

OFICIO N° 64/2018

MAT.: Remite observaciones a Proyecto de Ley que crea el Ministerio de la Familia y Desarrollo Social (Boletín N° 11.951-31).

SANTIAGO, 20 de septiembre de 2018.

**A: HONORABLE DIPUTADO
SR. JAIME NARANJO ORTIZ
PRESIDENTE COMISION DE DESARROLLO SOCIAL, SUPERACIÓN DE LA POBREZA Y
PLANIFICACIÓN
HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS**

**DE: SRTA. PATRICIA MUÑOZ GARCÍA
DEFENSORA DE LA NIÑEZ
DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ**

Junto con saludarle cordialmente, por medio del presente Oficio y en mi calidad de Defensora de los Derechos de la Niñez, remito a Ud. observaciones institucionales efectuadas al Proyecto de Ley que crea el Ministerio de la Familia y Desarrollo Social (Boletín 11.951-31), medida relevante para avanzar en la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, sobre todo en lo que dice relación a su derecho a vivir en familia, velando siempre por su interés superior (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 16 en concordancia con el artículo 3.1).

En este sentido, en primer término se expondrán las consideraciones generales aplicables a todo el proyecto de ley pre citado para, luego, hacer apreciaciones y sugerencias de redacción al articulado de fondo.

I. Consideraciones generales: la importancia de la familia en la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia

En diversos instrumentos internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración y Convención Americana de Derechos Humanos, así como también diversos organismos internacionales, como el Comité de Derechos del Niño (Observación General N° 14 de fecha 29 de mayo de 2013), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Garantías de Derechos de NNA de fecha 30 de noviembre de 2017) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva N° 17 de 28 de agosto de 2002), reconocen a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia¹, atribuyéndole un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en las primeras etapas de su vida, debiendo ser protegido por la sociedad y el Estado.

En este sentido, nos parece relevante que de manera concreta, a través del actual Ministerio de Desarrollo Social, futuro Ministerio de la Familia y Desarrollo Social, se cumpla el deber del Estado de promover y propiciar un apoyo adecuado a todas las familias para que éstas puedan cumplir con sus responsabilidades parentales en el cuidado y la crianza de los hijos y, de este modo, garantizar la protección de niños, niñas y adolescentes y sus derechos. Ese debe ser el foco central a tener presente tanto en la tramitación legislativa como en el ejercicio de las nuevas atribuciones del Ministerio de Desarrollo Social en estas materias, con identificación y apoyo primordial a todas las

¹ Consagrado en el art. 16.3 de la Declaración Universal, IV de la Declaración Americana; 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

familias que se encuentren en una mayor situación de vulnerabilidad, prestándoles una atención especial² (familias pobres, pueblos indígenas, de un grupo étnico discriminado, monoparentales, niño o progenitores con alguna discapacidad, entre otros), tal y como lo ha señalado el Comité de Derechos del Niño.

Se releva, además, que esta modificación legal constituye una gran oportunidad en lo que dice relación con avanzar en la integralidad de la protección de la infancia y la adolescencia, haciendo énfasis y concretando, de manera efectiva, la responsabilidad del Estado de cumplir con su labor preventiva, toda vez que históricamente, no sólo en Chile, sino que en varios países de la región (tal como lo ha constatado la CIDH), las políticas públicas en la materia se han centrado en proteger al niño de situaciones de abandono o negligencia de sus progenitores, o de quienes están a su cuidado, o de violencia en el ámbito familiar, que ya han implicado la vulneración de sus derechos y frente a las que el Estado actúa, y ha actuado, interviniendo para separar al niño de su núcleo familiar con el fin de garantizar su seguridad, ofreciendo una modalidad alternativa de cuidado, sea temporal o permanente, pero no realizando acciones preventivas que tiendan al fortalecimiento de la familia, como espacio primero de protección y cuidado de todo NNA. Lo anterior resulta fundamental en el entendido que un actuar preventivo efectivamente puede permitir reducir los factores de riesgo que impliquen que NNA sean privado de su derecho a vivir en familia y, como consecuencia a ello, de otros derechos consagrados en la Convención.

Nos parece adecuado que sea en el Ministerio de Desarrollo Social donde se radique esta obligación, por el reconocimiento de que, dentro de otros factores de vulnerabilidad, la pobreza y la ausencia de medios de las familias, para proporcionar un nivel de vida adecuado, tienen repercusiones profundas y muchas veces irreversibles en los NNA y el ejercicio efectivo de sus derechos, siendo éste uno de los factores predominantes en Chile de institucionalización de los NNA en residencias del SENAME o de organismos colaboradores, de conformidad a lo señalado en el Informe de Naciones Unidas, de fecha 1 de junio del presente³, evacuado con posterioridad a la misión de observación realizada durante el 2017 en territorio nacional. **La pobreza no puede ser por sí sola la causa de la separación del niño de sus padres o cuidadores**, sino que debe considerarse como un indicio de la necesidad de tomar medidas para apoyar a las familias a través de la generación de una política pública adecuada para ello.

Por lo previamente señalado, y sin perjuicio de reconocer la importancia de esta modificación legal, desde la Defensoría de los Derechos de la Niñez lamentamos la ausencia de esta visión en el mensaje presidencial del presente proyecto de ley, ausencia que ha redundado en que esa visión tampoco se encuentre presente a lo largo del articulado propuesto.

También nos parece lamentable la omisión del proyecto en relación con el reconocimiento expreso del deber que tiene el Estado en la consideración permanente e ineludible en su accionar del interés superior del niño, (“consideración primordial” en los términos de la Convención) a la que se debe atender al tomar toda medida, sea administrativa, judicial o legislativa (tal y como se señala en la Observación General N° 14)⁴.

La protección de la infancia no sólo dice relación con que el Estado debe actuar cuando ya se han vulnerado los derechos de los NNA, sino que tiene la obligación de prevenir la vulneración de dichos derechos, creando las condiciones para la detección de posibles vulnerabilidades, en este caso, en el seno de la familia, evitando su institucionalización y protegiendo el derecho del NNA a vivir en familia.

² Debe tenerse en cuenta las situaciones de vulnerabilidad de las familias y del NNA.

³ Dicho Informe señala, dentro de otras cosas, que la pobreza es la principal causa de internación de NNA en centros residenciales, lo que además infringe el art. 2 de la Convención (no discriminación).

⁴ Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y por ello es que las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses.

I. Comentarios en particular: revisión del articulado.

En relación con el articulado propuesto, se remiten las siguientes observaciones específicas, basadas en los criterios planteados en las observaciones generales. En miras al orden, es que se han dividido los comentarios en atención a los temas que aborda el proyecto de ley en análisis, que modifica la actual Ley N° 20.530.

1. Modificaciones generales en las denominaciones e incorporaciones de conceptos al articulado.

A lo largo de la propuesta normativa, se hacen una serie de adecuaciones en las denominaciones a utilizar en atención al nuevo foco de protección a la familia que se pretende incorporar al actual Ministerio de Desarrollo Social.

Observaciones:

Desde la Defensoría de los Derechos de la Niñez, no tenemos mayores observaciones sobre estas modificaciones propuestas al articulado contenido en la Ley N° 20.530, entendiendo que es parte de la concordancia normativa necesaria que debe existir en miras a la incorporación en el cuerpo legal del nuevo foco que se pretende tenga, en los temas de familia, el actual Ministerio de Desarrollo Social.

2. Protección sólo a las familias en situación de vulnerabilidad o vulnerabilidad potencial.

El proyecto de ley agrega un nuevo inciso segundo al artículo 1° de la Ley N° 20.530, a través de la cual se señala que se otorgará protección social a aquellas familias que se encuentren en situación de vulnerabilidad o de vulnerabilidad potencial, en los siguientes términos:

b) *Agrégase el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual segundo a ser tercero y así sucesivamente:*

“El Ministerio de Familia y Desarrollo Social colaborará también con el Presidente de la República en el diseño, implementación y coordinación de políticas, planes y programas destinados a brindar protección social a aquellas personas o grupos y familias que, sin ser vulnerables, pueden verse enfrentadas a contingencias o eventos adversos, que podrían conducirlos a una situación de vulnerabilidad.”

Observaciones:

En atención a lo ya señalado en las consideraciones generales, respecto a la necesidad de la protección de la familia, de todas las familias, por su importancia en la protección de los derechos de los NNA, es que en opinión de esta Defensoría, **no sólo debe protegerse a aquellas que se encuentren evidentemente en situación de vulnerabilidad, o en vulnerabilidad potencial**, sino que la política pública a desarrollar debe enfocarse en el fortalecimiento de todas las familia en general, consignando énfasis específicos para aquellas en mayor situación de vulnerabilidad, pero sin que exista exclusión a priori de ningún tipo de familia. Ello, en el entendido que la familia es el medio natural de crecimiento y desarrollo de todos sus miembros, y en particular de los NNA que forman parte de ella, desde un rol preventivo del Estado en la protección de la infancia y adolescencia, de manera integral.

Por otra parte, en relación a los conceptos utilizados en la redacción del nuevo inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 20.530, resulta importante saber qué se entenderá por “contingencias o eventos adversos” que podrían conducir a las familias a una situación de vulnerabilidad. Una alternativa es que se señale en el texto legal, a modo ejemplar y en ningún caso taxativo, algunas de esas contingencias o eventos adversos (a través de un “tales como...”) para así orientar la política pública que se debe implementar en la materia.

3. Definición legal de enfoque familiar.

c) *Reemplázase el actual inciso tercero, ahora inciso cuarto, por el siguiente:*
“El Ministro de Familia y Desarrollo Social velará por la coordinación, consistencia y coherencia de las políticas, planes y programas en materia de equidad y/o desarrollo social, a nivel nacional y regional, desde un enfoque familiar, en los casos que corresponda. Se entenderá por enfoque familiar, la comprensión del individuo no en forma aislada sino que en el contexto de su entorno. Asimismo, el Ministerio de Familia y Desarrollo Social velará por que dichos planes y programas se implementen en forma descentralizada o desconcentrada, en su caso.”

Observaciones:

La importancia de esta propuesta es que se incorpora la definición legal de “enfoque familiar”, concepto que tendrá incidencia en otros proyectos de ley que actualmente se encuentran en tramitación, o que prontamente se ingresarán al Congreso Nacional. Desde la Defensoría de los Derechos de la Niñez, lamentamos que no se encuentre presente ni visible el interés superior del niño y su derecho al desarrollo integral y armonioso en estas propuestas normativas, dado que sólo se menciona al individuo, pero no como parte de una familia, ni tampoco a los niños, niñas y adolescentes que forman parte de ella.

De otro lado, resulta cuestionable el modo tautológico en que se define el concepto de entorno familiar. Pareciera que se busca acotar este enfoque a través de su denominación (“enfoque familiar”) pero luego al definirlo apreciar que es bastante amplio y, además, indeterminado en su contenido (“entender al individuo en el contexto de su entorno”). Es de suma relevancia la definición específica del concepto al establecer una regulación legal, sobre todo si dicha definición es aquel eje central para el posterior diseño e implementación de una política pública en esta materia.

Según la RAE, entorno es el “ambiente, lo que rodea”. De esta forma, por enfoque familiar se entendería algo más amplio que lo que se busca definir en el proyecto y, en ese sentido, es sumamente importante saber cuál será la intención del legislador al definir este concepto, lo que no queda claro a través del mensaje del proyecto de ley, teniendo presente que en éste, respecto del concepto de enfoque familiar, se señala *“Bajo este nuevo enfoque, el nuevo Ministerio de Familia y Desarrollo Social mirará y comprenderá a la persona desde un enfoque y contexto familiar, entendiendo que, para dar respuesta a las necesidades de una persona, debemos mirar la **situación de toda su familia** y no solo la situación particular y aislada de ésta.”*

Así las cosas, si lo que busca el legislador es mirar la situación de toda la familia del individuo, ello incluye factores sociales, económicos, culturales, familiares, educacionales, entre otros, que forman parte de su entorno, haciendo que el enfoque sea social (los engloba a todos) los que podrían perfectamente explicitarse para llenar de contenido esta mirada, en caso que eso sea lo que se busque.

En ese sentido, es que la Defensoría de los Derechos de la Niñez propone la siguiente incorporación al articulado: *“Se entenderá por enfoque familiar, la comprensión del individuo **y en particular del niño, niña y adolescente que forma parte de una familia**, no en forma aislada sino que **teniendo en consideración su contexto sociofamiliar**.”*

4. Definición legal de familia

4) *Agrégase en el artículo 2º, el siguiente numeral 1) nuevo, pasando el 1) a ser 2) y así sucesivamente:*

“1) Familia: núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de naturaleza afectiva y de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos.”

Observaciones:

En particular, desde la Defensoría de los Derechos de la Niñez, se valora el hecho de que en el presente proyecto de ley se haya incorporado una definición de familia, que a nuestro juicio cumple con la mayoría de los estándares internacionales. Estos mandatan que el concepto de familia debe ser comprendido en su más amplio espectro, para garantizar el reconocimiento de los vínculos afectivos diversos y respetar la orientación sexual y la identidad de género de las personas, así como la protección de los NNA pertenecientes a las distintas familias, no debiendo encasillarse sólo el concepto tradicional de la misma.

Sin perjuicio de ello, en relación al concepto de familia que provee el proyecto de ley, la nos permitimos realizar dos observaciones:

- a) Consideramos que sería una gran oportunidad para que el concepto de familia que plantea el presente proyecto **sea el aplicable a todo el ordenamiento jurídico, de manera integral y general**⁵, y no sólo para los efectos de esta ley (algo que señala tanto el mensaje presidencial, así como el enunciado del artículo 2 de la Ley Nº 20.530, donde se incorporaría esta definición). Lo anterior sobre todo teniendo en consideración el proyecto de ley que crea el Servicio de Protección de la Niñez, que menciona en innumerables ocasiones el concepto de familia para efectos del trabajo conjunto que se pretende realizar con la familia y el NNA separado de la misma, en miras a su interés superior, no definiendo qué se entiende por familia, por lo que se debería remitir a este concepto.
- b) Además, y en relación al contenido de fondo de la definición, como ya se adelantó previamente, la omisión en el mensaje presidencial de la consideración al interés superior del niño y del rol e importancia de la familia en la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, tuvo también como consecuencia la ausencia de estas consideraciones en el contenido de fondo de la presente modificación legislativa. En este sentido, se define el concepto de familia, en base a considerarlo el núcleo fundamental de la sociedad, omitiendo que es el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular de los NNA, lo que relevaría su rol en la protección de sus derechos.

En consideración a lo anterior, es que desde la Defensoría de los Derechos de la Niñez, se propone la siguiente redacción: ***“Familia: núcleo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular de los niños, niñas y adolescentes, compuesto por personas unidas por vínculos de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de naturaleza afectiva y de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos.”***

Nueva facultad artículo 3 letra x) de la Ley Nº 20.530 y ejercicio de la misma por parte de la Subsecretarías.

- 5) *Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 3°:*
 - a) *Agrégase una letra x) nueva, pasando la actual letra x) a ser y), del siguiente tenor:*

“x) Promover el fortalecimiento de la familia y el rol que ésta cumple en el ámbito de la vida en sociedad, potenciando el desarrollo, el trato digno y el apoyo mutuo entre quienes la componen, propendiendo a su estabilidad y proyección en el tiempo.”

Por su parte, esta facultad la ejercerán las tres Subsecretarías dependientes del Ministerio de Desarrollo Social, en base a lo señalado por el proyecto de ley y que se transcribe a continuación:

- 6) *Reemplázase en el artículo 5, la expresión “v) y w)” por la siguiente: “v), w) y x)”.*
- 7) *Reemplázase en el artículo 6, la expresión “s) y u)” por la siguiente: “s), u) y x)”.*
- 8) *Reemplázase en el artículo 6° bis, la expresión “u) y w)” por la siguiente: “u), w) y x)”.*

⁵ Los organismos internacionales han instado constantemente a los Estados Parte al reconocimiento amplio del concepto de familia en las diversas jurisdicciones, de modo tal de garantizar los derechos humanos de todos sus integrantes, particularmente de NNA.

Nos parece relevante el hecho de que la nueva función dispuesta en la letra x) del artículo 3, relativa al fortalecimiento de la familia, se realice y ejecute entre las tres Subsecretarías dependientes del Ministerio de Desarrollo Social (a través de la incorporación de esta facultad en los artículos 5, 6 y 6 bis de la Ley Nº 20.530), empero es imprescindible que quede claro quién será el responsable específico de esta nueva función, pues de mantenerse la propuesta del proyecto se podrá diluir la responsabilidad al no quedar una entidad pública específica como responsable visible de la misma (dado que es una función que será ejercida por las tres Subsecretaría, sin explicitar a un coordinador responsable de su generación).

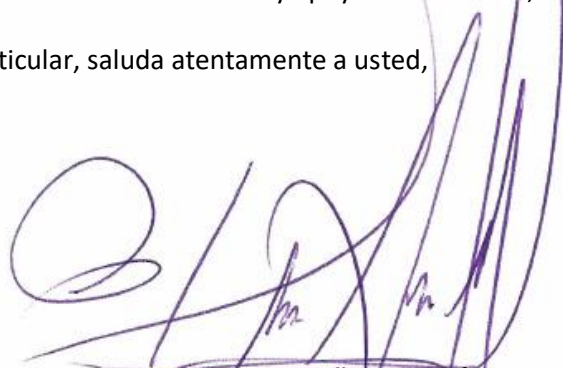
Además de lo anterior, nos parece que es necesario que la ley le dé efectivo contenido a la atribución propuesta, permitiendo un claro y concreto desarrollo de qué involucrará esta facultad. ¿A través de qué mecanismos o acciones se promoverá el fortalecimiento de la familia? ¿Planes, acciones, programas?, etc.

En relación al contenido de la nueva facultad, se sugiere incorporar lo siguiente: ***“Promover el fortalecimiento de la familia y el rol que ésta cumple en la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia y en el ámbito de la vida en sociedad, a través del diseño, implementación y evaluación de programas, planes y políticas específicas, a cargo de la Subsecretaría XX, con la finalidad de potenciar el desarrollo, trato digno y apoyo mutuo entre quienes la componen, propendiendo a su estabilidad y proyección en el tiempo y a su protección por parte del Estado y la sociedad en su conjunto.”***

No sólo debe relevarse el rol de la familia en la sociedad, sino que es fundamental que se releve su impacto en la protección de la niñez y la adolescencia, tal y como se ha comentado previamente.

La Defensoría de los Derechos de la Niñez, reitera la importancia de este proyecto, que lejos de sólo significar un cambio de nombre Ministerial, es la oportunidad para lograr, de manera efectiva y real, el cumplimiento por parte del Estado de Chile de su obligación de prevenir vulneraciones de derechos de la infancia y la adolescencia, a través del fortalecimiento de todas las familias, siendo necesario, por tanto, que se especifique qué Subsecretaría, en coordinación con los demás órganos del Estado, ejercerá la responsabilidad concreta en el diseño, implementación y evaluación permanente de las políticas públicas en esta materia, a través de la explicitación de acciones destinadas a que la generación de espacios reales de atención y apoyo a las familias, a todas las familias.

Sin otro particular, saluda atentamente a usted,



PATRICIA MUÑOZ GARCÍA
DEFENSORA DE LA NIÑEZ
DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

PMG/WAL

- Destinatario
- Archivo Defensoría de los Derechos de la Niñez