



UNIVERSIDAD
SAN SEBASTIAN

A
NUA
RIO

2014

IDEJ

INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS
FACULTAD DE DERECHO

ÍNDICE

I.	PRESENTACIÓN.....	5
II.	SECCIÓN DE EXTENSIÓN.....	8
III.	SECCIÓN INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	15
1)	PARTE PRIMERA, ARTÍCULOS.....	17
	A. Robert Concha	17
	Visión crítica del procedimiento monitorio laboral a la luz del debido proceso. Problemas prácticos y su posible solución.	
	B. B. Hugo Cifuentes/Marco Vásquez	39
	La OISS y su informe sobre la seguridad en el trabajo en Chile	
	C. Sara Báez	52
	La responsabilidad del empleador a propósito del mobbing o acoso moral	
	D. Julio Muñoz	61
	De la comprensión de un proceso constituyente para Chile	
	E. Nicolás Orellana	71
	Los problemas de constitucionalidad que presenta el artículo 390 del Código Procesal Penal a la luz del derecho a defensa, en particular con el derecho que tiene el imputado a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa y a presentar prueba de descargo.	
	F. Alejandra Godoy	81
	Análisis de las penas mixtas del párrafo 2° del título V de la ley n° 18.216	
2)	PARTE SEGUNDA, PONENCIAS.....	111
	A. Francisco Hermosilla	112
	Jurisprudencia ley n°20.603	
	B. Leonardo Moreno	117
	Aplicación de la nueva ley 20.603 Desde la perspectiva de la defensa	
	C. Jessica Arenas	124
	Género vejez y maltrato*	

antelación por alguno de estos crímenes o simples delitos contemplados en esas leyes, por sentencia ejecutoriada, hayan cumplido efectivamente o no la pena, a menos que se les reconozca la circunstancia atenuante del artículo 22 de la Ley N° 20.000. “Debe entenderse que la prohibición rige únicamente para aquellos casos en que la segunda condena también se refiere a delitos contemplados en dichas leyes relacionadas con estupefacientes, pues así lo constata la historia de la ley, donde la inclusión de esta segunda parte del inciso tercero tuvo por objeto incluir en esta ley la prohibición ya contemplada en el artículo 62 de la Ley N° 20.000, pero con la ampliación a otras leyes anteriores sobre la misma materia en virtud de las cuales se impusieron condenas anteriores a la misma persona. Así, interpretar lo contrario, llevaría a la conclusión de que aquellos condenados por las Leyes N° 18.403, 19.366 y 20.000, que hayan cumplido su condena mediante una pena sustitutiva, no podrían optar a ninguna pena sustitutiva si posteriormente son condenados por un nuevo delito, cualquiera sea la naturaleza o efecto buscado durante la tramitación. En ese sentido, sólo se buscó esta limitación para los casos de reincidencia específica tratándose de delitos relacionados con sustancias estupefacientes ilícitas, lo que se comprueba por la ubicación de la norma, es decir, en el mismo inciso donde inicialmente se trata la inaplicabilidad de los servicios comunitarios para aquellos que nuevamente son condenados por estos delitos de la misma naturaleza.”⁶³ Al no ser procedente en este caso entonces la imposición de la libertad vigilada intensiva, de igual manera, tampoco puede aplicarse la pena mixta, pues ésta supone ejecutar aquélla.

- b. Artículo 1° inciso cuarto de la Ley N° 18.216. No será aplicable ninguna pena sustitutiva para el autor de delito consumado de robo con violencia o intimidación conforme al artículo 436 inciso primero del Código Penal, si éste ha sido anteriormente condenado a alguno de los siguientes delitos:
- a. Robo calificado. Artículo 433 del Código Penal.
 - b. Robo con violencia o intimidación. Artículo 436 inciso primero del Código Penal.

63_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 37.

- c. Robo por sorpresa. Artículo 436 inciso segundo del Código Penal.
- d. Robo en lugar habitado. Artículo 440 del Código Penal.⁶⁴

Conforme a esta norma, la aplicación de la pena mixta tampoco es posible puesto que si no puede imponerse ninguna pena sustitutiva, malamente podría entonces un condenado privado de libertad, aspirar a cambiar su estatus por la libertad vigilada intensiva si explícitamente se prohíbe aplicar cualquier pena sustitutiva al autor de delito consumado de robo con violencia o intimidación cuando ha sido anteriormente condenado por alguno de los ilícitos que ahí se mencionan expresamente. En consecuencia, las penas mixtas pueden aplicarse respecto de cualquier tipo penal contemplado en el Código del ramo o en leyes especiales, con la sola limitación impuesta por los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, que señalan expresamente los delitos que quedan excluidos tanto para cualquier pena sustitutiva en general como para las penas mixtas en particular.

64_ Originalmente el proyecto se refería al condenado por robo por sorpresa y no por robo con violencia o intimidación. Sin embargo, el Ejecutivo presentó la Indicación, que se aprobó en el Primer trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, aplicando esta regla a los condenados por robo con violencia o intimidación, pues de lo contrario un número importante de personas podía resultar afectada por la norma. En GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 36.

II SECCIÓN INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Segunda Parte
PONENCIAS

11.- La Expulsión

Artículo 34.- Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional.

A la audiencia que tenga por objetivo resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído. Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma.

El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena.

En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.».

a.- Problema del plazo para expulsar.

No hay un plazo desde que se decreta en la audiencia. El tribunal pide plazo, pero depende del Ministerio de Interior. ¿Qué sucede en la práctica? Hay casos en que están esperando la expulsión mucho tiempo.

b.- Caso grave: cuando tiene causas vigentes. Se decreta la expulsión y quedan sujetos a irse cuando se resuelvan las pendientes. O sea, se trata de casos que pueden tardar hasta un año o más.

C.

GÉNERO VEJEZ Y MALTRATO*

Jessica Arenas Paredes**

Con motivo de las IV Jornadas Interdisciplinarias de estudios sobre el Adulto Mayor, cuyo tema central de esta ocasión fue “Aproximación a la problemática social y jurídica asociada al adulto mayor en Chile”, organizado por el Instituto de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián en conjunto con el Servicio Nacional del Adulto Mayor y el Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago, expuso la magistrado Jessica Arenas Paredes, juez preferente del Centro de Medidas Cautelares, ponencia que versó sobre los siguientes puntos:

ABSTRACT

On the occasion of the IV Interdisciplinary Conference about Senior Citizen Studies, which main topic was “Brief view of the social and juridical difficulties related to the senior citizen in Chile”, organized by the Institute of Legal Studies of the Law Department of San Sebastian University, together with the National Service of Senior Citizen and Provisional Measures Center of the Family Trial in Santiago, Magistrate Jessica Arenas Paredes, headline judge in Provisional Measures Center, presented the following topics.

* _ Abogado de la Universidad de Chile. Máster en Mediación y Asesoramiento Familiar de la Pontificia Universidad Comillas de Madrid. Magíster en Humanidades y Arte, Universidad Gabriela Mistral. Juez de Familia con dedicación preferente en el Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago e integrante de la Mesa de Género de la Corte Suprema.

** _ Ponencia presentada en las Cuartas Jornadas de Estudios Interdisciplinarios sobre el Adulto Mayor, el día 4 de junio de 2015, en el auditorio Bellavista de la Universidad San Sebastián. Los datos estadísticos han sido extraídos del Ine y los estudios de Senama.

I. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DEMOGRÁFICA CHILENA EN EL ÚLTIMO SIGLO

La magistrada comenzó su exposición planteándose la pregunta de si: ¿es Chile un país envejecido? Señaló que esta interrogante, planteada hace algunas décadas, es actualmente una premisa indiscutible. En efecto, Chile es el segundo país más envejecido y el que tiene la tasa de envejecimiento más acelerada de Latinoamérica. Esto se visualiza en los siguientes datos:

- En el año 2015, la población adulta mayor chilena, esto es, todos aquellos que han cumplido sesenta años, se estima que constituyen el 14% del total de la población chilena, en tanto que el porcentaje de niños entre 0 y 2 años equivale al 21% del mismo total. En términos simples, por cada 100 niños entre 0 y 15 años de edad hay 70,4 adultos mayores.

- Los estudios proyectan que en el año 2025 estas cifras se invertirían y así la población adulta mayor correspondería a un 20% de la población total del país, en tanto que los niños entre 0 y 15 años alcanzarían al 19%, de modo que por cada 100 niños habrán 105 adultos mayores.

Conforme a lo expuesto, resulta indiscutible que Chile no solo es un país envejecido, sino que envejece a un ritmo muy acelerado, sin embargo las cifras globales encubren un dato relevante que dice relación con la composición de la vejez chilena. Sobre este punto, las mismas fuentes estadísticas nos indican que si bien en Chile nacen más niños que niñas¹, casi se anula en la brecha etárea de 35 a 40 años y a partir de los 50 esta diferencia se invierte, existiendo un notable incremento de la población femenina a partir de los 65, la que llega a ser casi el doble que la de los varones de 75 o más años², de modo que los que son conocidos como viejos, en realidad son en gran medida viejas. Lo anterior, se explica por el hecho que si bien las estadísticas indican que las mujeres tienen una mayor morbilidad, su esperanza de vida es mayor así en el año 2009 esta cifra ascendía a 75,59 años para los varones y 81,10 años para las mujeres.

1_ Universal e históricamente nacen han nacido más hombres que mujeres. En efecto, en Chile en 1907 el 51,17% de los nacimientos correspondían al sexo masculino, en tanto que un siglo después (2008) el porcentaje se mantiene en 51,04%

2_ La mayor diferencia entre mujeres y hombres se concentra a partir de los 70 años un 0,8%.
75 y 79 un 2,2%
80 y más un 5,9%

Estas cifras que grafican el envejecimiento poblacional nos enfrenta como sociedad a un fenómeno inédito en la historia de la humanidad, no hay precedentes históricos que den luces respecto del modo de organizar funcionalmente una sociedad en la que nacen menos niños que la población adulta mayor viva, que además en cuanto a género corresponde a población femenina, lo que se ha estilado denominar “feminización de la vejez”.

II. VEJEZ Y ROLES FAMILIARES

Las estructuras familiares son condicionadas por una serie de factores, siendo la salud e higiene las más relevantes en el primer siglo de vida independiente. En efecto, a comienzos del siglo XX existía un sistema demográfico ineficiente, las parejas tenían muchos hijos para contrarrestar la elevada mortalidad infantil, por tanto las mujeres se casaban jóvenes a fin de tener salud y tiempo para procrear, en cambio los varones solían contraer matrimonio siendo un poco mayores ya que necesitaban previamente amasar un patrimonio que permitiera sustentar a la familia. En este contexto el rol de la mujer se centraba en tareas reproductivas y de crianza en tanto que el de los varones en el de proveedores. Lo anterior se explica además, porque la esperanza de vida también era mucho menor, solo una cuarta parte de la población llegaba a los 50 años con sus padres vivos, con lo que tampoco era usual contar con el apoyo de los ascendientes para contribuir en el cuidado de los niños.

Un siglo después la realidad demográfica, social y cultural en Chile es completamente diferente, lo que también ha afectado las estructuras y roles familiares. En efecto, las bajas tasas de mortalidad infantil y de las mujeres post parto de sus hijos, unida a la inserción de la mujer en el mercado laboral, determina que las parejas opten por postergar la maternidad, cada vez se tienen menos hijos y más concentrados en el tiempo, los cuidados de los hijos pasan a ser compartidos entre los progenitores con la asistencia muchas veces de terceros contratados al efecto o familiares, lugar en que los abuelos desempeñan un importante papel, toda vez que la esperanza de vida actual ha permitido que la coexistencia de tres generaciones sea usual y la de cuatro generaciones sea cada vez más excepcional.

Conforme a lo expuesto, la diferenciación de los roles femeninos y masculinos tradicionalmente entendidos es cada vez menos nítida en la actualidad, la inserción de la mujer en el mercado laboral en condiciones cada vez

mas igualitarias que los varones han llevado a hablar de “masculinización del rol femenino”, lo que por cierto importa además compatibilizar estas tareas con las tareas domésticas y el rol maternal. En el caso del varón, los estudios indican que a pesar de la inserción de la mujer en el mercado laboral, no se ha desdibujado su rol de proveedor o al menos, su identificación con ese rol, ello a pesar que cada vez asume mayores responsabilidades antes consideradas como propias de la mujer, principalmente el cuidado de los hijos, no así en las tareas domésticas y la organización cotidiana del hogar, razones que obstan aún para hablar de una “feminización del rol masculino”.

Esta estructura y distribución de roles de la familia actual se entiende en la medida que se trata de una pareja de adultos en edad activa, con lo que resulta interesante observar como estos roles se van reestructurando y adaptando a la vejez de sus miembros. Uno de los puntos de inflexión en el íter vital de la familia está constituido por la jubilación, si bien cada vez es mayor la participación de la mujer en la vida laboral, lo cierto es que la identificación del rol familiar con el desempeño laboral es, en este momento y sin perjuicio de la evolución del fenómeno, más propio de los varones que de las mujeres. En efecto, para las mujeres que no han desempeñado un trabajo remunerado, la etapa de la jubilación no tiene mayor relevancia y para las que sí o han hecho, la jubilación en general, es vivida casi como un alivio, toda vez que de dos grandes tareas como lo son la organización de la vida doméstica de su hogar y trabajar fuera de éste, ahora solo deberá preocuparse de una de ellas. En el caso de los varones, que pudiendo haber participado activamente de la crianza de sus hijos, en general se han mantenido un tanto lejanos a la rutina diaria de la vida doméstica, el retiro laboral importa la pérdida del rol con el que se ha identificado en su adultez y la integración a una rutina que le resulta desconocida y probablemente muy poco motivadora. Así, en el varón el retiro implica una cierta “pérdida de piso” y por tanto un desajuste en el sistema familiar que si no tiene la flexibilidad necesaria para adecuarse a esta nueva situación puede traducirse en factores de riesgo como consumo problemático de alcohol y medicamentos, depresión, violencia y maltrato del adulto mayor a su grupo familiar y viceversa, situaciones que se ven refrendadas por las estadísticas que indican como hitos en el incremento de las tasas de mortalidad masculina, la jubilación y la viudez.

III. LOS HOGARES DE LOS ADULTOS MAYORES EN CHILE

La familia es el contexto protector y de contención de sus miembros, particularmente los más vulnerables, por esta razón resulta interesante visualizar la composición de los hogares de los adultos mayores chilenos, a fin de determinar los recursos protectores y de cuidado con los que cuentan.

Las estadísticas indican que si bien la mayoría de los hogares de adultos mayores en Chile (47%) son de carácter extenso, es decir adultos mayores que han acogido en su hogar a sus descendientes u otros familiares, este porcentaje va en franca disminución, aumentando en la misma proporción, los hogares de adultos mayores que viven solos o junto a su pareja (28%). Lo anterior, en principio no representa mayor dificultad en la medida que los adultos mayores conservan su autonomía, siendo la dependencia la que instala en la familia la necesidad de resolver como se provee al adulto mayor de los cuidados que requiere.

Si bien, es en la hipótesis de adultos mayores que viven solos, en los que la vulnerabilidad parece más evidente, en los hogares extensos también se dan ciertas dinámicas familiares de riesgo que eventualmente pueden traducirse en maltrato y violencia intrafamiliar.

IV. MALTRATO Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El maltrato al adulto mayor ha sido definido por el Servicio Nacional del Adulto Mayor como la acción u omisión que produce daño a una persona mayor y que vulnera el respeto a su dignidad y al ejercicio de sus derechos como persona, con lo que se releva la amplitud de la conducta constitutiva de maltrato y que éste constituye una transgresión de los derechos fundamentales del adulto mayor.

El maltrato así definido, es constitutivo de violencia intrafamiliar cuando se da al interior de la familia, es decir, cuando ha sido ejercido por una persona que tiene respecto del adulto mayor alguno de los parentescos establecidos en el artículo 5 de la Ley 20066 o que sin tener ese parentesco se trata de un adulto mayor que requiere de cuidados.

El maltrato hacia el adulto mayor es un fenómeno complejo, que se sustenta sobre hipótesis distintas de la violencia intrafamiliar de pareja y por tanto su abordaje y tratamiento, también exige un enfoque diverso. El eje fundamental que nos permite analizar el maltrato hacia el adulto mayor dice relación con el cuidado de éste, es decir, si se trata

de un adulto mayor que requiere o no de cuidados de un tercero, circunstancia que nos permite analizar el modo en que se desarrollan las dinámicas de violencia y evaluar las medidas más adecuadas para el restablecimiento de los derechos fundamentales del adulto mayor.

1.- Violencia intrafamiliar no asociada al cuidado del adulto mayor

Esta hipótesis se sustenta en el hecho que el adulto mayor víctima tiene la autonomía suficiente para desarrollar la mayoría de sus actividades sin el apoyo de terceros, que perfectamente podría vivir o bien vive solo y que en consecuencia, ante hipótesis de maltrato, cuenta con los recursos necesarios para denunciar, requerir ayuda de terceros o bien buscar por sí mismo una solución al problema que le afecta.

A) violencia ejercida por descendientes

se caracteriza del siguiente modo:

- Es indiferente al género, el adulto mayor víctima puede ser mujer o varón.
- El agresor es un descendiente, usualmente hijos o nietos
- El adulto mayor víctima es autónomo, de modo que puede vivir solo o bien con el descendiente agresor u otros familiares, no teniendo con ellos una relación de dependencia.
- El agresor usualmente presenta conductas de riesgo asociadas al consumo problemático de alcohol o drogas, comisión de delitos y causas de violencia intrafamiliar con otras parejas, siendo el consumo el que motiva particularmente la conducta del agresor que muchas veces tiene por objeto afectar el patrimonio del adulto mayor a fin de proveerse de recursos para el consumo.
- En este contexto también pueden darse hipótesis de abuso patrimonial, en las que los descendientes, valiéndose del afecto convencen o engañan al adulto mayor para que les transfiera bienes inmuebles o de hecho se apropian del inmueble del adulto mayor, expulsándolo de su domicilio o relegándolo a sectores secundarios del mismo.

Estas circunstancias determinan que las medidas cautelares tendientes a proteger al adulto mayor, tienen por objeto alejar a este descendiente, sea mediante su salida del inmueble del adulto mayor i bien prohibiéndole que se

acerque a él y en general, resultan efectivas, atendido que por la autonomía del adulto mayor no requiere de la presencia o cercanía de este familiar para desarrollar sus actividades cotidianas.

B) Violencia de pareja

En esta hipótesis a su vez es necesario distinguir:

I.- Violencia crónica

- Violencia de género, de larga data, enmarcada en una cultura con roles claramente diferenciados, que legitimaba y justificaba esta violencia de género.
- El porcentaje de estas denuncias constituyen un numero marginal del total de las efectuadas, principalmente porque frente a estas situaciones son los familiares directos, principalmente los hijos los que intervienen protegiendo al adulto mayor víctima.

II.- Violencia circunstancial

Con esta denominación quiero aludir al maltrato que surge al interior de la pareja adulto mayor y que es motivada por hechos o circunstancias estresoras asociadas al ciclo vital de las familias o al estado de salud de uno de los miembros de la pareja. De este modo, son parejas en cuya relación no han desarrollado dinámicas de maltrato y son circunstancias tales como el nido vacío, la muerte de un hijo, la jubilación, una enfermedad que, al no ser adecuada ni suficientemente integradas a la dinámica familiar, explican el surgimiento de conductas de riesgo tales como consumo o derechamente agresiones físicas o psicológicas, amenazas, etc.

En este supuesto, las medidas cautelares que la ley prevé a propósito de la violencia de pareja tradicional pudiendo hacer cesar la violencia, no necesariamente protegen al adulto mayor, toda vez que al no estar instalada en la pareja una dinámica de maltrato, no siendo probablemente la voluntad de ellos separarse y aún de producirse ésta, la condición que motivo la conducta agresora continúa siendo un factor de riesgo para el que es indiciado como adulto mayor agresor. Por esta razón pareciera más aconsejable, intervenir terapéuticamente al grupo familiar a fin de resignificar e integrar estas experiencias en el ciclo vital de la familia y con ello, hacer desaparecer las condiciones que motivan la conducta agresora.

2) Violencia asociada al cuidado del adulto mayor

Para explicar esta hipótesis, resulta conveniente presentar ciertos datos relevantes:

- La feminización del cuidado, las estadísticas indican que el 84% de los cuidadores de adultos mayores son mujeres.
- Un 30% de los cuidadores de adultos mayores tienen más de 60 años, es decir son adultos mayores.
- Un 31% de los adultos mayores declara cuidar a sus nietos y de ese porcentaje el número de abuelas cuidadoras duplica al de los abuelos cuidadores. Conforme a lo expuesto, se puede colegir que los adultos mayores en situación de dependencia son cuidados preferentemente por mujeres, un buen porcentaje de estas cuidadoras son a su vez adultas mayores que, en un porcentaje no menor, además pueden estar a cargo de sus nietos. Por otra parte, la labor de cuidado del adulto mayor demanda del cuidador un trabajo sin días no horas de descanso, sin vacaciones y sin remuneración, privándose de desarrollar actividades de su interés e incluso cuidar su propia salud, pudiendo incluso ser cuestionados por los cuidados que brindan al adulto mayor por sus otros familiares que, claramente no están dispuestos a asumir estas labores.

Lo anterior, se suele traducir en el denominado “estrés del cuidador”, el que puede importar que un cuidador que no ejercía maltrato, incurra en conductas de negligencia y violencia hacia el adulto mayor e incluso hacia los niños que tenga a su cargo, con lo que claramente se observa un presupuesto distinto al del ejercicio de la violencia tradicionalmente entendido y por tanto a simple vista las medidas cautelares pudiendo hacer cesar la violencia, claramente no protegen al adulto mayor, ya que pueden privarlo del único vínculo afectivo estable y de la única personal que ha estado dispuesta a sumir sus cuidados, propiciando incluso una internación, con lo cual pareciera mucho mas adecuado echar mano de programas alternativos a los cuidados, que permitan relevar al cuidador de su responsabilidad algunos días u horas a la semana y con ello poder procurar el restablecimiento de su propia salud mental y realizar actividades familiares, de ocio y esparcimiento que le permitan mejorar sus propias condiciones para continuar asumiendo el cuidado de un modo beneficioso para el adulto mayor.