



Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general
5 de noviembre de 2018
Español
Original: francés

Comité de los Derechos del Niño

Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, sobre la comunicación núm. 12/2017* **

<i>Comunicación presentada por:</i>	Y. B. y N. S. (representados por una abogada, la Sra. Sylvie Sarolea)
<i>Presunta víctima:</i>	C. E.
<i>Estado parte:</i>	Bélgica
<i>Fecha de la comunicación:</i>	22 de marzo de 2017
<i>Fecha de aprobación del dictamen:</i>	27 de septiembre de 2018
<i>Asunto:</i>	Denegación del visado humanitario a una niña acogida en régimen de <i>kafala</i> por una pareja belgo-marroquí
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Agotamiento de los recursos internos; fundamentación de la queja
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Interés superior del niño; discriminación por motivos de origen étnico; libertad de opinión; desarrollo del niño; protección del niño contra todas las formas de violencia, descuido o trato negligente; protección del niño privado de su medio familiar
<i>Artículos de la Convención:</i>	2, 3, 10, 12 y 20
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	7 e) y f)

1. Los autores de la comunicación son Y. B., de nacionalidad belga, nacido en 1953, y N. S., de nacionalidad marroquí y belga, nacida en 1963. Presentan la comunicación en nombre de C. E., nacional de Marruecos, nacida en 2011. Afirman que C. E. es víctima de una violación de los artículos 2, 3, 10, 12 y 20 de la Convención. Los autores están

* Aprobado por el Comité en su 79º período de sesiones (17 de septiembre a 5 de octubre de 2018).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Jorge Cardona Llorens, Bernard Gastaud, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova y Renate Winter.



representados por una abogada. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 30 de agosto de 2014.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 Los autores están casados y son miembros de una comunidad llamada “La Poudrière”¹ que reside en Péruwelz (Bélgica). Tienen acogida en régimen de *kafala*² a C. E., de nacionalidad marroquí, nacida el 21 de abril de 2011 en Marrakech. C. E. es hija de padre desconocido y fue abandonada por su madre al nacer. El tribunal de primera instancia de Marrakech dictó la correspondiente declaración de abandono en un juicio celebrado el 19 de agosto de 2011.

Procedimientos en Marruecos en el marco de una kafala

2.2 El 22 de septiembre de 2011, el tribunal de primera instancia de Marrakech designó a los autores como titulares de la *kafala* y tutores de C. E. en su calidad de menor de edad en situación de abandono. Tras una investigación realizada por las autoridades marroquíes competentes con arreglo a las instrucciones de la fiscalía, se concluyó que los autores reunían las condiciones materiales y sociales necesarias para acoger a C. E. en régimen de *kafala*. El 13 de octubre de 2011, el mismo tribunal concedió a los autores una autorización para viajar al extranjero con C. E.

2.3 En el derecho marroquí, la *kafala* se rige por el Dahír núm. 1-02-172, de 13 de junio de 2002, por el que se promulga la Ley núm. 15-01, relativa al acogimiento familiar (*kafala*) de los niños abandonados. El artículo 2 de esa Ley establece que la *kafala* es “el compromiso de asumir la protección, la educación y la manutención de un niño abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo. La *kafala* no dará derecho a la filiación ni a la sucesión”. El niño abandonado será internado provisionalmente en un centro o establecimiento público de protección social de la infancia. Una vez finalizada la investigación, podrá dictarse una declaración de abandono. El juez tutelar asegurará la tutela de los menores abandonados. A continuación, estos niños podrán ser confiados en régimen de *kafala* a cónyuges musulmanes o a una mujer musulmana.

Solicitudes de visado de larga duración en Bélgica

2.4 Los autores señalan que la *kafala* no establece un vínculo de filiación, de modo que no pudieron presentar una solicitud de visado por motivos de reunificación familiar. En consecuencia, el 21 de diciembre de 2011 presentaron una solicitud de visado de larga duración por motivos humanitarios, amparándose en el artículo 9 de la ley belga de 15 de diciembre de 1980 sobre la entrada en el territorio, la residencia, el establecimiento y el alejamiento de extranjeros. A esos efectos, alegaron que C. E. era una niña abandonada cuya tutela se les había confiado. Presentaron certificados de buena conducta que acreditaban que estaban en una situación que les permitía asumir el cuidado de la niña y proporcionarle un entorno de vida seguro, tanto en el plano personal como en el financiero.

2.5 El 27 de noviembre de 2012, la Oficina de Extranjería desestimó la solicitud de visado presentada por los autores al considerar que la orden de atribución de la *kafala* de un niño no constituía una adopción y no confería ningún derecho de residencia; que los autores no habían solicitado que la *kafala* fuese reconocida por el Servicio Público Federal de Justicia (antiguo Ministerio de Justicia); que una solicitud de permiso de residencia por motivos humanitarios no podía reemplazar a una solicitud de adopción; y que no había pruebas de que la niña estuviera realmente a cargo de los solicitantes ni de que estos dispusieran de suficientes medios de subsistencia.

¹ Los autores aducen que esta comunidad es una asociación sin ánimo de lucro cuyos residentes organizan su modo de vida “en autarquía”, en el sentido de que viven de sus propias actividades y comparten sus recursos. Los miembros de esta comunidad están afiliados a una mutua y sus hijos asisten a escuelas públicas.

² Véase el párrafo 2.3 del presente dictamen.

2.6 La decisión por la que se les denegaba el visado fue recurrida ante el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería. El 29 de septiembre de 2015, el Consejo anuló la decisión negativa por considerar que la autoridad administrativa no había cumplido la obligación de motivación formal prevista en la ley; que la referencia al hecho de que los autores no habían iniciado trámites ante el Servicio Público Federal de Justicia en el marco de una adopción era errónea, ya que el sistema de la *kafala* no constituía una adopción; que la orden de adjudicación de la *kafala* no podía desestimarse únicamente porque no confiriese ningún derecho de residencia si no había dudas acerca de la validez de tal orden y en dicha orden se declaraba explícitamente que los autores cumplían los requisitos materiales y que la niña estaba bajo su responsabilidad.

2.7 A raíz de esta sentencia anulatoria, los autores se dirigieron a la Oficina de Extranjería en varias ocasiones para solicitar que se adoptase una nueva decisión, pero no obtuvieron respuesta. El 19 de julio de 2016, la Oficina de Extranjería adoptó una nueva decisión de denegación de visado alegando los siguientes motivos: a) los autores ya habían intentado iniciar un procedimiento de adopción en 2012 y lo habían abandonado para presentar una solicitud de visado humanitario, que no podía ser una alternativa al proceso de adopción; b) la *kafala* se habían establecido en Marruecos con una dirección oficial de los autores en ese país, aunque su residencia principal estaba en Bélgica; c) la *kafala* no daba derecho a residir en Bélgica, dado que no creaba lazos familiares con la pupila; d) los criterios humanitarios no estaban suficientemente establecidos (la madre había abandonado a la niña, pero seguía viva, y los autores no habían aportado pruebas de que no hubiera otros familiares hasta el tercer grado que puedan hacerse cargo de la niña); e) los autores podían velar por la educación de la niña dejándola en su propio país, dentro de su cultura y su familia; f) los autores no aportan pruebas de la solvencia necesaria para responder a las necesidades de la pupila en Bélgica; y g) los autores no habían aportado pruebas de que la niña estuviera autorizada a abandonar Marruecos, ya que, para las autoridades marroquíes, ellos residían en Marruecos.

2.8 El 25 de octubre de 2016, los autores interpusieron ante el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería un nuevo recurso de apelación contra esta segunda decisión negativa. Este recurso seguía pendiente en el momento en que los autores presentaron la presente comunicación al Comité³. Los autores aducen que el Consejo solo tiene una competencia de anulación marginal y no puede sustituir la decisión que anula.

Solicitudes de visado de corta duración en Bélgica

2.9 En 2014 y 2015, los autores presentaron dos solicitudes de visado de corta duración que fueron denegadas por decisiones de la Oficina de Extranjería de fecha 29 de octubre de 2014 y 2 de abril de 2015, respectivamente, sobre la base del artículo 32 del Reglamento (CE) núm. 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código Comunitario sobre Visados. En las decisiones relativas a la solicitud de un visado humanitario se han planteado serias dudas sobre el verdadero propósito de la estancia y la falta de garantías de retorno.

La denuncia

3.1 Los autores alegan que el Estado ha vulnerado los derechos que asisten a C. E. en virtud de los artículos 2, 3, 10, 12 y 20 de la Convención.

3.2 Los autores afirman que el artículo 2 de la Convención prohíbe la discriminación contra los niños, incluida la basada en el nacimiento. Sostienen que el hecho de que C. E. sea nacional de un país que prevé una institución diferente de la adopción, la *kafala*, constituye un obstáculo para la reunificación familiar en Bélgica. Por estar acogida en régimen de *kafala*, C. E. recibe un trato diferente del que recibiría un niño adoptado en lo que respecta a su derecho de residencia en el país. De ello se desprende que, con arreglo a la legislación belga, C. E. no goza de protección jurídica. No obstante, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el

³ En una sentencia dictada el 26 de abril de 2018, el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería anuló la decisión de denegación de visado de 19 de julio de 2016 (véase el párr. 6).

Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños reconoce la *kafala* como una medida de protección de la infancia. C. E. tiene derecho a ser objeto de medidas de acogida y a gozar de protección. También tiene derecho a vivir con los autores en el país del que son nacionales. Por su parte, los autores tienen derecho a vivir juntos en Bélgica.

3.3 Los autores sostienen que, en materia de adopción, el principio del interés superior del niño previsto en el artículo 3 de la Convención es todavía más vinculante e impone una obligación mayor de motivar las decisiones. En la decisión se debe explicar en qué aspectos se han tenido en cuenta los derechos del niño y cuáles han sido los criterios utilizados, el razonamiento seguido, y especialmente cómo se ha establecido un equilibrio entre el interés superior del niño y otras consideraciones. Esta evaluación debe ser realizada por una autoridad competente, preferiblemente multidisciplinaria. Debe tenerse en cuenta la opinión del niño. Las decisiones deben adoptarse con rapidez y poder ser objeto de revisión. En el presente caso, ninguna de las cuatro decisiones de denegación de visado hace referencia al interés superior del niño, que no se ha tenido en cuenta. El principio del interés superior del niño se menciona por primera vez en las observaciones del Estado parte, que alega que el procedimiento para la adjudicación de la *kafala*, al contrario que el proceso de adopción, no ofrece ninguna garantía de que se haya realizado un examen verdaderamente riguroso de ese interés. No obstante, esa opinión se basa en la teoría y no se aplica al caso de C. E. Además, el Estado parte sustituye el criterio del interés superior del niño por el de la existencia de una situación humanitaria grave y urgente de amenaza para la vida, la salud o la integridad, lo que constituye un requisito extremadamente restrictivo.

3.4 Los autores afirman que llevan tratando de reunirse con C. E. desde 2011 y que su solicitud ha sido denegada en dos ocasiones, lo que ha dejado sola a una niña abandonada cuyos únicos referentes son los autores tanto para la legislación de Marruecos como para la legislación belga. La *kafala* está reconocida como medida de tutela civil por el derecho belga, en aplicación del Código de Derecho Internacional Privado belga (art. 20) y del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. En estos textos normativos se la reconoce como un lazo familiar. Además, en el presente caso, se homologó y aprobó un acuerdo de tutela oficiosa en Bélgica.

3.5 Asimismo, el Tribunal Europeo ha determinado que, incluso en ausencia de filiación biológica o adoptiva, la existencia de lazos *de facto* constituye una “vida familiar”. Según el Tribunal, es necesario tener en cuenta el tiempo vivido juntos, la calidad de las relaciones y el papel del adulto hacia el niño. Cuando se establece un lazo familiar con el niño, el Estado debe contribuir a que ese lazo se desarrolle y prestar una protección jurídica que permita que el niño pueda integrarse en la familia⁴.

3.6 Los autores señalan que C. E. ya no tiene familia en Marruecos. Por lo tanto, el acogimiento por su familia biológica carece de sentido. Además, C. E. tiene una cultura mixta, ya que nació en Marruecos, pero fue acogida por un padre belga y una madre belga de origen marroquí. La referencia a “su propio país y su cultura” es estereotipada y carece de fundamento a la luz de los elementos de hecho del presente caso.

3.7 Los autores sostienen que la observación general núm. 12 (2009) del Comité, relativa al derecho del niño a ser escuchado, impone a los Estados la obligación de garantizar a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño⁵. El hecho de que C. E. sea demasiado joven para ser escuchada no exime al Estado de su obligación de tener en cuenta su interés y de garantizar que tenga representación.

3.8 Por último, los autores sostienen que el artículo 20 de la Convención debe leerse a la luz del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, que se aplica a la *kafala*.

⁴ Los autores remiten a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Wagner c. Luxembourg*, núm. 76240/01, 6 de octubre de 2011; *Moretti et Benedetti c. Italie*, núm. 16318/07, 27 de abril de 2010; *Harroudj c. France*, núm. 43631/09, 4 de octubre de 2012; y *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, núm. 52265/10, 16 de diciembre de 2014.

⁵ Observación general núm. 12, párr. 1.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En sus observaciones de 26 de septiembre 2017, el Estado parte afirma que la comunicación es inadmisibles, ya que no se han agotado los recursos internos disponibles. Sigue pendiente ante el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería un recurso de anulación de la decisión adoptada por la Oficina de Extranjería el 5 de septiembre de 2016. Si bien el Consejo ejerce un control de la legalidad y su dictamen no puede sustituir el de la autoridad que adoptó la decisión, examina el uso que esa autoridad ha hecho de su poder discrecional al evaluar los hechos. Por consiguiente, se trata de un recurso efectivo. Además, los autores no han recurrido a un procedimiento de suspensión, que habría permitido obtener más rápidamente una respuesta del Consejo. Aunque la concesión de dicha suspensión no implica que se otorgue el permiso de residencia, obligaría a la autoridad que tomó la decisión a reconsiderar el asunto y determinar si adopta una nueva decisión.

4.2 En cuanto al fondo, el Estado parte señala que la *kafala* y la adopción son dos instituciones diferentes. La *kafala* podría equivaler a una tutela oficiosa en la legislación belga, institución que no establece un vínculo de filiación, es revocable y termina con la mayoría de edad del niño. La adopción, en cambio, permite al niño gozar de una filiación y le ofrece una mayor protección. Esa es la razón por la que la adopción está sujeta a condiciones estrictas y conlleva garantías.

4.3 Antes de la reforma de la normativa en materia de adopción, cuando un niño era acogido en régimen de *kafala*, se le concedía un permiso de residencia en Bélgica como paso previo al procedimiento de adopción. Este permiso pasaba a ser ilimitado cuando se consumaba la adopción. Las disposiciones relativas a la adopción se modificaron en virtud de una ley de 24 de abril 2003, que daba aplicación al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Las garantías para que las adopciones internacionales tengan en consideración el interés superior del niño y el respeto de sus derechos fundamentales se han incorporado a la legislación belga. Esta reforma ya no permite que un niño cuyo Estado de origen no contempla la adopción ni el acogimiento previo a la adopción (como es el caso de Marruecos) pueda ser trasladado a Bélgica para ser adoptado en el país.

4.4 El Código Civil de Bélgica también ha sido modificado (arts. 361 a 363) para permitir los procedimientos de adopción en el marco de la *kafala* siempre y cuando se respeten las garantías de adopción, a saber: a) los adoptantes deben haber concluido una formación para la adopción y obtenido una declaración de aptitud; b) la propuesta de adopción del niño debe haber sido transmitida a la Autoridad Central Comunitaria competente por el Estado de origen; c) no puede haber ningún contacto entre los adoptantes y las personas que tienen la custodia del niño antes de que la Autoridad Central competente y la del Estado de origen hayan acordado el “emparentamiento”; d) para poder ser adoptado, el niño debe o bien ser huérfano de padre y madre, o bien contar con una declaración de abandono y estar sujeto a la tutela de la autoridad pública del Estado de origen; y e) la autoridad competente del Estado de origen debe haber determinado la forma de tutela del niño y haber autorizado el traslado de este al extranjero para residir allí con carácter permanente. Entre 2014 y 2015, se produjeron en Bélgica 25 adopciones de niños procedentes de Marruecos y acogidos en régimen de *kafala*, lo que hace que Marruecos ocupe el segundo lugar entre los países de origen en lo que respecta a las adopciones internacionales fuera de la familia.

4.5 El Estado parte cita también el artículo 33 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, en el que se establece que, cuando la Autoridad Central prevea la colocación de un niño mediante *kafala* y esta colocación haya de tener lugar en otro Estado contratante, la autoridad deberá consultar a la Autoridad Central del Estado de acogida y transmitirle un informe sobre el niño y los motivos de su propuesta de acogimiento. La *kafala* únicamente podrá otorgarse una vez que la Autoridad Central del Estado requerido haya aprobado este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

4.6 El Estado parte observa que, en el presente caso, los autores no han cumplido las condiciones establecidas en el artículo 365-1 del Código Civil. Sin embargo, habría sido muy fácil obtener la información necesaria para iniciar un proceso de adopción. La

Autoridad Central Comunitaria dispone de un sitio web en el que se ofrece información sobre los diferentes procedimientos y de una línea telefónica de ayuda. No obstante, en la solicitud presentada ante el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería en el marco del recurso de anulación de 27 de diciembre de 2012, se indica que la voluntad de los autores no era adoptar a C. E. En opinión del Estado parte, si el acogimiento en régimen de *kafala* tiene por consecuencia el traslado del niño a otro Estado, lo que conlleva un desarraigo geográfico y cultural, cabe esperar que los titulares de la *kafala* se informen previamente sobre las posibilidades de obtener un permiso de residencia para el niño.

4.7 Los autores señalan que C. E. fue abandonada por su madre y acogida en un orfanato. Sin embargo, no se han dado indicaciones sobre el procedimiento que se siguió en Marruecos para asignar a C. E. a los autores, en particular si hubo contacto directo con el orfanato y cuáles fueron los criterios en los que se basó la decisión de colocación. Contrariamente a lo previsto en el procedimiento de adopción internacional, no existen garantías de que la decisión de confiar a C. E. a los autores fuese precedida de un examen verdaderamente riguroso del interés superior del niño. Además, en la orden de adjudicación y en la autorización para viajar al extranjero se indica que los titulares de la *kafala* están domiciliados en Marruecos. Esa autorización no permite que C. E. resida en el extranjero de manera permanente.

4.8 Respecto de la tutela oficiosa, el Estado parte afirma que se trata de un acto por el cual el tutor oficioso se compromete a mantener a un niño menor de edad no emancipado, criarlo y ayudarlo a que pueda ganarse la vida. El tutor solo ejercerá el derecho de custodia en la medida en que el niño resida habitualmente con él. Este procedimiento tampoco ofrece garantías de un examen concreto y riguroso del interés superior del niño.

4.9 Dado que no se siguió el procedimiento previo para poder adoptar a un niño acogido en régimen de *kafala*, que exigía que las autoridades belgas hubieran emitido una declaración de aptitud tras realizar una investigación exhaustiva de las condiciones en las que la niña sería acogida en Bélgica, que las autoridades marroquíes tampoco pudieron verificar esas condiciones y que la *kafala* no se adjudicó con miras a que la niña residiese en el extranjero, las autoridades belgas consideraron que el permiso de residencia no redundaba en el interés superior de la niña.

4.10 La decisión de los autores de no querer adoptar a C. E., o su desconocimiento de la normativa, no obliga al Estado belga a otorgar a C. E. un permiso de residencia en perjuicio de las normas establecidas para velar por su interés y protección, a no ser que exista una situación humanitaria urgente, extremo que no se ha demostrado.

4.11 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que no existe injerencia en el derecho a la vida privada y familiar cuando se trata de una primera admisión⁶. C. E. está escolarizada y la autora obtiene ingresos por el trabajo que ejerce en Marruecos, pero ni ella ni el autor han demostrado tener ingresos en Bélgica. Viven en una comunidad de personas desfavorecidas que comparten sus recursos, pero el origen de esos recursos no se ha determinado. Tampoco se han dado detalles acerca del entorno de C. E. en Marruecos.

4.12 El Estado parte señala que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Harroudj*, *Wagner* y *Chbihi Loudoubi* y otros citados por los autores no son comparables, ya que, en esos casos, los niños entraron legalmente en el territorio de los Estados en cuestión y, posteriormente, desarrollaron allí una vida familiar.

4.13 Con respecto al artículo 12 de la Convención, el Estado parte señala que C. E. tenía 1 año en el momento de la primera decisión y 5 cuando se tomó la segunda, por lo que sería difícil sostener que estaba en condiciones de formarse un juicio propio. Además, si bien la necesidad de escuchar al niño se comprende fácilmente en el marco de un proceso de colocación o de adopción que le afecta, no ocurre lo mismo con la aplicación de la normativa para la concesión o no de un permiso de residencia.

4.14 Por último, el artículo 20 de la Convención ha sido respetado, ya que C. E. fue acogida por las autoridades marroquíes y colocada en régimen de *kafala* en Marruecos. La cuestión de la concesión de un permiso de residencia no guarda relación con ese artículo.

⁶ Sentencia en el asunto *Ahmut c. Pays Bas*, 28 de noviembre de 1996, núm. 21702/93.

Comentarios de los autores sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En sus comentarios de 5 de diciembre de 2017, los autores señalan que el procedimiento actualmente pendiente ante el tribunal belga no ofrece garantías de ser un recurso efectivo. Como reconoce el Estado parte, el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería únicamente tiene una competencia marginal de anulación y no puede sustituir la decisión que anula, como se ha demostrado en el presente caso. Cuatro años después de su primera decisión de denegación de visado, la autoridad migratoria adoptó una decisión prácticamente idéntica a la anterior, a pesar de que esta había sido anulada por considerarse ilegal. Respecto de la solicitud de suspensión, tal y como ha señalado el Estado parte, el que la decisión negativa esté en suspenso no implica la concesión de un derecho de entrada al territorio belga y, por lo tanto, no sería un recurso efectivo.

5.2 En lo que respecta a los hechos, los autores explican que la autora ha trabajado para el Estado marroquí como profesora de matemáticas en la enseñanza pública, y que el autor vive y trabaja como jardinero en la comunidad La Poudrière (Bélgica) desde 2005. El autor tiene dos hijos y tres nietos fruto de un primer matrimonio. Los autores se casaron en Marrakech (Marruecos) en abril de 2006, donde residieron de forma continuada hasta septiembre de 2007. En mayo de 2009, la autora obtuvo un permiso de residencia en Bélgica⁷ e inició los trámites para obtener una jubilación anticipada como funcionaria marroquí e instalarse en Bélgica en la comunidad de La Poudrière. Finalmente, dejó su puesto de funcionaria y percibe una jubilación anticipada desde agosto de 2017.

5.3 Los autores señalan que C. E. ya no tiene familiares que puedan acogerla en Marruecos, dado que es huérfana, y su abandono ha sido declarado oficialmente por las autoridades marroquíes. Desde que fue acogida por los autores, C. E. reside de manera permanente en la vivienda de la autora en Marrakech y asiste a una escuela primaria privada situada cerca de su domicilio. En ocasiones, la niña queda a cargo de la madre o la hermana de la autora. C. E. está traumatizada por el abandono y se siente muy unida los autores. Las separaciones, sobre todo de la autora, son difíciles. En 2016, tuvo que ser hospitalizada durante un viaje de la autora a Bélgica. El domicilio habitual de la autora es Marruecos y viaja a Bélgica entre una y tres veces al año por un período de dos semanas. La autora vive principalmente en Marruecos y visita Bélgica entre una y tres veces al año por períodos de dos semanas. El autor vive en Bélgica y pasa entre dos y tres meses al año con la autora y C. E. en Marruecos.

5.4 Los autores señalan que los procedimientos judiciales celebrados en Marruecos no han sido impugnados. En los últimos seis años, el Estado parte no ha realizado jamás investigaciones o intentado obtener información de las autoridades marroquíes competentes, pese a que dispone de medios que le permitirían obtener información sobre el caso dentro del país, en particular a través de su consulado y su embajada. Según los autores, esto demuestra la pasividad y la falta de voluntad del Estado parte de encontrar una solución para C. E. Los autores, por su parte, siempre se han mostrado dispuestos y activos a lo largo de los diferentes procedimientos.

5.5 Los autores señalan que se expidió una autorización judicial para abandonar el territorio marroquí y que el juez sabía perfectamente que el autor era belga. Incluso si los autores vivieran exclusivamente en Marruecos, deberían poder instalarse en el país del que son nacionales.

5.6 En lo que respecta a la aptitud de los autores, en Marruecos se llevaron a cabo actuaciones judiciales rigurosas, en las que se examinó su aptitud y las condiciones de acogida en Bélgica. El acogimiento de C. E. también cuenta con las garantías de la tutela oficiosa homologada por el juez belga. La autonomía financiera de los autores está garantizada por su condición de voluntarios en la comunidad de La Poudrière. Además, son propietarios de un apartamento en Bélgica y otro en Marruecos.

⁷ En febrero de 2013, obtuvo la nacionalidad belga.

5.7 Los autores han seguido los únicos procedimientos a su disposición en Bélgica, a saber, el del visado humanitario y el de la tutela oficiosa. Los contactos previos entre los autores y la niña han excluido la posibilidad de transformar la *kafala* en adopción con arreglo a la legislación belga.

5.8 Los autores insisten en que en las cuatro decisiones de denegación de visado de larga y corta duración no se hace ninguna referencia al interés superior del niño. El hecho de que Bélgica no reconozca la institución de la *kafala* ha impedido a una familia internacional como la de los autores circular entre Marruecos y Bélgica, país en el que tienen vínculos. Además, la familia también tiene derecho a evolucionar en lo que respecta a su composición. La postura del Estado parte ha impedido que puedan vivir juntos. Para no dejar a C. E. sola en Marruecos, la autora vive allí con ella, renunciando a su derecho a residir en el país del que es nacional y a convivir con el autor. Este último debe renunciar a vivir en el país del que es nacional, a su actividad y la familia que tiene en Bélgica. Esta postura también impide que C. E. desarrolle lazos con los familiares que tiene en Bélgica.

Información adicional presentada por los autores

6. En una carta de fecha 3 de mayo de 2018, los autores indican que, el 26 de abril de 2018, el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería emitió un dictamen por el que se anulaba la decisión de denegación de visado adoptada el 19 de julio de 2016. El Consejo concluyó que en la decisión impugnada no se mencionaba la sentencia del tribunal de menores de Tournai en la que se aprobaba la tutela oficiosa de la niña.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

7.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité debe decidir, de conformidad con el artículo 20 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

7.2 El Comité toma nota de los argumentos planteados por el Estado parte en relación con la inadmisibilidad de la comunicación por no agotamiento de los recursos internos disponibles: por un lado, en el momento en que se presentó esta comunicación, el recurso de anulación presentado ante el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería contra la segunda decisión negativa de la Oficina de Extranjería de 19 de julio de 2016 seguía pendiente; por otro, los autores no solicitaron la suspensión de la decisión impugnada. No obstante, el Comité toma nota de lo afirmado por los autores, que aducen que, el 26 de abril de 2018, el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería anuló la decisión de denegación de visados, y de que el Consejo se limita a ejercer un mero control de la legalidad, de modo que no puede sustituir la decisión que anula. Por ese motivo, la Oficina de Extranjería debería adoptar una nueva decisión. Sin embargo, esta institución ya denegó la solicitud de los autores en dos ocasiones, a saber, el 27 de noviembre de 2012 y el 19 de julio de 2016, esgrimiendo motivos similares, por lo que una posible tercera decisión tendría pocas posibilidades de éxito. En lo que respecta a la suspensión de la decisión impugnada, el Comité toma nota de lo señalado por las partes acerca de que una posible suspensión no implicaría la concesión de un permiso de residencia y, por lo tanto, no sería un recurso efectivo. A la luz de lo que antecede, y en particular del hecho de que han transcurrido siete años desde la primera solicitud de los autores y de que la autoridad encargada de volver a examinar la solicitud sería la misma que la ha denegado ya en dos ocasiones, el Comité estima que los autores han agotado todos los recursos internos disponibles y efectivos. Por consiguiente, considera que nada obsta a la admisibilidad de la comunicación con arreglo al artículo 7 e) del Protocolo Facultativo.

7.3 El Comité observa que los autores se remiten al artículo 20 de la Convención, pero no motivan sus alegaciones. En consecuencia, el Comité concluye que estas alegaciones son manifiestamente infundadas y las declara inadmisibles en virtud del artículo 7 f) del Protocolo Facultativo.

7.4 No obstante, el Comité considera que las alegaciones de los autores en relación con la discriminación de C. E. por motivos de nacionalidad (artículo 2 de la Convención), la no consideración del interés superior del niño y de su opinión en los procedimientos llevados a cabo por las autoridades de inmigración de Bélgica (artículos 3 y 12 de la Convención) y la reunificación familiar (artículo 10 de la Convención) están suficientemente fundamentadas, por lo que las declara admisibles y procede a examinarlas en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

8.1 El Comité ha examinado la comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han presentado las partes con arreglo al artículo 10, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

8.2 El Comité toma nota de las alegaciones de los autores, que sostienen que el interés superior del niño no se ha tenido en cuenta en las cuatro decisiones de denegación de visado dictadas por las autoridades de inmigración belgas. El Comité también toma nota de los argumentos del Estado parte, que afirma que las decisiones se adoptaron con arreglo a la legislación nacional en vigor, que se modificó para dar aplicación al Convenio de La Haya de 1993 y garantizar así que en las adopciones internacionales se tenga en cuenta el interés superior del niño.

8.3 El Comité recuerda que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las decisiones que le afecten, y que el concepto de interés superior del niño “debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto”⁸.

8.4 El Comité recuerda también que, como regla general, es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales examinar los hechos y las pruebas, así como interpretar y aplicar la ley nacional, salvo que dicho examen sea claramente arbitrario o equivalga a una denegación de justicia⁹. Por lo tanto, no corresponde al Comité sustituir a las autoridades nacionales en la interpretación de la legislación nacional y la evaluación de los hechos y las pruebas, sino verificar la ausencia de arbitrariedad o denegación de justicia en la evaluación de las autoridades, y velar por que el interés superior del niño haya sido una consideración primordial en esa evaluación.

8.5 En el presente caso, el Comité observa que las decisiones de las autoridades de inmigración belgas de denegar el visado se basaron fundamentalmente en el hecho de que la *kafala* no daba derecho a la residencia y de que los autores no habían demostrado: a) que C. E. no podía ser acogida por su familia biológica en Marruecos; b) que los autores no podían velar por su educación dejándola en Marruecos; y c) que los autores reunían las condiciones financieras necesarias para responder a las necesidades de C. E. Sin embargo, el Comité señala que esos argumentos son de carácter general y reflejan una falta de examen de la situación concreta de C. E. y, en particular, del hecho de que es hija de padre desconocido y fue abandonada por su madre biológica al nacer, por lo que la posibilidad de ser acogida por su familia biológica parece poco realista y, de todos modos, no se ha confirmado. El argumento de la falta de las condiciones financieras necesarias no parece tener en cuenta que la asignación de la *kafala* por las autoridades marroquíes se basó en un examen de las condiciones sociales y financieras de los autores. Las autoridades marroquíes reconocieron que se cumplían esas condiciones al asignar la *kafala* de C. E. a los autores, y las autoridades belgas lo hicieron al dictar una tutela oficiosa. El Estado parte cuestiona de manera general el procedimiento seguido en Marruecos para la adjudicación de la *kafala*, pero no especifica en qué medida el presente caso no ha gozado de las garantías necesarias. Por último, la posibilidad de dejar a C. E. en Marruecos no parece tener en cuenta la diferencia entre velar por las necesidades educativas de un niño dejándolo en un orfanato y

⁸ Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1), párr. 32.

⁹ *U. A. I. c. España* (CRC/C/73/D/2/2015), párr. 4.2; y *A. Y. c. Dinamarca* (CRC/C/78/D/7/2016), párr. 8.8.

velar por sus necesidades afectivas, sociales y financieras conviviendo con él de la misma manera que lo harían unos padres. Este argumento implica que las autoridades de inmigración no han tenido en cuenta la relación afectiva creada entre los autores y C. E. desde 2011. En particular, aparte de la relación jurídica creada por la *kafala*, las autoridades de inmigración no parecen haber tenido en cuenta ni el hecho de que la autora haya vivido con C. E. desde su nacimiento ni los lazos familiares que habrían surgido naturalmente *de facto*¹⁰ a lo largo de los años como resultado de esta convivencia.

8.6 En cuanto a las alegaciones de los autores al amparo del artículo 12 de la Convención, el Comité toma nota de los argumentos del Estado parte, que alega que C. E. tenía 1 año en el momento de la primera decisión y 5 cuando se tomó la segunda, por lo que no estaba en condiciones de formarse una opinión, y que la necesidad de escuchar al niño no estaría justificada en el contexto de la aplicación de las normas relativas a la concesión de un permiso de residencia.

8.7 No obstante, el Comité recuerda que “el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan [...] El niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto[...]”¹¹. Recuerda asimismo que “si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior [...]. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones”¹².

8.8 En el presente caso, el Comité observa que C. E. tenía 5 años cuando se adoptó la decisión relativa al segundo proceso de examen de la solicitud de visado por motivos humanitarios que presentaron los autores, y que habría sido capaz de formarse una opinión sobre la posibilidad de residir permanentemente en Bélgica con ellos. El Comité no comparte la opinión del Estado parte de que no es necesario tomar en consideración las opiniones del niño en el marco de un procedimiento relativo a su permiso de residencia, sino todo lo contrario. En el presente caso, las consecuencias de este procedimiento son de suma importancia para la vida y el futuro de C. E., ya que afectan directamente a su posibilidad de vivir con los autores como una familia.

8.9 En vista de lo anterior, el Comité concluye que el Estado parte no tuvo en cuenta de manera específica el interés superior del niño al evaluar la solicitud de visado para C. E. y no respetó su derecho a ser escuchada, lo que contraviene los artículos 3 y 12 de la Convención.

8.10 Respecto de las alegaciones de los autores al amparo del artículo 10 de la Convención, el Comité toma nota de los argumentos del Estado parte, según los cuales no hay injerencia en el derecho a la vida privada y familiar cuando se trata de una primera admisión y, en consecuencia, no es posible afirmar que, aun en ausencia de filiación biológica o adoptiva, existen lazos de hecho que constituyen “vida familiar” y dan derecho a una “reunificación familiar”.

8.11 El Comité considera que el artículo 10 de la Convención no obliga a los Estados partes a reconocer de manera general el derecho a la reunificación familiar de los niños acogidos en régimen de *kafala*. Sin embargo, el Comité opina que, al evaluar y determinar

¹⁰ A ese respecto, véanse las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Wagner c. Luxembourg*, *Moretti et Benedetti c. Italie* y *Harroudj c. France*.

¹¹ Observación general núm. 12, párr. 21.

¹² Observación general núm. 14, párrs. 53 y 54.

el interés superior del niño a los efectos de aceptar o rechazar la solicitud de residencia de C. E., el Estado parte está obligado a tener en cuenta los lazos *de facto* existentes entre la niña y los autores (en particular, la autora), que se han desarrollado sobre la base de la *kafala*. El Comité recuerda que, a la hora de valorar la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones como elemento que debe tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño, “el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5)”¹³.

8.12 Dado que no se han tenido en cuenta los lazos familiares establecidos *de facto* en el presente caso y que el tiempo transcurrido desde la presentación de la solicitud de visado por los autores ha superado los siete años, el Comité concluye que el Estado parte no ha cumplido su obligación de atender la solicitud de los autores, que equivale a una solicitud de reunificación familiar, de manera positiva, humanitaria y expeditiva, garantizando que la presentación de tal petición no traiga consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares, lo que constituye una vulneración del artículo 10 de la Convención.

8.13 Como ha determinado que se ha producido una violación de los artículos 3, 10 y 12 de la Convención, el Comité no considera necesario estudiar si los mismos hechos constituyen una violación del artículo 2.

8.14 El Comité, actuando en virtud del artículo 10, párrafo 5, del Protocolo Facultativo, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 3, 10 y 12 de la Convención.

9. El Estado parte tiene la obligación de examinar de nuevo la solicitud de visado para C. E. de manera urgente y positiva, garantizando que el interés superior del niño sea una consideración primordial y que C. E. sea escuchada. Al considerar el interés superior del niño, el Estado parte debería tener en cuenta los lazos familiares forjados *de facto* entre C. E. y los autores. También tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

10. El Comité recuerda que, al adherirse al Protocolo Facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido una violación de la Convención.

11. Con arreglo a lo establecido en el artículo 11 del Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del Comité. Asimismo, se invita al Estado parte a que incluya información sobre las medidas adoptadas en los informes que presente al Comité de conformidad con el artículo 44 de la Convención. Por último, se pide al Estado parte que publique el presente dictamen y que le dé amplia difusión en su idioma oficial.

¹³ Observación general núm. 14, párr. 59.