en caso de necesidad, y de realizar todos los trámites administrativos que necesite, en los diferentes servicios interesados, en los Tribunales de diferentes grados y de tratar al menor como se trataría a uno de sus hijos". (Marchal 2013: 240)

Por consiguiente, rescatamos lo que menciona el autor sobre que el *Kafil* deberá cuidar al *Makful* como si fuera su hijo. Es decir, se refiere a un "como si fuera" y no "como su" hijo. El autor de igual manera recalca la inexistencia del vínculo filial paternal debido a que no se le puede considerar su hijo ya que no lo es. Asimismo, dicha afirmación no impide que deba cumplir sus obligaciones que aceptó en el momento de la constitución de la *Kafala*.

1.3.2.2) KAFALA EN ESTADO DE ABANDONO/JUDICIAL

Procede este *Kafala* cuando el menor es declarado en estado de abandono. Según Marchal Escalona afirma que la declaración de abandono solo es factible cuando se desconozcan los padres del menor o cuando el padre sea desconocido y la madre lo haya abandonado de manera voluntaria. Asimismo, cuando el menor sea huérfano o sus padres no puedan hacerse cargo de él o no asuman su deber de protección. Por consiguiente, los Tribunales marroquíes mediante un proceso jurisdiccional declarará al menor en estado de abandono y otorgará al *Kafil* la representación legal del menor. También puede que el juez declare que el *Kafil* solo se le otorgue las responsabilidades de brindar educación, alimentos y cuidado al *Makful* y que otra persona sea asignada como representante del menor. Dicha *Kafala* es la que se encuentra ejerciendo en España; sin embargo, en Perú se busca replantear la figura y adecuarla a nuestro ordenamiento jurídico.⁵

La figura del *Kafala* contempla ciertos requisitos fundamentales para su constitución, entre ellas, según Marchal Escalona indica que las autoridades marroquíes como una de sus exigencias principales es que aquellos que deseen constituir dicha figura deba profesar

⁵ Cfr. Marchal 2013: 241

su fe en el Islam. Este acto se formalizará por aportando un acta de conversión proporsionada por dos notarios en presencia de dos testigos y certificada por autoridad judicial. La razón de ser de este requisito, se justifica en que el *Kafil* deberá cumplir con la obligación de criar al menor bajo la fe del Corán.⁶

De acuerdo a lo señalado, sería imposible aplicar un principio como éste en el Perú gracias a que nuestra Consitución Política del Perú, en el inciso 3 del Art. 2° afirma lo siguiente:

“(...)3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público(...)”

Por lo que RUBIO CORREA manifiesta lo siguiente:

“(...) Esto mismo sucede con la religión: todos tienen derecho a ceer en la que consideren válida, y a no ser perseguidos por ello. Todas las religiones – o confesiones, como las llama la Constitución – pueden ejercer sus cultos con libertad, teniendo como único límite el no ofender la moral ni alterar el orden público. (...)” (Marcial: 2012: 24)

Por tanto, la libertad religiosa es un derecho fundamental que no debería encontrarse condicionado a una institución de familia. Todos los peruanos tenemos el derecho de elegir que religión profesar cuyo único impedimento es el respeto de la moral y el orden público.

Por esta razón, la aplicación del *Kafala* del mundo islámico en el Prerú, sería inapropiado. Debido a que no debería imponer como requisito para su constitución, que el *Kafil* unicamente profese el Corán.

Asimismo en el Art. 50° de la Constitución menciona que:

⁶ Cfr. Marchal 2013: 241

“Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.

El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.”

Para reforzar lo mencionado anteriormente, destacamos que vivimos en un Estado laico. Y a pesar de que la religión Católica se denomina como elemento importante en el Perú, no es la única que se profesa ya que contamos con diversidad de cultos que deben ser respetados por los ciudadanos peruanos.

Además RUBIO CORREA afirma que:

“Constituciones anteriores a las de 1979 establecía que el Estado peruano era católico. Sin embargo, por un lado resultaba absurdo que el Estado – una institución, no un ser humano – tuviera una religión y, por otro, la propia Iglesia católica buscaba independizarse del poder político porque ese tipo de vínculo no correspondía adecuadamente a su misión salvadora. En tal virtud, la jerarquía eclesiástica solicitó a la Asamblea Constituyente de 1979 que estableciera el principio de separación entre la Iglesia y el Estado.

Ello no impide , sino al contrario alienta el reconocimiento indudable del papel cumplido por la Iglesia católica en la formación de la nación peruana y en la educación espiritual del pueblo.

Pero en consonancia con los principios de igualdad y de libertad de religión establecidos en los incisos 2 y 3 del artículo 2, se prevé la posibilidad de que el Estado no solo colabore con la Iglesia católica, sino que también pueda establecer formas de colaboración con otras confesiones.

Este artículo es copia textual del correspondiente en la Constitución de 1979 (que era el artículo 86)” (Rubio 2013: 117)

Entonces podemos concluir que para constituir este tipo de *Kafala* es necesario que el menor sea declarado judicialmente en estado de abandono para que un tercero puede hacerse cargo y puede tenerlo bajo su tutela siempre y cuando éste tercero profese la religión musulmana. Sin embargo, en Perú se respeta el libre albedrío religioso, es decir, nadie te puede imputar una religión para que puedas actuar de buena fe o mucho menos constituir una figura de familia que tiene la finalidad de proteger a un menor. Por tales razones se desarrolla el presente trabajo para poder adecuar la figura del *Kafala* como una figura propia del Estado peruano.

CAPITULO 2

LOS VICIOS DE LA ADOPCION

2.1) CONCEPTO DE ADOPCION

La figura que se contrapone de manera parcial, es la adopción. Que es el medio por el cual un menor en estado de abandono pueda llegar a tener un familia; sin embargo, la *Kafala* es una figura más caritativa.

Según Mejia Salas sostiene que:

“Etimológicamente la palabra adopción proviene de <<adoptio>>, termino latino compuesto del prefijo ad que significa para, en favor de; y de optio cuyo significado es de opción, elección. Para otros, deriva del latín adoptio onem que a su vez proviene del verbo adoptare que significa desear, querer o simplemente afición familiar por tener hijos cuando no se ha tenido o no se puede tener

DALLOZ, por su parte no dice que, <<es un acto solemne revestido de la sanción judicial, que crea entre los individuos relaciones paternidad y filiación puramente civiles>>.

DEMOLEMBRE, nos dice que <<es un acto jurídico que crea entre las personas ciertas relaciones puramente civiles de paternidad y filiación>>.

Para CAMBÁCERES, <<es una facultad de escoger un hijo para darle su nombre, con capacidad para suceder>>.

Para COLIN y CAPITANT, es el <<acto jurídico que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y filiación>>.

Mientras que JOSSERAND, la considera <<un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad y filiación>>". (Mejía: 2008: 11-12)

Como podemos presenciar, la adopción, a diferencia de la *Kafala*, es una figura jurídica familiar que contempla una característica diferente e importante que es el vínculo paterno-filial. Por tanto, el menor será considerado como hijo ante la ley por el adoptante y además dejará de pertenecer a su familia biológica. Asimismo, la adopción es irrevocable y es necesario que el menor sea declarado en estado de abandono.

Esto es debido a que las personas que no pueden tener un hijo por razones naturales, puedan gozar con dicho deseo de formar su propia familia. Pero bajo supervisión y fiscalización del Estado peruano. Además adoptar permite que el adoptado continúe tu historia y crea una relación de cariño y afecto entre padres e hijo(s).

Lo argumentado se encuentra tipificado en el Art. 115° y Art. 117° del Título II del Código de los Niños y Adolescentes que menciona lo siguiente:

“Artículo 115° Concepto La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”

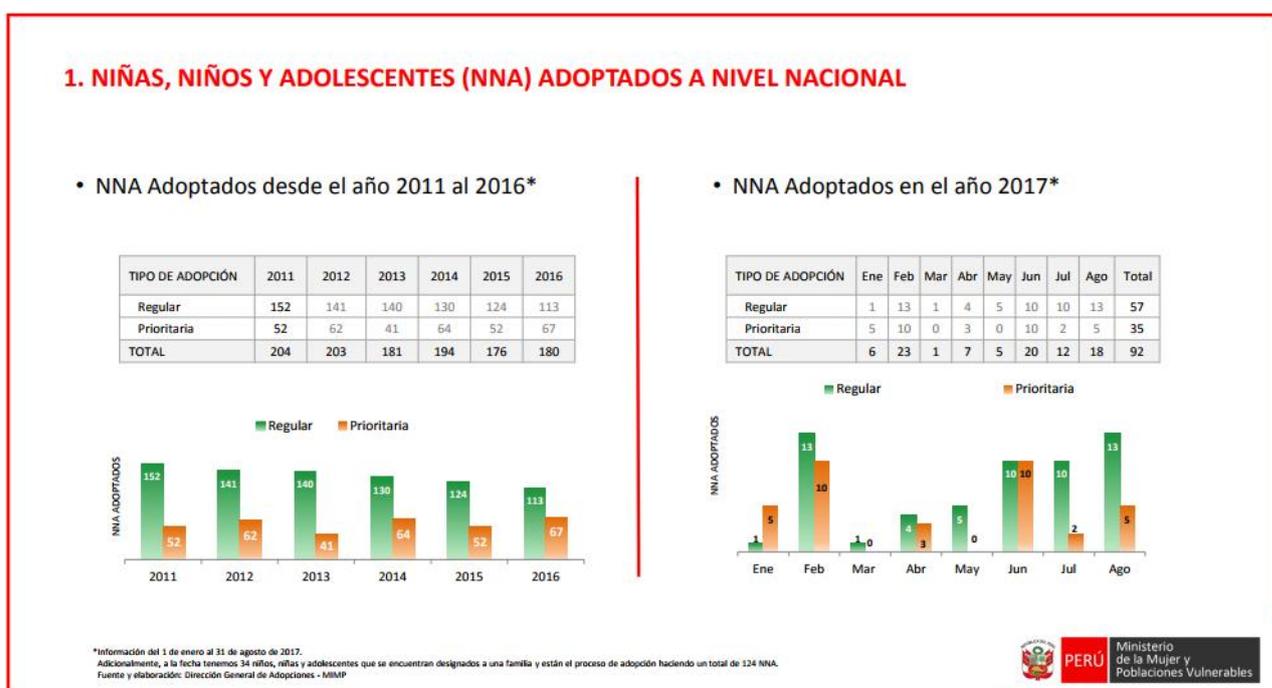
“Artículo 117° Requisitos Para la Adopción de niños o de adolescentes se requiere que hayan sido declarados previamente en estado de abandono, sin

perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 378º del Código Civil.”

2.2) INDICES DE ADOPCIONES EN EL PERU

Pero nuestro tema de estudio va más allá de las formalidades para la constitución de una adopción. Lo que nos preocupa son los índices de adopción que existen en Perú frente con los índices de menores en estado de abandono.

Según en la página oficial del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) informa que:



7

El siguiente cuadro nos muestra los índices de adopciones que se realizaron desde el año 2011 hasta el 31 de Agosto del 2017. En el cuadro podemos identificar que en el año 2011 se adoptaron un total de 204 personas; en el año 2012 se adoptaron un total de 203 personas; en el año 2013 se adoptaron un total de 181 personas; en el año 2014 se adoptaron un total de 194 personas; en el año 2015 se adoptaron un total de 176 personas;

⁷ Cfr. MIMP (2017) Estadísticas Generales de Adopciones de la Dirección General de Adopciones

en el año 2016 se adoptaron un total de 180 personas; y hasta el 31 de Agosto del año 2017 se adoptaron un total de 92 personas.

Nos preocupan las cifras debido a que entre el año de inicio hasta el mes de agosto ha disminuido los índices de adopción cuando debería ser lo contrario. En consecuencia, podemos verificar que desde el año 2011 hasta el 31 de Agosto del 2017 ha disminuido en un 54,902%, que viene a ser más de la mitad de menores sin ser adoptados. Y esto puede ser a causa de que las campañas que incentivan a las personas adoptar a un menor, dejaron de ser efectivas.

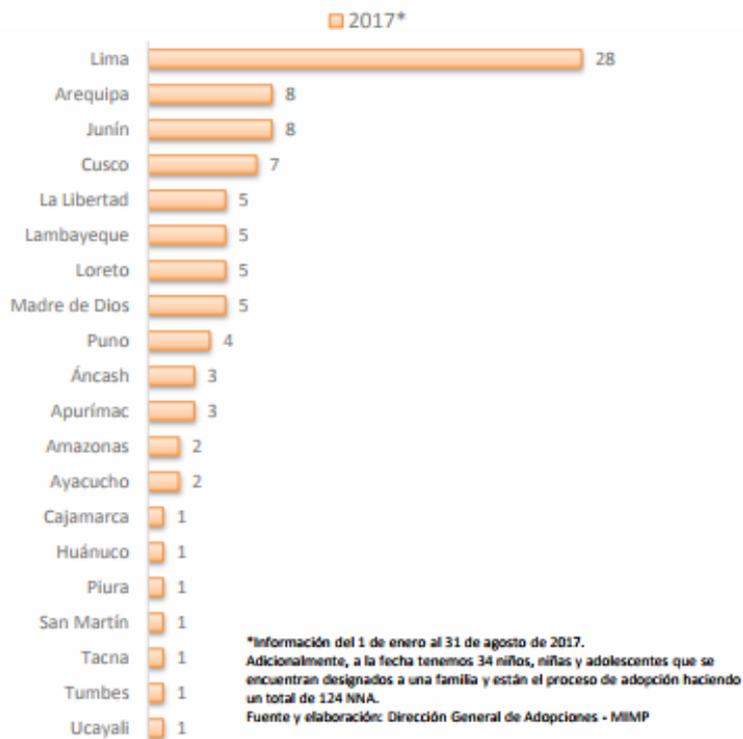
• **NNA Adoptados desde el año 2013 al 2017**

DEPARTAMENTO	2013	2014	2015	2016	2017*	TOTAL
Amazonas	0	0	0	0	2	2
Áncash	3	4	2	3	3	15
Apurímac	2	3	1	1	3	10
Arequipa	15	25	14	17	8	79
Ayacucho	8	8	6	7	2	31
Cajamarca	0	2	0	0	1	3
Callao	0	0	0	0	0	0
Cusco	30	26	26	30	7	119
Huancavelica	0	1	0	0	0	1
Huánuco	3	1	10	8	1	23
Ica	2	3	0	0	0	5
Junín	8	11	17	18	8	62
La Libertad	5	9	6	18	5	43
Lambayeque	5	9	11	10	5	40
Lima	70	64	60	46	28	268
Loreto	5	1	4	9	5	24
Madre de Dios	3	3	0	1	5	12
Moquegua	0	0	0	0	0	0
Pasco	0	0	0	0	0	0
Piura	3	7	2	2	1	15
Puno	11	7	7	6	4	35
San Martín	0	0	1	2	1	4
Tacna	5	9	7	2	1	24
Tumbes	0	0	0	0	1	1
Ucayali	3	1	2	0	1	7
TOTAL	181	194	176	180	92	823

8

* Cfr. MIMP (2017) Estadísticas Generales de Adopciones de la Dirección General de Adopciones

• Total de NNA Adoptados



9

Los siguientes cuadros nos muestran que desde el año 2013 hasta el 31 de Agosto del 2017, el lugar que ocupa el mayor porcentaje de adopciones es Lima con 28 adopciones. Mientras que en Cajamarca, Huánuco, Piura, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali solo poseen una adopción en tres años y medio. Y esto nos da a entender que los programas de adopción solo se concentran en Lima y no llegan a los demás departamentos. Puede ser un factor el centralismo que vive el Perú al ser Lima su capital u otro que los programas no se impulsen adecuadamente en otras zonas del Perú. Un tema debatible en la sociedad.

⁹ Cfr.MIMP (2017) Estadísticas Generales de Adopciones de la Dirección General de Adopciones

• **NNA Adoptados desde el año 2011 al 2017***

PAIS	2013	2014	2015	2016	2017*	TOTAL
ALEMANIA	2	2	1	1	0	6
ANDORRA	0	0	0	0	0	0
AUSTRIA	0	0	0	0	0	0
AUSTRALIA	0	0	0	0	0	0
BÉLGICA	1	0	0	1	0	2
CANADÁ	1	0	0	0	0	1
CHILE	0	0	0	0	0	0
DINAMARCA	1	2	1	1	1	6
ESPAÑA	18	11	4	9	1	43
ESTADOS UNIDOS	11	22	12	9	4	58
FRANCIA	3	5	2	9	4	23
INGLATERRA	0	0	0	0	0	0
IRLANDA	0	0	1	0	0	1
ITALIA	50	49	52	57	26	234
LUXEMBURGO	0	0	0	0	0	0
NORUEGA	3	6	2	2	2	15
PERÚ	89	97	97	90	54	427
PANAMÁ	1	0	0	0	0	1
SUIZA	1	0	4	1	0	6
TOTAL	181	194	176	180	92	823

10

Sin embargo, el Perú es uno de los países que del año 2013 hasta el 31 de Agosto del año 2017 es uno de los que tiene la mayor índices de adopciones, e inclusive más que los denominados “países del primer mundo”. En ellos tenemos a Estados Unidos con 58 adopciones; Austria sin adopciones; Australia sin adopciones; Canadá con una adopción; España con 43 adopciones, Francia con 23 adopciones; Inglaterra sin adopciones; Italia con 234 adopciones; Noruega con 15 adopciones; Suiza con 6 adopciones; entre otros. Pero poseer un número superior que los demás países del cuadro mencionado no es verdaderamente positivo ya que el mismo refleja un problema social en el Perú. Es decir, para que haya adopciones, necesariamente debe haber menores en estado de abandono. Entonces, al no haber un número elevado de menores en estado de abandono, entonces veremos menos menores en juzgados de familia sujetos a ser adoptados. Por tanto, se asume que en los países denominados “países del primer mundo”, el índice de menores

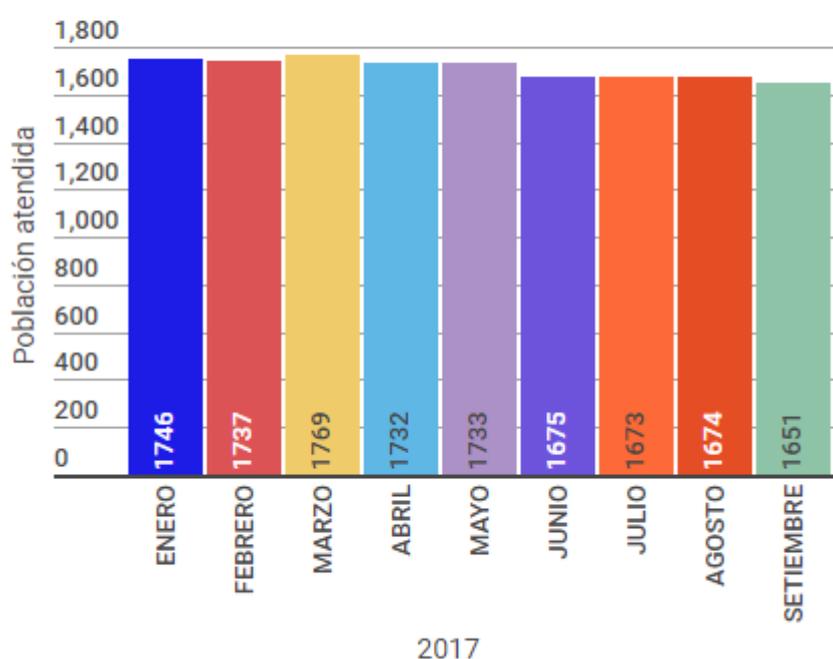
¹⁰ Cfr. MIMP (2017) Estadísticas Generales de Adopciones de la Dirección General de Adopciones

en estado de abandono no es tan creciente como en el Estado peruano debido a que en el Perú es alto el número de menores que son abandonados por sus padres y es que en nuestra realidad social, existen muchos embarazos no deseados.

2.3) PROBLEMÁTICA DE LOS INDICES DE MENORES EN PRESUNTO ESTADO DE ABANDONO

Según la página oficial del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), el índice de protección integral de niños, niñas y adolescentes que son atendidos mensualmente y se encuentran en presunto estado de abandono es la siguiente:

POBLACIÓN ATENDIDA MENSUAL EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN RESIDENCIAL



11

El cuadro en mención es un indicador que desde el mes de Enero hasta el mes de Agosto existe una cantidad de 13,739 de menores en presunto estado de abandono. El cual es muy desproporcional con la cantidad de adopciones realizadas entre Enero y Agosto de

¹¹ Cfr. INABIF (2017) Portal de Estadísticas del INABIF

este año que ascienden a solo 92. Por tanto es un verdadero problema que exista más menores en presunto estado de abandono que adopciones realizadas.

Por tales motivos es que se busca un mecanismo que solucione esta problemática. Ya que los menores requieren una atención especial. Por esa razón es que se plantea dicha figura jurídica como una alternativa de solución para combatir el número de menores en estado de abandono.

Por último, la justificación de la denominación de éste capítulo es razón a la diferencia que existe entre los menores adoptados y los menores en presunto estado de abandono. Que, con la nueva figura jurídica, se plantea completar dichos vacíos.

CAPITULO 3

KAFALA FAMILIAR

El Kafala Familiar es un término propio del autor que recoge las características de la institución familiar de los países islámicos (*Kafala*) y las características de la institución familiar del Perú. Como una propuesta jurídica alternativa para que los ciudadanos peruanos puedan velar por el cuidado de un menor.

3.1) DEFINICIÓN DE KAFALA FAMILIAR

La palabra Kafala Familiar es una denominación propia del autor como una institución jurídica familiar que pretende implementar en el Perú. Y este término se encuentra unida por dos sustantivos, la "*Kafala*" y "Familia".

Sabemos entonces que la *Kafala* es una institución propia del mundo musulmán donde el *Kafil* (persona que constituye el *Kafala*) se obliga ante un menor, a quien se le denomina *Makful*, a cuidar, proteger, bríndale alimentos, vestimenta, educación, y profesar su fe en el Corán.

Sin embargo, la relevancia de la familia desde un punto sociológico, es afectivo, íntimo, sentimental. Debido a que se caracteriza por el cariño, amor, comprensión, apoyo, etc. Además, las familias se caracterizan por ser el conjunto de principios y valores morales que te prepara para una vida en la sociedad.

Por lo expuesto, entonces el Kafala Familiar va más allá del cuidado del menor, sino que busca una relación de afecto que pueda conllevar a una adopción posterior.

Por tanto, denominamos el Kafala Familiar como una institución jurídica familiar que establece una relación de afecto entre dos partes sin vínculo biológico, generando derechos y obligaciones.

De lo planteado, es claro que es una institución jurídica familiar por abarcar temas de familia como es la debida protección, cuidado y preparación de un menor para poder afrontar su vida en el futuro.

Además, resaltamos que no existe el vínculo biológico debido a que entre las partes no hay lazos de consanguinidad pero si existirán lazos de afecto entre ellos. Asimismo, crea una relación jurídica familiar donde una parte tiene que velar por la protección y cuidado del menor y el menor tiene el deber de respetar a la otra parte como si fueran sus padres.

3.2) CARACTERÍSTICAS DEL KAFALA FAMILIAR

Es adecuado mencionar que al ser una institución nueva contará con sus propias características, pero con caracteres muy similares a la adopción, de los cuales son los siguientes:

- Se caracteriza principalmente por crear una relación de afecto entre las partes además de crear una relación jurídica familiar.
- Solo podrán constituir el Kafala Familiar las sociedades conyugales.
- Los que constituyen el Kafala Familiar se les denominaran como Kafils peruanos. Y cuando se refieran a uno de ellos, se le denominara tan solo como Kafil peruano.
- Mientras que al menor que se encontrara sujeto al cuidado de los Kafils peruanos, se le denominara como Makful peruano.
- Es irrevocable. Sin embargo, es de plazo determinado.
- Es un acto puro y no se encuentra sujeto bajo modalidad alguna.
- Es voluntaria.

- Es un acto jurídico solemne debido a que el Estado debe intervenir a través de un funcionario público.
- Solo aplicable para peruanos de nacimiento y dentro de los límites del territorio peruano.
- El Kafala Familiar debe inscribirse en un Registro Nacional del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP).

Cabe indicar que dicho Registro aún no existe, pero parte de la propuesta es crear uno como prueba de los hechos inscritos.

Entonces concluimos que el Kafala Familiar es una institución jurídica familiar por el cual los Kafils peruanos (sociedad conyugal titulares del Kafala Familiar) se hacen cargo de manera voluntaria, irrevocable y a plazo determinado, de la protección y cuidado de un menor peruano de nacimiento (Makful peruano) como un acto puro y sin ninguna condición del cual se encuentra regulado y fiscalizado por el Estado peruano. Además solo podrán constituirlo los peruanos y deberá ser inscrito en su registro correspondiente.

3.3) IMPLEMENTACIÓN Y ADAPTACIÓN DEL KAFALA FAMILIAR

El 30 de Diciembre del 2016 se publicó el decreto legislativo N°1297 del cual se puede percibir que se han modificado nueve y derogado 26 artículos del Código de los Niños y Adolescentes. Asimismo, se han modificado dos y derogado un artículo del Código Civil. Además se ha derogado la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, Ley N° 26981; la Ley de Acogimiento Familiar, Ley N° 30162; y la Ley General de Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley N° 29174.

Por tanto, haremos uso del decreto legislativo N°1297 para adecuar el Kafala Familiar en el sistema peruano.

Ante dicha figura existen muchas interrogantes, tales como: ¿Quiénes pueden constituir el Kafala Familiar? o ¿Cuáles son los requisitos? o ¿Cuál es el procedimiento a seguir para la constitución del mismo?

Primero, iniciaremos comentando que solamente podrán constituir el Kafala Familiar personas que hayan contraído matrimonio. Porque el fin del Kafala Familiar es que el menor pueda tener una vida en un seno familiar.

Segundo, solo podrán ser considerados Makful peruano los recién nacidos hasta la edad de 17 años siempre y cuando se encuentren con declaración judicial de desprotección familiar. Entonces, el Kafala Familiar concluye cuando el menor cumple la mayoría de edad (18 años). Pero, dicho plazo se extenderá hasta los 28 años cuando el menor continúe sus estudios con éxito. Que de acuerdo al Código Civil Peruano menciona que:

“Artículo 424º.- Subsistencia alimentaria a hijos mayores de edad

Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén «siguiendo con éxito estudios» de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas”.

En primer lugar, dicho artículo menciona que subsiste la obligación alimenticia cuando los hijos e hijas solteros mayores de 18 años continúen sus estudios con éxito. Por tanto, partiendo este artículo, planteamos una propuesta donde no solo se encontraran obligados los padres sino también los Kafils peruanos en continuar sus obligaciones alimenticias hasta los 28 años de edad siempre y cuando el Makful peruano continúe sus estudios con éxito.

Pero el término «siguiendo con éxito estudios» es muy ambiguo, debido a que no podemos determinar en cuanto es el ponderado que el Makful peruano debe ostentar en sus estudios superiores. Por tanto, lo dejamos a discreción del juez para su determinación.

En segundo lugar, el Artículo hace mención a los mayores de edad que cuentan con incapacidad física o mental. En tal sentido, tomaremos como referencia el el Art. 473° del Código Civil peruano que menciona lo siguiente:

“Artículo 473°.- Alimentos a hijos mayores de edad

El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas”.

(...)

Dicho artículo se tomará como fuente para determinar que en aquellos Kafils peruanos que no puedan por sí solos subsistir o cuenten alguna incapacidad física o mental y es comprobado dicho estado, el plazo del Kafala Familiar será indeterminada.

Tercero, como ya se ha comentado reiteradamente en el desarrollo del trabajo, el Makful peruano no podrá solicitar herencia al no existir un vínculo paterno-filial ni tampoco será sujeto al cambio de nombre por sus Kafils peruanos. Sin embargo, la medida no prioriza el derecho hereditario sino el interés superior del niño de tener una vida digna y un desarrollo integral con las condiciones materiales afectivas que le permitirán vivir plenamente.

Cuarto, el Kafala Familiar no va a impedir en lo absoluto poder adoptar posteriormente al menor. Más bien, permitirá que exista un vínculo afectivo entre los Kafils peruanos y el Makful peruano que pueda llegar a concretarse en una adopción.

Quinto, es importante conocer en cuánto asciende el monto mínimo para poder constituir el Kafala Familiar. Por lo que se determina que entre la sumatoria de ambos cónyuges debe superar el monto de 1UIT (correspondiente al año de la constitución) por cada menor que será parte de la familia de los Kafils peruanos. Sin en caso la sociedad conyugal tuviera más hijos, el monto de los requisitos será +1/4 de IUT (correspondiente al año de la constitución) por hijo biológico que tengan. Y en caso los cónyuges desean optar por más

de un Makful peruano, a partir del segundo incrementará en 1/2 de UIT (correspondiente al año de la constitución).

El fundamento de los montos solicitados es que se desea implementar un fideicomiso familiar. Es decir, se les descontará a los Kafils peruanos mensualmente una suma de 5% de la UIT por cada Makful peruano que se encuentre en su cuidado por una entidad financiera a decisión del juez para que el menor pueda desarrollar su proyecto de vida ante circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor.

En caso la sociedad conyugal sea declarada en quiebra, se les dejará de descontar el porcentaje para el fideicomiso hasta que lleguen a la estabilidad económica, es decir, volver a percibir conjuntamente el monto de 1UIT pactada en el inicio del Kafala Familiar.

Otra propuesta, ante casos fortuitos o fuerza mayor es de constituir un contrato de seguro de vida a favor del Makful peruano conjuntamente con el Kafala Familiar. Que ante el fallecimiento de la sociedad conyugal o alguno de ellos, el seguro se encargará de brindar una pensión al menor hasta la duración del Kafala Familiar. Por tanto, dicho contrato deberá adecuarse a los estándares del Kafala Familiar y concluirá conjuntamente con la figura jurídica familiar.

Por lo mencionado, se debe aclarar que en caso uno de los cónyuges falleciera, implicaría que el otro cónyuge no llegue a alcanzar el monto mínimo solicitado al inicio de la constitución del Kafala Familiar. Por esa razón, también es necesario el contrato de vida que se desea pactar. Debido a que si fueran los dos cónyuges o uno de ellos, este contrato solventará los gastos necesarios para que el menor pueda tener los medios básicos y sobrevivencia y desarrollar su proyecto de vida.

Caso contrario, si el menor falleciera y cuenta con patrimonios. Los beneficiados no serán los Kafils peruanos sino la institución que los albergó, en caso no existiera un testamento previo al mismo. Y el fundamento es evidente, la inexistencia del vínculo paterno-filial. Por tanto, esto incentivara a que los Kafils peruanos lleguen a adoptar al menor posteriormente.

Sexto, se ha resaltado constantemente que el Kafala Familiar pueda llegar a concluir en una adopción. Lo cual es afirmativo, pero para que se llegue a concretar debe transcurrir un periodo de 05 años. Entonces nos cuestionamos sobre qué sucederá con el monto recaudado por el fideicomiso o que ocurrirá con el contrato de seguro propuesto. Para comenzar, el contrato de seguro se resolverá de manera convencional, es decir, de mutuo disenso. Ahora bien, respecto del fideicomiso, el monto recaudado desde el momento de la constitución del Kafala Familiar hasta la constitución de la adopción será destinado para los alimentos del adoptado.

Sétimo, es indispensable mencionar sobre cuáles son las obligaciones de los Kafils peruanos, y es que no solo es la de protección y de los cuidados adecuados sino también contempla es de los alimentos. Que de acuerdo al Código Civil peruano menciona lo siguiente:

“Artículo 472º.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia (...).”

De igual manera el Código de los Niños y Adolescentes menciona lo siguiente:

“Artículo 92º.- Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente (...).”

Ahora claro, el Kafala Familiar culminará cuando el Makful peruano cumpla la edad de 18 años y será de 28 años cuando aún continúe sus estudios superiores con éxito ya sea en una universidad o un instituto.

Por lo mencionado, según el Art. 42 del Código Civil peruano menciona lo siguiente:

“Artículo 42º.- Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los Artículos 43º y 44º”.

Entonces el Makul peruano gozará con la capacidad de ejercicio una vez cumplido la mayoría de edad. Por tanto, será sujeto al Art. 473º del Código Civil peruano afirma lo siguiente:

Artículo 473º.- El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.

(...).

En resumen, el Makful peruano hasta la edad de 17 años gozará con los derechos correspondientes al Art. 472º del Código Civil peruano, pero una vez que cuente con la mayoría de edad será sujeto al Art. 473º del Código Civil peruano.

3.3.1) PROCEDIMIENTO DEL KAFALA FAMILIAR

Como una institución jurídica nueva para el Perú, requerirá una entidad propia del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) que lleve a cabo la constitución del Kafala Familiar. El cual podríamos llamar como Dirección General del Kafala Familiar (DGKF). Dicho procedimiento será gratuito excepto aquellos documentos requeridos por la entidad.

Para poder constituir el Kafala Familiar, previamente debe realizarse el Proceso de Investigación Tutelar, que consta de dos etapas: la investigación tutelar, a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) y la declaración judicial de desprotección familiar a cargo del Poder Judicial.

Para el desarrollo del procedimiento del Kafala Familiar, hemos tomado en cuenta el informe de investigación (98/2014-2015) desarrollado por Patricia Robinson Urtecho sobre el procedimiento de la Adopción en el Perú. Por lo que el Kafala Familiar va a poseer tres fases: La fase evolutiva, la fase constitutiva y la fase de seguimiento.

3.3.1.1) LA FASE EVOLUTIVA

La fase evolutiva inicia con la solicitud de la sociedad conyugal interesados dirigida a las oficinas del Kafala Familiar. Ellos llevarán previamente participarán en sesiones y talleres informativos, van a recabar de la oficina del Kafala Familiar una ficha de inscripción que deben llenar adjuntando fotos de su vivienda; con este acto se da inicio al proceso del Kafala Familiar, que comprende entrevistas personales, visitas domiciliarias y aplicación de las pruebas psicológicas correspondientes.

El proceso de evaluación es integral y comprende los aspectos psicológico, moral, social y legal de los solicitantes, debiendo concluir dentro de los quince días hábiles siguientes contados a partir de la presentación de la solicitud del Kafala Familiar.

Para la evaluación de los cónyuges que solicitan constituir el Kafala Familiar, se consideran los siguientes criterios:

- 1.- Que los cónyuges gocen de solvencia moral.
- 2.- Que las edades de los Kafils peruanos sean por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del Makful peruano.
- 3.- Que el Makful peruano preste su asentimiento si es mayor de diez años.
- 4.- Que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.

Para ser aceptados como Kafils peruanos los solicitantes deben reunir las siguientes aptitudes:

- a. Madurez.

- b. Antecedentes educativos que permitan apoyar en su normal desarrollo a la niña, niño o adolescente.
- c. Estabilidad emocional, capacidad afectiva y de aceptación hacia los demás.
- d. Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal.
- e. Aptitudes, valores y sentimientos positivos hacia las niñas, niños y adolescentes.
- f. Expectativas y metas realistas respecto a la niña, niño o adolescente.
- g. La edad debe estar en relación directa a lograr la atención más adecuada de la niña, niño o adolescente.
- h. Acreditar ingresos estables y suficientes para cubrir las necesidades de crianza, educación, salud y desarrollo integral de la familia, especialmente de la niña, niño o adolescente.
- i. Capacidad para cubrir las necesidades de crianza, salud y desarrollo integral de la familia, especialmente de la niña, niño o adolescente.

La evaluación psico-social se realiza en tres sesiones, las que consisten en una visita social domiciliaria y dos entrevistas psicológicas. En caso de que alguno de los profesionales del equipo técnico del ministerio lo considerase necesario está facultado para citar a los solicitantes a una cuarta sesión.

La evaluación legal se efectúa teniendo en cuenta la siguiente documentación:

- a. Solicitud dirigida a la oficina del Kafala Familiar en la que se presentan los solicitantes exponiendo los motivos que tienen para constituir Kafala Familiar sobre un menor.
- b. Copia fedateada del documento de identidad de los solicitantes.
- c. Copia fedateada de la Partida de Nacimiento de los solicitantes.
- d. La copia fedateada de la Partida de Matrimonio Civil.

- e. Copia fedateada de la Partida de Nacimiento del hijo o hijos biológicos, de ser el caso.
- f. Certificados de antecedentes policiales y penales.
- g. Certificado domiciliario.
- h. Certificados médicos de salud física y mental, con una antigüedad no mayor de tres meses, expedidos por un centro de salud o institución autorizada, exámenes de VIH, Hepatitis B, otras enfermedades infecto-contagiosas y rayos X de pulmones, incluyendo a las personas que conviven con los Kafils peruanos.
- i. Certificados de trabajo, constancia de ingresos, declaración jurada del impuesto a la renta y demás documentos que acrediten ingresos estables y capacidad económica.
- m. Fotografías de los cónyuges y de su hogar, cuya antigüedad no deberá ser mayor de cuatro meses.
- n. Certificado de registro negativo de deudor alimentario moroso.

Revisado el expediente y habiéndose cumplido con todos los requisitos establecidos, y siempre que la evaluación psico-social y legal haya sido favorable, se emite la respectiva Declaración de Aptitud y se incluye a los solicitantes en la lista de Kafils peruanos aptos, inscribiéndolos en el Registro Nacional del Kafala Familiar.

Corresponde a la oficina del Kafala Familiar citar a los Kafils peruanos para designar posteriormente al menor de edad que será sujeto de ser el Makful peruano teniendo en cuenta el orden de citación.¹²

3.3.1.2) LA FASE CONSTITUTIVA

¹² Cfr. Robinson 2014: 8

3.3.1.2.1) INFORME DE EMPATIA

Los Kafils peruanos formalizan su aceptación dentro de los siete días naturales siguientes luego de haber designado al menor. En ese plazo se produce la socialización entre el menor y los Kafils Peruanos en presencia de personal especializado de la oficina del Kafala Familiar. El informe de empatía del especialista se emite dentro del día hábil siguiente al encuentro entre el menor de edad y los Kafils peruanos. Si el informe deviene en desaprobatorio, o no se produce la aceptación por parte de los Kafils peruanos, o por parte del menor de edad, los Kafils peruanos tendrán una segunda oportunidad para designar a un menor nuevamente. La designación del menor de edad es comunicada al Juzgado de Familia y a la Fiscalía de Familia¹³

3.3.1.2.2) EXTERNAMIENTO DEL MENOR DE EDAD Y COLOCACIÓN FAMILIAR

La oficina del Kafala Familiar dispone el externamiento del menor de edad, con indicación de los nombres de los Kafils peruanos, dentro del día hábil siguiente a la comunicación realizada al Juzgado de Familia y a la Fiscalía de Familia.

La colocación familiar es dispuesta por la oficina del Kafala Familiar mediante resolución administrativa por el término de siete días naturales, finalizado dicho plazo el personal especializado emite el informe correspondiente luego de haber realizado las visitas y/o entrevistas que considere necesarias para apreciar la adaptación de la niña, niño o adolescente con la nueva familia.

De considerarlo necesario, la colocación familiar puede prorrogarse por un plazo de siete días naturales. Si el Informe de la colocación familiar deviene en desaprobatorio, la oficina del Kafala Familiar revoca la colocación familiar y corre traslado al Juzgado de Familia para que dicte la medida de protección pertinente en consideración al interés superior del niño.¹⁴

3.3.1.2.3) RESOLUCION DEL KAFALA FAMILIAR

¹³ Cfr. Robinson 2014: 13

¹⁴ Cfr. Robinson 2014: 13

Si el informe de la colocación familiar es aprobatorio, la oficina del Kafala Familiar, dentro de las veinticuatro horas de recibido éste, expide la respectiva resolución administrativa que declara la constitución del Kafala Familiar y comunica al Juzgado de Familia que declaró judicialmente el estado de desprotección familiar.¹⁵

3.3.1.2.4) COMPROMISO DE SEGUIMIENTO

Los Kafils peruanos deben firmar un compromiso de seguimiento y acompañamiento.¹⁶

3.3.1.2.5) IMPUGNACION

La resolución administrativa que declara el Kafala Familiar puede ser impugnada por persona que acredite vínculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, dentro del día hábil siguiente de su notificación a los interesados.

Presentada la impugnación ante la oficina del Kafala Familiar, ésta la elevará en el día con el expediente al Despacho Viceministerial de la Mujer, última instancia administrativa, que resuelve en un plazo máximo de cinco días hábiles. El recurso de reconsideración no procede en estos casos.

Contra lo resuelto en última instancia por el Despacho Viceministerial de la Mujer procede la interposición de acción contencioso administrativo la que debe ser presentada ante la Sala Civil de la Corte Superior competente, en un plazo máximo de cinco días, a partir de la notificación de la resolución a los interesados.¹⁷

3.3.1.3) LA FASE DE SEGUIMIENTO

Esta fase tiene como objetivo principal velar por la seguridad del Makful peruano y que se desarrolle de manera adecuada en la familia de los Kafils peruanos.¹⁸

3.3.1.3.1) CONTROL POST-CONSTITUTIVO

¹⁵ Cfr. Robinson 2014: 14

¹⁶ Cfr. Robinson 2014: 14

¹⁷ Cfr. Robinson 2014: 14

¹⁸ Cfr. Robinson 2014: 15

El control post-constitutivo es realizado a través de entrevistas y/o visitas domiciliarias con una periodicidad de seis meses durante tres años. Dicho control es ejecutado por el profesional que la oficina del Kafala Familiar designada para tal fin.

Para el caso de los Kafils peruanos residentes fuera del ámbito de la oficina del Kafala familiar, se puede coordinar con profesionales de la especialidad que dependen de una institución autorizada del Estado, a fin de que realicen el control post-constitutivo siguiendo los lineamientos previamente establecidos.¹⁹

3.3.1.3.2) CONTROL POST-CONSTITUTIVO EN EL EXTRANJERO

Cuando los Kafils peruanos deben ausentarse del país por motivos justificados, el control post-constitutivo se realizará a través de las embajadas cuyo convenio tenga con el Perú.

Las embajadas emitirán una resolución para que el país donde se ubiquen les brinde el apoyo de instituciones autorizadas para trámites de adopción para que realicen el control necesario a los Kafils y Makful peruano. La emisión del documento será válido para el Perú como un control post-constitutivo del Kafala Familiar.

En caso de que la nueva residencia de los Kafils peruanos sea en un país con el que no exista una embajada peruana, la oficina del Kafala Familiar puede coordinar con la autoridad tutelar equivalente de dicho país, a efectos de viabilizar el control post-constitutivo, en caso contrario, los Kafils peruano deben comprometerse a viabilizar el control directamente a través de profesionales especializados reconocidos legalmente en dicho país, debiendo remitir los informes respectivos semestralmente a la oficina del Kafala Familiar.²⁰

3.3.2) REQUISITOS DEL KAFALA FAMILIAR

- La sociedad conyugal con una duración mínima de dos años.

¹⁹ Cfr. Robinson 2014: 15

²⁰ Cfr. Robinson 2014: 16

- Los menores deben constar con declaración judicial de desprotección familiar

Asimismo, tomaremos en cuenta el Art. 125 del Decreto Legislativo 1297 para profundizar los requisitos.

- Los cónyuges deben contar entre veinticinco y sesenta y dos años de edad. La edad máxima puede ampliarse excepcionalmente por razones debidamente justificadas en función del interés superior del niño.
- Acceder voluntariamente, en forma escrita. Los cónyuges deben presentar la solicitud de adopción en forma conjunta.
- Contar con declaración de idoneidad

3.3.3) CAUSALES DE EXTINCION DEL KAFALA FAMILIAR

Existen diferentes causales propuestas que ponen el fin de la Kafala Familiar, de los cuales son los siguientes:

- El Makful peruano haya cumplido la edad de 18 años. Y será de 28 años cuando aún continúe sus estudios superiores con éxito.
- Los Kafils peruanos hayan adoptado al Makful peruano.
- Muerte del Makful peruano

Asimismo, tomaremos en cuenta el Art. 744 del Código Civil peruano para profundizar las causales de extinción del Kafala Familiar.

- Cuando el Makful peruano haya maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente a los Kafils peruanos.
- Haber privado de su libertad a los Kafils peruanos injustificadamente.
- El Makful peruano lleve una vida deshonrosa o inmoral.

3.4) BENEFICIOS DEL KAFALA FAMILIAR

El Kafala Familiar a diferencia de la adopción, permite poder designar al menor que será sujeto a ser Makful peruano. Además, el menor gozará todas las bondades y beneficios de los Art. 472° y 473° del Código Civil peruano como si fuera el hijo de los Kafils peruanos.

También el Makful peruano podrá criarse en una familia, que a diferencia de los albergues, la educación y enseñanza de los valores es mucho más particular. No obstante, el menor a ser designado en la familia podrá sentir el apoyo del Estado debido a que supervisaran a las familias que constituyeron dicha figura.

Asimismo, nos enseña que no va a ser necesario adoptar para poder dar la mano a los menores declarados judicialmente en desprotección familiar.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo ha quedado demostrada la importancia de una adecuada cautela a lo que implica el interés superior del niño y que dentro de este ámbito toma remarcada importancia el rol que debe asumir el Estado peruano con el objetivo de que se reduzcan el alto índice de menores abandonados en el país. Siendo una de esas alternativas como se ha podido verificar de la investigación realizada: el Kafala Familiar, que si bien es una institución sui generis, su desarrollo permitiría la aplicación en el Perú a favor de los menores de edad; con el correspondiente incentivo de la población a cuidado de menores de edad con declaración judicial de desprotección familiar, con objetivos humanistas y desinteresados por parte de los peruanos.

Nos importa el interés superior del niño y es por ese motivo que se buscan soluciones o remedios que ayuden al Estado peruano a reducir el índice de menores en abandono. Por consiguiente, se ha propuesto el Kafala Familiar como una medida que incentive a la población a cuidar a un menor con declaración judicial de desprotección familiar. Por tanto, tiene una esencia humanitaria y caritativa

Las estadísticas nos demuestran que los niños son la generación del mañana y es por ello deben criarse desarrollarse en un ambiente familiar que permita desarrollar tanto su

personalidad como su carácter alrededor de valores, afecto, amor, principios, confianza, etc.

Como una institución jurídica nueva para el Perú, requerirá una entidad propia del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) que lleve a cabo la constitución del Kafala Familiar. El cual podríamos llamar como Dirección General del Kafala Familiar (DGKF). Dicha entidad se encargará dirigir y supervisar la adecuada constitución del Kafala Familiar.

BIBLIOGRAFIA

MEJIA SALAS, Pedro (2008). La Adopción en el Perú. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

RUBIO CORREA, Marcial (2012). Para conocer la constitucion. Lima: fondo editorial de la Pontificia Universidad Catolica del Perú.

Sitio web en Internet

DÁVILA, Johnny Antonio (2017). Lineamientos para una Investigacion Juridica. (consulta: 15 de octubre de 2017) (http://www.ventanalegal.com/apoyo_estudiantado/lineamiento_investigacion.htm)

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (2014). La Kafala ni es adopción, ni puede llegar a serlo. pp. 241-249 En: revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (consulta: 05 de octubre de 2017) (<http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/52723/241-249.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

DEL PILAR DIAGO DIAGO, María (2010). Millenniumdipr. pp. 140-164 (consulta: 28 de setiembre de 2017) (<http://www.millenniumdipr.com/archivos/1350316352.pdf>)

INABIF (2017) Portal de Estadísticas del INABIF (consulta: 14 de octubre de 2017) (<http://www.inabif.gob.pe/portalweb/portalestadisticas/estadisticasmensuales.php>)

MARCHAL ESCALONA, Nuria (2013). La Kafala Islamica: problemas y efectos. pp. 237-269 En: revista del I Congreso Internacional Retos Sociales y Jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI (consulta: 24 de Setiembre de 2017) (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4246546>)

MIMP (2017) Estadísticas Generales de Adopciones de la Dirección General de Adopciones. (consulta: 08 de octubre de 2017) (<https://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/estadisticas-generales-dga.php>)

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (2015). La Kafala de Derecho Islámico: Concepto, Naturaleza Jurídica, Caracteres y Efectos Jurídicos en España. pp. 821-825 En: revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (consulta: 05 de octubre de 2017) (<http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/47106/819826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

ROBINSON URTECHO, Patricia (2014) Informe de investigación 98/2014-2015. pp. 1-24
(consulta: 20 de octubre de 2017)
([http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FC179B27D9C551210525807B005F980C/\\$FILE/235_INFINVES98_2014_2015_procedimiento_adopci%C3%B3n.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FC179B27D9C551210525807B005F980C/$FILE/235_INFINVES98_2014_2015_procedimiento_adopci%C3%B3n.pdf))



PROYECTO DE LEY

EXPOSICION DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley tiene como propósito disminuir el índice de menores en estado de abandono en el Perú por intermedio de la implementación y desarrollo de una nueva figura jurídica familiar denominado “Kafala Familiar” que recoge características del *Kafala* de los países islámicos para adaptarlo al sistema peruano con su propias características y requisitos. Además esta figura jurídica familiar contribuirá al cuidado y protección de un menor con declaración judicial de desprotección familiar.

De esta manera, los menores podrán criarse en un seno familiar y crear una relación de afecto que posteriormente pueda concluir en una adopción.

Además los menores podrán gozar los beneficios del Art. 472° y 473° del Código Civil peruano y contarán con una institución familiar propia que va a salvaguardar sus intereses.

Dicha medida se justifica por el alto índice de menores en estado de abandono que existen en el Perú y que la institución jurídica de la adopción no es suficiente para abastecer con estas altas cifras. Por tales motivos se buscan medidas y soluciones que permitan que los menores puedan contar con una educación más privada en principios y valores que naturalmente se consiguen en una familia.

En el Perú se requiere una adecuada cautela a lo que implica el interés superior del niño y que dentro de este ámbito toma remarcada importancia el rol que debe asumir el Estado peruano con el objetivo de que se reduzcan el alto índice de menores abandonados en el país.

OBJETO DE LA LEY

La presente ley tiene por objeto la creación de la figura jurídica familiar denominada “Kafala Familiar”. Además la creación de la Dirección General del Kafala Familiar (DGKF) que se encontrarán a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) y se encargará de dirigir y supervisar la eficaz constitución del Kafala Familiar.

EFEECTO DE LA LEY EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La aprobación de la presente iniciativa jurídica permitirá a los ciudadanos peruanos contar con una nueva alternativa jurídica familiar para cuidar y proteger a un menor en estado de abandono y el menor poder desarrollarse y contar con un mejor *modus vivendi*.

ANALISIS DEL IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN LA LEGISLACION PERUANA

El efecto de la presente propuesta de ley sobre la legislación nacional modificará artículo del CÓDIGO CIVIL PERUANO, CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. LEY N° 27337 y el DECRETO LEGISLATIVO N° 1297 para su adecuada adaptación e implementación en la legislación peruana.