

Talca, nueve de abril de dos mil veinte.

Visto:

Primero: Que comparece el abogado Felix Arto Castillo, en favor de don Gerhard Wolfgang Mucke Koschitzke, actualmente privado de libertad como condenado en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Cauquenes, y deduce recurso de amparo correctivo en contra de don Juan Pablo Tartari Cornejo, Juez de Garantía de Cauquenes, por la resolución que estima ilegal y arbitraria de 31 de marzo del año en curso por la cual se rechaza el traslado del mismo al centro médico asistencial de villa Baviera, en la causa Rit 473-2019.

Señala que durante el 2019 su representado fue derivado al médico traumatológico Guillermo Ferrer Balart en base a los antecedentes médicos aportados por su familia donde se describen dolores e impotencia funcional y del análisis de las radiografías; concluye que las condiciones en cuanto a su salud osteoarticular son de gravedad e incapacitantes en grado muy alto, diagnosticándole espondilosis severa, astrodesis lumbar L2-L5, coxoartrosis severa de cadera izquierda y gonartrosis severa bilateral mayor derecha.

Que deducido un amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal fue derivado al Servicio Médico Legal indicando como patologías “ 1.- hernias inguinal bilateral; , una operada y otra que no se operado su edad avanzada, 2. Diabetes melitus ; 3.- dos episodios de caídas; 4.- fractura de femur antigua; 5. Ulceras en ambos tobillos, 6.- hongos en la piel, y que el examen físico da cuenta que se trata de un adulto mayor que marcha con dificultad, usa bastones ortopédicos, aprecia anomalías características de su edad y patologías asociadas (piel) extremidades con lesiones hiperocrómicas bilaterales y presencia detres ulceras varicosas en ambos tobillos, en región de abdomen inferior, perineal y $\frac{3}{4}$ superior de los muslos, se observan lesiones eritemosas, escamosas, diseminadas y prunigrosas. Onicomiosis de



ambos pies, rigidez marcada de todas las articulaciones, dificultad de la marcha, engrosamiento de las pequeñas articulaciones.

Diagnóstico: diabetes melitus, osteoartritis y fenómenos degenerativos articulares generalizados, hernia inguinal bilateral, una de ellas resuelta quirúrgicamente, observación de cuadro sincopal, úlcera bilateral, enfermedad vascular periférica venosa, dermatitis cutánea micótica de tratamiento, onicomicosis, dificultad para la marcha y fractura antigua de fémur.

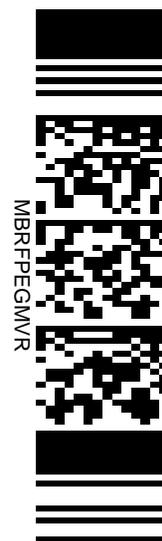
Asimismo, concluyó que se trata de un adulto mayor de avanzada edad con limitación importante para su autogestión personal, requiere de ayuda para enfrentar sus actividades diarias. Asociado a la concomitancia de patologías crónicas, cuyo pronóstico es el empeoramiento de su situación actual, teniendo en cuenta que parte de las dolencias están muy relacionadas al envejecimiento.

Cuenta con un grado de inhabilidad moderado-severo; fundamentalmente en lo que a la autogestión de sus actividades físicas diarias respecta orientado en tiempo y espacio, y buena memoria.

Considera que las condiciones de reclusión asociadas a su incapacidad funcional, no le permiten cumplir condena en forma efectivamente digna.

Ante lo informado el juez recurrido ordenó oficiar al Alcaide del CCP de Cauquenes a fin que adopte todas las medidas que se requieran para que el sentenciado acceda a una atención médica integral y oportuna; debiendo adecuar los programas de salud e integración, considerando los cambios físicos e intelectuales del penado, y adoptar en el futuro, que los traslados a Centros de Salud se realicen en condiciones y comodidad en atención a las condiciones físicas del sentenciado.

Sin embargo, pese a haber sido ordenado por el juez dentro de las medidas tomadas con motivo del amparo, hasta la fecha no existe protocolo ni instructivo que proyecte una mejora en la gestión médica y traslados a la unidad, lo que conlleva a una vulneración de las



garantías fundamentales de su representado, a su integridad física y psíquica, la que se ha visto menoscabada por la dilación excesiva de los tiempos de atención médica y traslados que debe sufrir a diario.

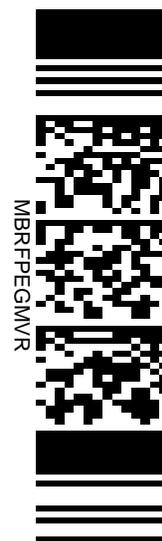
En cuanto a su situación actual, consigna que tiene 85 años, concurre a enfermería del CCP de Cauquenes a fin de obtener una nueva evaluación médica que da cuenta de una descompensación que sufrió en mayo de 2018 quedando hospitalizado por neoplasia del recto, siendo dado de alta; en agosto es observado por médico que indica eco tomografía diagnosticando una hernia inguinal derecha no operable por su edad; en agosto sufre descompensación y desmayo por patología base, siendo hospitalizado por accidente vascular encefálico agudo con orden de Tac de cerebro, regresando con resultado negativo de secuelas, siendo dado de alta presenta úlcera de maléolo externo de pierna izquierda con controles dermatólogo particular de curaciones y control mensual.

Señala que, hace dos semanas se descompensa y presenta caída por patología base, siendo hospitalizado por síncope vasovagal, siendo dado de alta.

Actualmente por su incapacidad funcional se mantiene la mayor parte del tiempo en cama, con dolores propios de su caída e intervenciones quirúrgicas a nivel de estructuras óseas pasadas, siendo prioridad su traslado a enfermería en silla de ruedas para curaciones.

Concluye que debido a su proceso de envejecimiento, patologías crónicas, enfermedades musculo esqueléticas, pérdidas de simetría, posibles patologías neurológicas, futuras demencias progresivas, descompensaciones, desorientaciones por las noches, sugiere una medida cautelar por el alto riesgo físico, neuronal y un mejor cuidado personalizado.

Agrega que dado la contingencia sanitaria al interior de los centros penitenciarios se ha extremado al punto de limitar totalmente la visita de su representado de su esposa por su avanzada edad de ambos, lo que no variará en el mediano ni largo plazo.

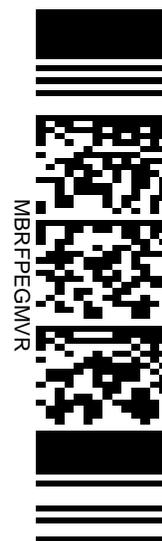


En cuanto a la resolución recurrida, sostiene que pese a los informes reseñados, cuyas conclusiones dan cuenta de la imposibilidad de brindar atención médica, asistencia y traslado al amparado, el 31 de marzo se rechaza la petición de la defensa y en su lugar adoptar algunas medidas preventivas conforme también fue informada por el SML, ya señaladas como oficiar al SR Alcaide del CCP de Cauquenes para que adopte todas las medidas para acceder a una atención médica integral y oportuna disponiendo medidas para evitar la propagación del Covid 19 en las instalaciones del CCP; adecuar por el CCP los programas de salud e integración considerando los cambios físicos propios de la condición del penado, y decretar que el juez de turno de cada semana requiera información a gendarmería sobre el actual estado de salud del condenado, debiendo señalar un informe semanal en que indique su estado de salud, existencia de nuevas patologías, tratamientos recibidos y cualquier antecedente que sirva determinar su actual salud y medidas adoptadas por el CCP a fin de resguardar su integridad física y psíquica.

Asimismo, el tribunal agregó que en atención a la gravedad de los delitos investigados y entendiendo que ellos pueden ser contenidos dentro de aquellos de lesa humanidad, estima no aplicable la Convención Interamericana sobre protección de Derechos Humanos.

Luego, en el recurso, se alude como fundamentos de derecho a lo dispuesto en la Convención de derechos Humanos, en cuanto a las políticas públicas que debe implementar el estado con especial énfasis en la vejez, el artículo 13 en cuanto al derecho a la libertad personal, refiere a que los estados parte deben garantizar y promover medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo a sus ordenamientos jurídicos internos.

Previas citas legales, solicita se conceda en favor del amparado la debida protección a su derecho a la libertad, restituyendo el imperio de las garantías constitucionales, acogiendo el recurso, disponiendo como



medida para el restablecimiento del derecho, el traslado a un centro asistencial de salud.

Acompaña, informe de Servicio médico legal y epicrisis de gendarmería de Chile, CCP de Cauquenes.

Segundo: Informa el juez recurrido don Juan Pablo Tartari Cornejo que en sede penal se han tramitado ya tres amparos del artículo 95 del Código Procesal Penal, ambos interpuestos por el mismo abogado defensor, y todos ellos rechazados.

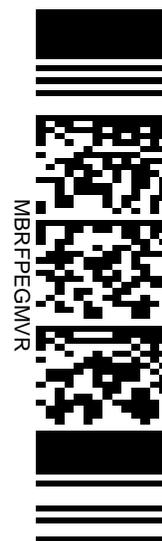
El primero fue interpuesto el 9 de abril de 2019 fundado en que el condenado se encontraría sin tratamiento médico para sus patologías por parte del CCP de Cauquenes, acción rechazada al verificarse por el juez que el condenado se encontraba recibiendo atención médica y de enfermería al interior del penal como en el Hospital Base de Cauquenes.

El segundo, deducido el 1 de junio cuyo objeto fue debatir su evolución médica sobre suministro de medicamentos e eventual internación de algún otro tipo [sic], alegando la defensa su traslado a la Posta Rural de Villa Baviera, ordenando la práctica de diversas diligencias, el recurso que también fue rechazado.

Refiere que el 26 de octubre de 2019 esta I. Corte rechaza un recurso de amparo siendo confirmado por la Excma. Corte Suprema.

Luego el 2 de marzo de 2020 ingresa una nueva acción a fin de debatir la evolución médica sobre el suministro de medicamentos o eventual internación en algún recinto asistencial de salud, específicamente la factibilidad que pudiere ser trasladado a la Posta Rural de Colonia Dignidad a fin de resguardar su integridad física y psíquica atendido su delicado estado de salud y la pandemia de Covid 19.

Se ordenó la práctica de diferentes pericias e informes, al CCP de Cauquenes, a fin que informe la situación actual de salud, medidas adoptadas, ficha médica, ficha única y todos los antecedentes que estime conveniente y relevante para determinar su situación actual de



salud; a la Dirección Nacional de Gendarmería, Unidad de Control Penitenciario a fin que informe sobre factibilidad de su traslado; a Gendarmería de Chile para que informe sobre factibilidad de traslado.

Que tal amparo fue rechazado el 31 de marzo de 2020 en antecedentes que comparte; refiere que se analizó la factibilidad de a) medidas alternativas o sustitutivas de penas de la ley 18.216, las que no resultan aplicables por la naturaleza de los delitos por los que ha sido condenado el amparado, de secuestro calificado reiterado, cómplice de homicidio calificado, y asociación ilícita; b) Reducción del tiempo de la condena (ley 18.856) la que tampoco es aplicable por cuanto su decisión descansa en la Comisión de Beneficios de Reducción de condenas; c) Libertad Condicional (DL 321) que es competencia de la Comisión respectiva; d) Permisos o beneficios intrapenitenciarios, no aplicables por ser facultad privativa del jefe del establecimiento en que cumple condena; e) Amnistía e indultos; tampoco son aplicables ya que la amnistía debe ser aplicada por ley y en este caso por los Tratados internacionales DDHH no podrían ser amnistiables; en cuanto al indulto es propio del ejecutivo y legislativo; por estas conclusiones estima que se ha solicitado la conmutación de la pena privativa de libertad por una forma análoga, lo que escapa a las hipótesis normativas revisadas.

En cuanto al fondo del recurso, por el que se solicita el cumplimiento de la sentencia en dependencias ubicadas al interior de Villa Baviera, proponiéndose custodia de Gendarmería de Chile, lo consideró desaconsejable por dos razones; uno de orden práctico ya que Gendarmería informó sobre la imposibilidad de establecer la forma de control solicitada y la Unidad de salud frente a una mayor complejidad se encuentra lejana al recinto; asimismo señaló que el CCP de Cauquenes cuenta con recursos humanos como paramédico las 24 horas, médico 11 horas semanales y psicólogo de lunes a viernes, siendo el sentenciado diariamente trasladado desde su módulo hacia enfermería en silla de ruedas acompañado por un usuario que cohabita



en el módulo y en su pieza, realizando rondas el personal paramédico durante la noche, entregando tratamiento médico y fármacos, registrando el amparado el último evento de descompensación en agosto de 2019.

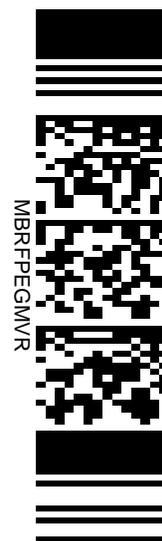
Agrega, que el lugar solicitado es justamente donde se cometieron los ilícitos, lo que implicaría acceder a una reducción en la significación de la pena.

Asimismo, Gendarmería adoptó los procedimientos y protocolos ante casos sospechosos o confirmados por covid-19, estableciendo acciones de difusión y educación, tanto al personal como a la población penal, entregando productos sanitarios pertinentes.

Además, se rechazó la petición de la defensa de aplicar la Convención Interamericana de DDHH de las personas mayores, dada la gravedad de los delitos perpetrados contra menores de edad, como violación menor de 12 años, abuso sexual, no entrega de menores, sustracción de menores y asociación ilícita, estimando que la Convención no es aplicable a los delitos de lesa humanidad.

En atención a lo expuesto, se rechazó el recurso de amparo ordenando oficiar al CCP de Cauquenes para que adopte las medidas que se requieran para que el sentenciado acceda atención médica integral y oportuna disponiéndose que se adopten a fin de evitar la propagación del Covid-19 en las instalaciones del CCP; se adecúe por el CCP los programas de salud e integración considerándolos cambios físicos propios de la condición del penado; que el juez de turno de cada semana requerirá información a Gendarmería sobre el actual estado de salud, la existencia de nuevas patologías, tratamientos recibidos y cualquier antecedente que permita determinar la situación actual de salud y las medidas adoptadas por el CCP de Cauquenes.

Agrega que en la determinación de las decisiones se tuvo en consideración los Ord. 555/2020 del Sr Alcaide del CCP; Ord. N°495-2020 y 659-2020 ambos del Director Regional de Gendarmería de Chile y extracto de filiación y antecedentes.



Finalmente, indica que se descartó el traslado al Hospital Penitenciario de Santiago, como sugirió gendarmería, al estimar que la edad del sentenciado y desarraigo familiar pudiese afectar las condiciones de salud psíquica del amparado, ya que se verifica que recibe continuas visitas de su familia.

Tercero: Que, el inciso primero del artículo 21 de la Constitución Política de la República dispone que todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene que se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección del afectado.

Cuarto: Que al parecer de la mayoría de estos sentenciadores lo resuelto por el juez recurrido se ajusta a los hechos y a los recursos con los que dispone Gendarmería de Chile.

En cuanto al derecho, se ha tenido en consideración la naturaleza de los delitos por los cuales fue condenado el amparado en la causa Rol 2182-1998 de la Corte de Apelaciones, esto es de secuestro calificado y de asociación ilícita se comparte lo resuelto por el juez recurrido en cuanto a considerarlos como delitos de lesa humanidad.

En consecuencia, la libertad y seguridad individual del amparado no se encuentra amagada, en los términos que establece el artículo 21 de la Constitución Política de la República por la actuación o resolución que se le reprocha al juez recurrido, por lo que procede rechazar el recurso impetrado en autos.

Por estas consideraciones y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República y artículo 7 del Decreto Ley N° 321 **SE RECHAZA**, el recurso de amparo deducido por el abogado don Felix Arto Castillo, en favor de



Gerhard Wolfgang Mucke Koschitzke en contra de don Juan Pablo Tartari Cornejo, Juez de Garantía de Cauquenes.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante don Ruperto Pinochet Olave, quien fue de parecer de acoger el presente recurso, considerando:

Primero: Que, los delitos por los que el amparado fue condenado, a saber: Violación menor de 12 años, condenado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa RUC 49-2004; secuestro calificado, asociación ilícita, condenado por la Corte de Apelaciones de Talca en causa RUC 2182-1998; abuso sexual (16); otros hechos, sustracción de menores, violación de menores de 12 años (4), condenado por el Juzgado de Letras de Parral en causa RUC 53914-1996, a juicio del redactor no se enmarcan dentro del concepto de delitos de lesa humanidad, establecidos tanto en la Ley N°20.357, de nuestro ordenamiento, como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por nuestro país.

Segundo: Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 7, define lo que debe entenderse por crímenes de lesa humanidad, señalando: *"1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con*



arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

En este mismo sentido, el mismo artículo aclara que: “2. A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

Tercero: Que, por otro lado, la Ley N°20.357 que tipifica Crímenes de la Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, señala en su artículo 1° que: “Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias: 1° Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. 2° Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”.

Agregando su artículo 2° que: “Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá: 1° Por “ataque generalizado”, un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y 2° Por “ataque sistemático”, una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”.



Cuarto: Que, según lo expuesto, no se han acreditado antecedentes suficientes para determinar que los delitos por los que ha sido condenado el amparado cumplen con todos los requisitos para ser considerados crímenes de lesa humanidad, en específico que se enmarque en un contexto de un ataque generalizada o sistemático dentro de un política de Estado o de una organización con el objeto de promover dicha política.

Quinto: Que, la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, en su artículo 13 consagra, en lo pertinente al caso, que: *“Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención.*

Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos”.

Sexto: Que, en virtud de todo lo expuesto, a este abogado integrante no estima que los delitos por los que ha sido condenado el amparado revistan el carácter de crímenes de lesa humanidad, por cuanto no cumplen con el requisito exigido de ser ataques generalizados o sistemáticos bajo una política del Estado o de una organización que difunda dicha política.

Con todo, la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, que integra el bloque constitucional de acuerdo a lo prescrito en el inc. 2 del artículo 5 de la



Constitución Política de la República de Chile, compromete a los Estados que la han ratificado a garantizar el acceso de las personas mayores privadas de libertad a programas especiales y atención integral, sin distinción alguna, de forma que es un derecho que se debe garantizar, atendido a que el condenado presenta varias condiciones de salud, que es un adulto mayor de noventa años, con múltiples patologías, postrado, todo sumado a la contingencia nacional que nos mantiene en una crisis sanitaria en estado de alerta, en la que el amparado forma parte de los grupo de riesgo crítico del Covid-19, de forma que su pena de reclusión, en los hechos, puede convertirse previsiblemente en una condena a muerte, proscrita hace décadas en nuestro país por ser contraria el estatuto general internacional de protección de los derechos humanos.

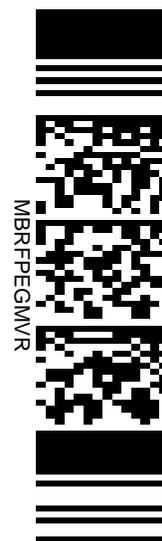
Séptimo: Que, en este sentido, este abogado integrante es de la opinión de que se debe acoger el presente recurso de amparo solo en el sentido que se debe disponer el traslado del amparado a la red pública de salud más cercana a su domicilio, esto es al Hospital de la ciudad de Parral.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Comuníquese lo resuelto al recurrente y recurridos, por la vía más expedita.

Rol 53-2020/ Amparo.

No firma al Abogado Integrante don Ruperto Pinochet Olave, por encontrarse ausente.

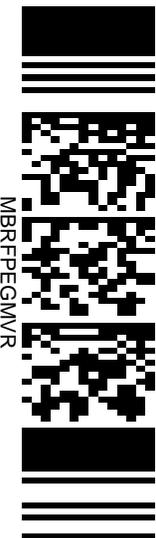




MBRFPEGM/R

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Talca integrada por Ministra Jeannette Scarlett Valdes S. y Fiscal Judicial Wilfredo Urrutia G. Talca, nueve de abril de dos mil veinte.

En Talca, a nueve de abril de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



MBRFPEGMVR

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>