

Postura para la Opinión Consultiva “El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”

De una política de cuidados institucionales a cuidados familiares para la niñez: Derecho a cuidados y derecho a vivir en familia

La importancia de considerar el acogimiento familiar para la niñez bajo protección del Estado como parte de la política Nacional de cuidados

IDENTIFICACIÓN DEL SOLICITANTE

Solicitante: Marcelo Sánchez Ahumada, Gerente, (Cédula Nacional de Identidad [REDACTED]) y María José Pérez Bravo, Coordinadora de Programas, (Cédula Nacional de Identidad [REDACTED]) por la Fundación San Carlos del Maipo (Registro N° [REDACTED] Rol Único Tributario N° [REDACTED])

Dirección: [REDACTED]

Teléfono: [REDACTED]

Correos Electrónicos de Notificación: [REDACTED]

POSICIÓN PARA LA OPINIÓN CONSULTIVA

I. Objetivo

La presente posición tiene como objetivo solicitar a la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos que considere dentro del contenido del “derecho al cuidado”, el acogimiento familiar en el contexto de medidas de protección de la niñez. En otras palabras, se solicita a la H. Corte que considere que cuando el Estado deba intervenir en materia de protección de la niñez y separar a un niño o niña de su familia, el cuidado que se debe brindar debe incluir medidas que hagan equivalente a la vida familiar, como lo es el acogimiento familiar.

II. Del derecho a ser cuidado de niños, niñas y adolescentes

En Chile el derecho a ser cuidado de niños, niñas y adolescentes (NNA) es parte del catálogo de derechos que consagra la Ley 21.430 sobre Garantías y Protección de los derechos de la niñez y adolescencia. En su artículo 2, establece que “el derecho y deber de crianza, cuidado, formación, asistencia, protección, desarrollo, orientación y educación de los niños, niñas y adolescentes

corresponde preferentemente a sus padres y/o madres”. Para garantizar esto, el Estado debe “dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento, de manera de otorgarle a los padres y/o madres y cuidadores las herramientas necesarias para el ejercicio de su función” (Art. 9). Por esto, la Ley sobre garantías en su artículo 10, “los **NNA tienen el derecho a ser cuidados, protegidos, formados, educados y asistidos**, en todas las etapas de su desarrollo preferentemente por sus padres y/o madres, sus representantes legales o quienes los tengan legalmente a su cuidado, y tienen derecho a ser guiados y orientados por aquéllos en el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley.”¹

El derecho de los NNA a ser cuidados está relacionado con la influencia que este tiene en el desarrollo de niños y niñas para entregar ambientes de buen trato. A esto se le denomina “**cuidado cariñoso y sensible**” o “*nurturing care*”, que contempla 5 componentes que interactúan entre sí y pueden ser reforzados: la salud; aprendizaje temprano; seguridad y protección; nutrición; y atención que responda a las necesidades. El “cuidado cariñoso y sensible” requiere de condiciones y estrategias apropiadas para apoyar a padres y madres en el cuidado, que es englobada a través de acceso a servicios de salud, nutrición, educación, sociales y de protección infantil, es decir, a la **implementación de políticas nacionales que apoyen el cuidado**.²

Los cuidados son fundamentales para el desarrollo y si bien todas las personas necesitarán de ellos a lo largo de la vida, su intensidad variara según etapas, contingencias y contextos. Sin embargo, han permanecido invisibilizados en nuestras sociedades, manteniéndose en la esfera privada o en el mejor de los casos en arreglos familiares (Villalobos, 2019; CEPAL, 2022).

Además, **los cuidados han estado vinculados a la responsabilidad femenina** y ha impactado en su participación en el mercado laboral y la economía del país, tanto así que el valor económico del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado equivale a un 22% del PIB Ampliado en 2015, superando el aporte de cualquier rama de actividad de la economía de Chile (Comunidad Mujer, 2019) y a 25,6% en 2020 (Avilés-Lucero, 2020), superando la contribución de todas las otras ramas de actividad económica. La Encuesta Longitudinal de Primera Infancia del año 2017, constató que un 95,8% de los cuidadores principales de NNA es la madre. Así también, se describe que un 85,6%

¹ Esta Ley establece como parte del rol de Estado, la existencia de una Protección Social de la Infancia y Adolescencia que tienen como fin el aseguramiento de “políticas, programas y asistencia apropiados para el fortalecimiento de las familias, que consideren el entorno social en el que se desenvuelven, a fin de que éstas puedan asumir y ejercer adecuadamente el deber de cuidado y protección de sus hijos” (Art. 15).

² Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2018. A diez años de Chile Crece Contigo. <https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/A-10-anos-Chile-Crece-Contigo-claves-y-aprendizajes-para-la-construccion-de-sistemas-comprehensivos-de-apoyo-al-desarrollo-infantil.pdf>

de los cuidadores principales no cuenta con apoyo en el cuidado. Por otro lado, entre las actividades realizadas en el cuidado cotidiano de los niños/as según quienes las realizan, la mayoría son realizadas por la madre como cuidadora principal (llevar al niño/a al consultorio, hospital, centro médico o clínica con 98,8%; cuidar al niño/a cuando está enfermo con 97,7%; compartir una comida con el niño/a con 96,9%; entre otros).

En Chile, con datos de la encuesta Casen 2022, el 63,8% de las personas cuidadoras son mujeres y, entre ellas, el 66% no trabaja y el 9,5% lo hace por menos de 30 horas a la semana (frente al 49% y 8,4% respectivamente en el caso de los hombres). A la baja **participación laboral femenina** se suman las salidas por situaciones de cuidados contingentes, como fue la pandemia de COVID-19, donde se estima que cerca de 150.000 mujeres que dejaron la fuerza de trabajo y aún no regresan, siendo la salida más pronunciada y permanente la de mujeres que en hogares no niñas y niños menores de cinco años en sus hogares (Clapes UC, 2023).

Esto impacta en la vulnerabilidad de los hogares con niñas, niños y adolescentes Según la Encuesta Longitudinal de Primera Infancia del año 2017, un 95,8% de los cuidadores principales de NNA es la madre. Actualmente, la **tasa de pobreza en la niñez** supera la tasa nacional, lo que se traduce en que más de la mitad de los NNA pertenecen al 40% más pobre de la población, y las brechas de desigualdad se reproducen con mayor fuerza en esta etapa.

El último informe del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de Chile, correspondiente al segundo semestre de 2021, señala que la tasa de pobreza en la población de niños, niñas y adolescentes llegó al 14,1%. Esto significa que aproximadamente 660.000 niños, niñas y adolescentes en Chile viven en situación de pobreza. Además, el mismo informe indica que la tasa de pobreza extrema en esta misma población fue del 4,1%, lo que significa que alrededor de 192.000 niños, niñas y adolescentes se encuentran en situación de pobreza extrema en el país.

El informe "Efectos de la pandemia en la pobreza monetaria y la desigualdad en Chile" publicado en septiembre de 2021 por la Universidad de Chile y la Universidad Católica, señala que el porcentaje de niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza se habría incrementado debido a la pandemia. En el segundo semestre de 2020, la tasa de pobreza infantil (0 a 17 años) alcanzó un 20,1%, lo que representa un aumento del 4,2% respecto al mismo periodo del año anterior. Además, el porcentaje de niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza extrema (ingresos por debajo de la línea de la pobreza extrema) llegó al 7,2%. Esto refleja no sólo la **dificultad de las políticas y programas de protección social para abordar las especificidades de los NNA y de las familias con**

NNA a su cuidado, sino también su fragilidad ante crisis o contingencias que afectan al conjunto de la sociedad.

III. Del derecho a vivir en familia es un derecho para niños, niñas y adolescentes, y en caso de imposibilidad por razones conformes al Derecho Internacional, el Estado debe brindar medidas equivalentes

Tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente en su preámbulo, todos **los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir en familia**: “reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. A pesar de esto, en casos que el interés superior lo requiera, el niño puede ser privado de su medio familiar de forma temporal o permanente. Para ello, en el artículo 20 de la Convención de Derechos del Niño, se establece que los niños “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

Cabe destacar sobre esto, lo establecido por las Directrices sobre las **modalidades alternativas de cuidado** de los niños como instrumento orientativo de la aplicación de la Convención. En las Directrices se explicita el derecho a vivir en familiar de los NNA, en tanto, en la directriz 21 se señala que el acogimiento residencial se debe limitar solo en los casos que sea acorde del interés superior del niño. Bajo esta misma lógica, en la directriz 23, se indica que se deberán elaborar estrategias de desinstitucionalización para lograr la progresiva eliminación de las residencias. Asimismo, en la observación general N°13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia del Comité de Derechos del Niño se ha establecido que tanto las familias como las familias de acogida “son las más indicadas para proteger a los niños y prevenir la violencia

Estas diferentes recomendaciones sobre familias de acogida, que buscan reforzar el derecho a vivir en familia de NNA, han sido recogidas y reforzadas en la legislación actual sobre niñez y juventud en Chile. La ley 21.430 sobre Garantías y Protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia establece en su artículo 27 que “todo niño, niña o adolescente tiene derecho a vivir en familia, preferentemente en la de origen, y completar así su adecuado desarrollo”. En los casos que sea necesaria la separación de quién tenga su cuidado por una vulneración de derechos, el mismo artículo señala que será “**incorporado a una modalidad temporal de cuidado alternativo que se ajuste a su propio interés superior, prefiriéndose las modalidades basadas en familia o una solución definitiva de cuidado en familia adoptiva**”.

Así también, la ley 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, dentro de las modalidades alternativas de cuidado de NNA, contempla tanto el acogimiento residencial como las familias de acogida como medidas de protección. De esta última, la ley ordena prioridad en la oferta programática de familias de acogida (ya sea familia de acogida extensa o externa) para los casos de NNA que deban ser privados de su medio familiar, dejando la opción residencial solo en virtud del interés superior del niño. Existe prioridad, además, que niños y niñas entre 0 y 3 sean derivados a familias de acogida, tal como lo sugieren las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños en su directriz 22, que señala que el cuidado alternativo de niños lactantes menores de 3 años debe ejercerse siempre en un ámbito familiar.

IV. El acogimiento familiar garantiza el cuidado sensible y cariñoso para la niñez que necesita medidas equivalentes a su derecho a vivir en familia

Se entenderá por acogimiento familiar “todo acogimiento en un entorno familiar que haya sido ordenado por la autoridad judicial o un órgano administrativo competente” (ONU, 2010, pág. 6). En la oferta programática de cuidados alternativos del Servicio Nacional de Protección Especializada en Chile, según datos actualizados en septiembre de 2023, **un 65% de NNA bajo cuidado alternativo están en Familias de Acogida**, y un 35% en residencias de protección. Actualmente en Chile, el 84% de las familias de acogida son extensas, siendo en su mayoría mujeres las cuidadoras (84%), especialmente abuelas (54%) y tías (31%) las que en mayor medida ejercen este rol.³

Por otro lado, el “cuidado cariñoso y sensible” dentro del acogimiento familiar es vital para el desarrollo de NNA, en especial para niños menores de 3 años. La evidencia ha establecido que niños menores de 3 años institucionalizados y sin padres pueden sufrir trastornos de desvinculación, retraso en el desarrollo y/o atrofia neuronal del cerebro en proceso desarrollo.⁴ Es por esto, que en la Ley 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, en su artículo 18 ter., indica que se debe propender a la disponibilidad de familias de acogida para todo niño o niña entre 0 a 3 años, asegurando así, la garantía del derecho a vivir en familia de NNA, al mismo tiempo, que se asegura el derecho ser cuidado obedeciendo su interés superior y autonomía progresiva.

³ UNICEF. 2019. Estudio de revisión y análisis de Programas de Familias de Acogida. <https://www.unicef.org/chile/sites/unicef.org.chile/files/2019-12/UNICEF-WD-Estudio-Familias-de-Acogida.pdf>

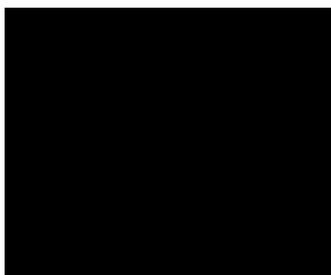
⁴ Paulo Sergio Pinheiro. 2010. Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas. https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/world_report_on_violence_against_children_sp.pdf

Las familias de acogida representan lo que se ha denominado un “**ambiente de micro-cuidado**”, donde la cotidianidad ocurre en un espacio acotado que favorece la estabilidad, intimidad y seguridad, instancia en la que el niño o niña tiene más chances de ser protagonista y que su opinión sea tenida en cuenta (García y Hamilton-Giachritsis, 2017).

En este espacio, se favorece que la vida del niño o niña se desarrolle dentro del contexto normal de un hogar inserto en una comunidad, favoreciendo su capacidad adaptativa con el entorno (Valgañón, 2014). La evidencia ha señalado que **la capacitación y la experiencia con que cuentan las familias cuidadoras al momento de establecer relación con el niño o niña resulta un elemento fundamental**, especialmente en familias externas, es decir, sin vínculo consanguíneo con el niño o niña (Buehler, Rhodes, Orme y Cuddeback, 2016; García y Hamilton-Giachritsis, 2017). Los niños/as entrevistados/as en ese estudio, recuerdan su paso por las residencias como un momento difícil, no solo por la separación de sus familiares, sino también por haber vivenciado situaciones violentas, sin contar con herramientas para enfrentarse a ellas. En ese marco, la llegada a una familia de acogida se transforma en una oportunidad para vivir más tranquilos.

V. Petición

El derecho a los cuidados, con toda la conceptualización que requerirá de parte de esta H. Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo debe ser entendida, en el contexto de la niñez, como cuidados que se le dan a la familia, sino que también debe abarcar a los cuidados que da el Estado cuando los niños, niñas y adolescentes son separados de su medio familiar para garantizar su protección. En ese sentido, el Estado debe prestar cuidados directos con medios equivalentes a las que las familias deberían prestar, y en ese sentido, medidas como el acogimiento familiar son medidas valiosas y deseables, por lo que esta modalidad debe ser considerada por lo Estados.



10