

EL PERITAJE SOCIAL CON ENFOQUE DE DERECHOS, NUEVOS PARADIGMAS A PARTIR DE LAS REFORMAS JUDICIALES

Sergio Andrés Henríquez Galindo¹

Sin ser un experto en el tema de las pericias sociales, he podido observar cambios dramáticos en el ejercicio de dicha profesión en lo que respecta a la realización de sus informes sociales, lo que hoy llamamos “pericias sociales”. La verdad es que resulta extraño hablar de pericia social, debido a que el término más común, enseñado en sus escuelas y solicitado desde siempre por los tribunales es el “informe social”.

Lo que a continuación plantearé es una hipótesis:

El peritaje social nació al implementarse la Reforma Procesal Penal.

Esta hipótesis es seguida de otra aún más fundamental, y que pretendo destacar:

El peritaje social se diferencia del antiguo informe social en que sus fundamentos incorporan el corpus iuris normativo de derechos humanos.

En relación a la primera hipótesis, algunos podrán decir desde lo jurídico, que ello no es cierto, en la medida que el peritaje es un medio de prueba definido desde hace mucho tiempo ya en el Código de Procedimiento Penal, el Código Civil y otras leyes antiguas. Estas normas definen el peritaje como un medio de prueba consistente en el informe que hace un experto de alguna ciencia o arte, sobre un asunto de un caso concreto. Perito, puede ser el médico titulado en la Universidad “X” o el chamán de la comunidad “X”. Para los

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Magíster © en Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Universidad Diego Portales. Consultor de Puentes Consultores.

efectos, importaba que esa persona fuese experto/a en un área del saber determinada, importante para resolver algunos puntos de prueba del proceso. La Asistente Social era experta en asuntos de marginalidad, pobreza y desamparo, menores y delincuencia, en definitiva, en evaluar el “riesgo social”. Por tanto, desde esa perspectiva, si un juez quería saber si alguien estaba o no en “riesgo social”, o si un niño estaba en “Situación Irregular”², por ejemplo, recurría al peritaje de una asistente social, quien realizaba un informe.

Como también sabemos, pronto los tribunales de menores, mixtos (de letras) e inclusive algunos tribunales civiles, incorporaron entre sus funcionarios/as a los asistentes sociales. Normalmente (casi sin excepciones) eran mujeres, y su trabajo era ir a los hogares de quienes se decía estaban en riesgo social, para efectuar un análisis en profundidad, a partir de entrevistas y la observación directa, y finalmente evacuar un “informe social”, el cual era incorporado al expediente del caso y tomado en consideración a la hora de resolver.

Con el surgimiento de SENAME, numerosas ONGs, actualmente “colaboradores acreditados”³, ejecutaron proyectos de protección de derechos, en los que existían equipos formados, normalmente, por asistentes sociales y psicólogas. De estos centros emanaban informes sociales, informes psicológicos, y los más comunes de todos, informes psico-sociales.

Las personas naturales podrán ser reconocidas como colaboradores acreditados, para el solo efecto de desarrollar la línea de acción de diagnóstico, en conformidad con el procedimiento dispuesto en el inciso Anterior”.

Así pasó mucho tiempo⁴. La Asistente Social nace como profesión para, entre otras cosas, satisfacer la necesidad de control de las familias, por medio del Tribunal de Menores. Al

² Donzelot, Jaques, explica que el origen del concepto “Irregular”. “Irregular, la palabra gusta, porque no es demasiado médica, aunque conserve la idea de anomalías trasladada a un plano más bien moral. En el concepto petainista era conveniente. Lo esencial de la clasificación quedará: 1), los enfermos mentales y orgánicos graves, que dependen del hospital psiquiátrico; 2), los deficientes intelectuales, que serán distribuidos, según la gravedad, entre el hospital psiquiátrico, los institutos médico-pedagógicos y los institutos médico-profesionales; 3), los trastornos del carácter, que serán distribuidos en los internados de reeducación y en los patronatos; 4), los inadaptados escolares, que serán ingresados en los centros médico-psico-pedagógicos; 5), los niños que sufren las deficiencias de su medio”. En “La Policía de las Familias”, Editorial Pre Textos, 2ª Ed., 1998, página 147.

³ La Ley N° 20.032 define los Colaboradores Acreditados, en su artículo 4º N° 1 como “las personas jurídicas sin fines de lucro que, con el objeto de desarrollar las acciones a que se refiere el artículo anterior, sean reconocidas como tales por resolución del Director Nacional del SENAME, en la forma y condiciones exigidas por esta ley y su reglamento”.

⁴ El primer tribunal de menores se creó en 1899 en Illinois, EE.UU, por medio de la Juvenile Court Act. En Chile, si bien la Ley Sobre Protección a la Infancia Desvalida N° 2.675 entró en vigencia el año 1912, el

respecto Donzelot señala que “los primeros educadores y las primeras asistentes sociales son promovidos por el poder judicial que les dice: ‘Existe un considerable número de niños mal atendidos que escapan a toda autoridad. No podemos ni queremos meterlos en la cárcel. Así pues, id, observad sobre el terreno. Haced lo pertinente para que los padres cumplan con su deber. No podrán rechazaros, puesto que acabamos de votar una serie de leyes de protección a la infancia que os autorizan a sobrepasar la autoridad paterna. Os damos mandato para ejercer vuestra autoridad y obligar a la familia’”⁵.

Pese a las definiciones legales, todas estas actividades, no pueden, en estricto rigor, compararse con el “peritaje” que es requerido después de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. Y veremos que ello no es posible porque el nuevo sistema demanda formas de intervenir y de efectuar el peritaje, diametralmente distintas a las ejercidas con anterioridad a la reforma judicial señalada.

El antiguo (aunque todavía muy actual, como veremos más adelante) informe social, se construía en base a necesidades. En un caso de alimentos, ¿qué necesita el niño o la niña? Necesita lo suficiente para poder vestirse, comer, vivir bajo un techo e ir a la escuela. Lo que se diera en definitiva como pensión alimenticia, dependía del estándar de vida de la familia, en lo que se conocía como la distinción entre “alimentos necesarios” y “alimentos congruos”⁶, siendo los primeros los requeridos para subsistir mínimamente, y los segundos, los requeridos para vivir conforme el estándar de vida (posición social) que regularmente tenía la familia.

Con la eliminación de la distinción antedicha, se asumió que los alimentos correspondían a lo que se entendía por “alimentos congruos”.

La asistente social entonces se encamina a realizar su labor, revisando la casa, si hay comida en la olla, si duermen en piezas separadas o todos juntos, si hay moscas, el olor, las visitas, si los niños están en casa, entre otros elementos. El informe entonces contenía los siguientes puntos, aunque de caso en caso puede variar levemente:

sistema de Menores propiamente tal entró en pleno vigor con la promulgación de la Ley N° 4.447 de 1928 . Sobre la prácticamente nula aplicación de la Ley N°2.675, ver Milanich, Nara, “¿A la sombra de la Ley ? Los niños en la historia y sociedad de América Latina”, ponencia presentada en el Seminario-Coloquio Universitario Internacional sobre Derechos del Niño: Fundamentos Históricos, Sociológicos y Teórico-Jurídicos de un Nuevo Enfoque sobre la Infancia, 22 de junio de 2005, organizado por la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

⁵ Donzelot, Jacques. Op. Cit., página 150.

⁶ El antiguo artículo 413 del Código Civil definía los alimentos Congruos como “los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”, y los alimentos Necesarios como “los que le dan lo que basta para sustentar la vida”.

- Antecedentes del caso
- Tribunal u organismo solicitante
- Descripción de técnicas
- Historia familiar
- Relatos, aplicación de instrumentos
- Conclusiones
- Sugerencias

Si el caso se inició por infracción de ley de algún menor de edad, el informe también incluía la situación de falta de higiene y cultura callejera de su hermano menor, el alcoholismo de su padre y el maltrato de la madre. Sugería medidas de protección para los otros niños, e incluso puede hacer referencia a los amigos del niño quienes visitaron la casa y que presentaban mal aspecto.

La Reforma Procesal Penal trajo consigo un sin número de cambios, los que luego fueron reforzados por las reformas de los Tribunales de Familia y la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Pero el cambio más fuerte fue el de paradigma, en el que se aplicaba efectivamente un debido proceso.

Los tribunales de menores, amparados en la Ley N° 16.618, se escudaban en la noción de protección para ejercer un poder punitivo sin forma de proceso, sin límites ni garantías mínimas. García Méndez señala al respecto: “Para que el Estado pueda ejercer las funciones de “protección y control” (resulta imposible separar ambos términos), es necesario modificar radicalmente los principios procesales propios del derecho iluminista. (...) Pero la piedra angular de las reformas se basa en alterar sustancialmente las funciones del juez. El famoso profesor de Derecho Penal, A. Prins, delegado belga al Congreso de París, afirma que la jurisdicción de menores debe poseer un carácter familiar y que el juez de menores debe ser un padre y un juez de vigilancia. Con tonos diversos, todos los delegados coinciden en el principio anterior, cuyo requisito de plena realización pasa por la anulación de la figura de la defensa. (...) La delegada belga por la Comisión Real de Patronatos, Madame Henry Carton de Wiart, lo expone con estas palabras: “La medida de la puesta en libertad vigilada debe revestir las características de una sentencia

indeterminada. Un término fijo constituye una protección temporario. Una sentencia indeterminada convierte la protección en permanente”⁷.

Pese a que la Convención de los Derechos del Niño había sido ratificada en 1990, no fue sino después de la Reforma Procesal Penal, y luego con más fuerza con la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes, que se exigió el respeto por los artículos 37 y 40 de la Convención ya señalada. El derecho a un abogado, aguardar silencio, entre otros, sólo empezó a aplicarse desde estas grandes reformas. El principio de objetividad de la investigación del fiscal, el principio adversarial, la oralidad y la inmediatez, configuraron un nuevo entorno en el que el tradicional “informe social” ya no tenía cabida.

Una queja constante de los fiscales, al comienzo de la reforma, fue la mala calidad de los informes. Pero, ¿a qué se debía esta deficiencia, nunca antes vista en los antiguos procesos? Precisamente a que no respondían a los nuevos estándares establecidos en el nuevo proceso penal. No se respondía lo que se requería, se describían problemas que no eran objeto de la pericia encargada, y se solicitaban medidas de protección asumiendo que los hechos denunciados eran efectivos. Todos estos elementos hacían del informe social o psico-social un pésimo instrumento, atacable desde muchos flancos por la contraparte, y que en muchos casos ni siquiera se enfocaba en lo solicitado.

Por otro lado, los fiscales empezaron a utilizar la plasticidad del sistema probatorio penal, y se comenzó a pedir informes sobre asuntos que antes no eran abordados en un informe social: por ejemplo, “informe de daños a partir de la evaluación indirecta de terceros”, “gananciales de la madre al interponer la denuncia”, “dinámica relacional”.

Comenzaron a aparecer contextos no familiares en los que se solicitaban las pericias, como por ejemplo las “caletas” en las que vivían niños, sin una estructura tradicional familiar.

Pero sobre todo, lo que más impactó al quehacer de los trabajadores sociales, fue el cambio de un paradigma de “necesidades”, a un paradigma de “derechos”. Este paradigma los ha impactado tan fuerte, que aún hoy es difícil encontrar a profesionales del área con esta noción clara. Aún hoy se repiten los mismos problemas que se iniciaron con la reforma procesal penal.

En el actual proceso penal, y esta es la propuesta central de este ensayo, lo que se pide no es saber lo que necesita el niño, niña o adolescente, sino cuáles son sus derechos vulnerados, y dependiendo del caso, cómo se obtendría el efectivo goce de estos derechos.

⁷ García Méndez, Emilio. “Infancia, de los derechos y de la justicia”, Editores del Puerto, 2ª edición actualizada, 2004, páginas 33 y 34.

No entremos todavía en ejemplos penales, volvamos a los alimentos. Si en el enfoque de necesidades se requería saber qué era lo que necesitaba el niño para comer, vestirse, abrigarse y estudiar, en el enfoque de derechos lo que se busca es determinar qué derechos humanos le han sido vulnerados, y cómo se puede asegurar el efectivo goce de estos derechos, por ejemplo, señalando el monto en dinero que sería necesario para dar cumplimiento a estos derechos. Y luego, si el alimentante no puede cubrir dichos gastos, indicar que es el Estado quien entonces debe proporcionárselo, por medio de las redes sociales que indicará en su informe.

Esa es la diferencia. A partir de la Reforma Procesal Penal nace lo que hoy estudiamos como “peritaje social”. Piénsese que antes de esta Reforma no existían programas académicos que impartieran clases sobre este tema. No era necesario, pues en los pregrados de las carreras de Trabajo Social se pasaba el “informe social”, el cual solía incluir formatos tipo, que respondían al enfoque de necesidades del juez de menores.

Volviendo a los ejemplos penales, cuando se solicita un peritaje social, éste debe centrarse sólo en lo que solicita el Fiscal, y no en otra cosa. Si el fiscal solicita dinámica relacional de la madre con el hijo, y posibles gananciales que pueda tener la madre en la denuncia de un abuso sexual en contra de su ex pareja, entonces debe informar de ello exclusivamente. Si el defensor solicita un informe de arraigo social y sólo eso, de nada más puede versar el peritaje, pues todo lo ajeno puede ser contraproducente en la teoría del caso de quien solicita la pericia, y puede ser utilizado por la parte contraria en su beneficio. De esta forma el perito social incorpora en su trabajo el principio adversarial, indispensable para un debido proceso.

Pero además de lo anterior, los trabajadores sociales han de ajustar su trabajo también a otros elementos, nacientes de este nuevo sistema, y que pasaremos a revisar:

Un peritaje tiene básicamente cuatro límites:

- Los límites y normas de la técnica utilizada.
- Los límites y normas de la ética profesional
- La ley
- Los derechos humanos

Los límites y normas de la técnica utilizada constituyen un límite

básico pero debe tenerse en cuenta, sobre todo a la hora de realizar informes interdisciplinarios, como los llamados psico-sociales, en los que ya se sabe, ha pasado, los trabajadores sociales se atribuyen conclusiones que solo pueden ser fundadas desde una técnica psicológica. Tener claridad de la técnica utilizada y las conclusiones posibles de sostener en dicha técnica es fundamental para no perder credibilidad en un eventual juicio oral.

Los límites y normas de la ética profesional, corresponden a las normas básicas de ética que normalmente siempre se deben respetar, como el secreto profesional, no falsear o torcer la información, entre otros aspectos básicos. A ello agregar a una dimensión de ética de Derechos Humanos, pero este es un tema a ver en otro trabajo.

La Ley por supuesto constituye un límite en el actuar del perito. Un ejemplo burdo es la prohibición de entrar en la casa de alguien sin su autorización. Ello ser a un delito. Pero además tenemos linderos más borrosos, como lo que sucede con el deber de denunciar. ¿Se debe denunciar un delito que narra un entrevistado en el contexto de un peritaje, aunque dicho delito no diga relación con el caso en concreto?

Los Derechos Humanos configuran finalmente, el más novedoso y desconocido marco de los peritajes sociales. No porque los Asistentes o Trabajadores Sociales hayan violado sistemáticamente los derechos humanos, sino porque en definitiva, éste elemento se vuelve el centro de sus peritajes, y la razón última de su intervención. Es el material de fondo de su intervención social fundada. Los límites dados por el corpus iuris normativo de los Derechos Humanos dan una guía ineludible en el contexto de las reformas judiciales, y por tanto constituyen un marco que atraviesa todo el proceso del peritaje.

Así, cuando un perito social realiza su trabajo por encargo de un defensor, debe estar consciente de que lo que está en juego es el derecho a la defensa, garantía fundamental del debido proceso, y sin que ello afecte su objetividad como perito, debe proceder en el estricto margen dado por la solicitud del defensor, pues salirse de ese margen es en definitiva vulnerar el derecho a la defensa de forma ilegítima. Además, tanto las técnicas utilizadas como cualquier tipo de intervenciones realizadas en el desarrollo del peritaje deben adecuarse al respeto a los derechos humanos, la ley y la ética, además de las reglas de la pericia social encargada. Si se solicita informar arraigo social, se debe informar no solo el hecho de que el imputado está inscrito en un club de fútbol, que está en un trabajo o que sea un buen feligrés de su capilla. Muchas veces, se sabe, estos elementos son de reciente data, preconstituidos para aprobar el examen. Arraigo social quiere decir redes sociales estables, proyección y esperanza de surgir, es decir, contar con un espacio social

adecuado que lo motive a respetar los derechos de los demás y avanzar en su continuo progreso social. Puede que algunos de estos elementos no existan, pero en ese caso, se debe buscar la causa de ese desarraigo. Pues en todo caso, la falta de redes sociales y de oportunidades constituye en definitiva un atropello a los derechos económicos, sociales y culturales de esa persona, y la responsabilidad de ese detrimento recae en todo caso sobre el estado, lo cual debe ser expresado en el informe, si así se constata.

Si en cambio, el peritaje es solicitado por el Fiscal, el perito debe también centrarse exclusivamente en los requerimientos prescritos por el fiscal, manteniendo su objetividad dentro de dicho margen. Salirse de éste, implica debilitar las herramientas del fiscal para justificar su acusación, establecer los medios adecuados para continuar su investigación, en definitiva, entorpece la persecución de los delitos, en perjuicio directo de la víctima y de la investigación. Al igual que en el caso de la defensa, tanto las técnicas utilizadas como cualquier tipo de intervenciones realizadas en el desarrollo del peritaje deben adecuarse al respeto a los derechos humanos, la ley y la ética, además de las reglas de la pericia social encargada. Piénsese en un delito sexual, en el que se encarga determinar el daño causado a un niño o niña que por su edad no puede hablar o expresarse correctamente. Obviamente no se pueden utilizar técnicas psicológicas de relato de la víctima, pero puede registrarse la observación indirecta del daño observado por terceros, parientes, padres, hermanos/as, vecinos, etc. Ello debe hacerse respetando íntegramente los derechos humanos de los sujetos a quienes se les aplican los instrumentos, cuidando sobre todo los derechos de la víctima. Este peritaje debe centrarse fundamentalmente en los derechos humanos vulnerados: integridad o indemnidad sexual, según sea el caso, integridad física, psicológica, derechos sociales, la dignidad, el interés superior del niño.

En materia de Familia, el peritaje solicitado por el juez o jueza de familia debe centrarse en los derechos vulnerados, no en las necesidades no cubiertas. La mirada tutelar no tiene cabida en lo relativo a los derechos y la autonomía de los niños y niñas, en el sentido de que se lo debe protegerse la capacidad progresiva de autodeterminarse de los niños, niñas y adolescentes. En este contexto, se deben examinar qué derechos humanos han sido vulnerados, y recomendar por ende las formas más adecuadas de dar efectivo goce a estos derechos. Por otro lado, y al igual que en materia penal, el peritaje debe centrarse exclusivamente en lo solicitado por el tribunal, y no extenderse a otros elementos no solicitados, pero a diferencia del ámbito penal, si en el curso del peritaje se observan otros niños o niñas que pudiesen presentar vulneración de derechos, ello debe enunciarse en el peritaje y sugerirse, para tales efectos, la revisión de tal situación por parte del tribunal en una causa diferente. Esto porque el procedimiento de familia establece estándares menos restrictivos que el proceso penal, al tener ambos procedimientos fines distintos. Pero no

debe abusarse de esta mayor flexibilidad del proceso de familia, siempre debe estar en centro del peritaje lo estrictamente solicitado por el tribunal. Finalmente, y al igual que en el proceso penal, tanto las técnicas utilizadas como cualquier tipo de intervenciones realizadas en el desarrollo del peritaje deben adecuarse al respeto a los derechos humanos, la ley y la ética, además de las reglas de la pericia social encargada.

Tomando en consideración los elementos entregados, espero haber dado argumentos suficientes para distinguir lo que es en definitiva un peritaje social actual, a diferencia del llamado informe social. Un peritaje social mide vulneración de derechos, no mide riesgo social, ni se extiende a aspectos no consultados en la solicitud de pericia. Sus principios incluyen el corpus iuris normativo de derechos humanos, el cual es su fundamento y límite. Tanto en materia penal como en materia de familia, ésta debe ser la mirada con la que se construye un peritaje social post reformas, y que la distinguen sustancialmente del antiguo informe social. No se trata pues de una mera actualización del formato del informe social, sino de un cambio de paradigma, al que los trabajadores y trabajadoras sociales deben adscribirse, sino quieren quedar obsoletas como la Ley N° 16.618.