

Audiencia de Cautela de Garantías.

Fecha	Traiguén., diecisiete de febrero de dos mil veintitrés
Magistrado	JAIME ANDRES MANRIQUEZ OYANADER
Fiscal	CARLOS BUSTOS MUÑOZ
Defensor Privado	MARCO ALEXIS AVILA ARCE
Abog GENCHI	SALOMON FIGUEROA
Hora inicio	09:18AM
Hora termino	10:10AM
Sala	Sala 1
Tribunal	Juzgado de Letras y Garantía de Traiguén.
Acta	CLG
RUC	██████████
RIT	██████████

NOMBRE IMPUTADO	RUT	DIRECCION	COMUNA
EMILIO JUAN PABLO BERKHOFF JEREZ COMPARECE ZOOM CP CONCEPCION	██████████ 0	██████████ Nº S/Nº	Tirúa.

OTRAS ACTUACIONES:

- La audiencia fijada se llevará a cabo por video conferencia si se mantienen las medidas sanitarias a esa fecha o presencialmente de haberse alzado.
- Se exhibe Informe de Gendarmería.
- Defensa señala nuevos antecedentes a los expuestos en Audiencia anterior.
- Ministerio Público mantiene argumentos expuestos en Audiencia anterior.
- Gendarmería expone respecto a lo señalado por la Defensa.
- Condenado Emilio Berkhoff Jerez es escuchado.
- **VISTOS, OIDOS Y CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, el defensor penal privado, abogado Marco Ávila Arce, en representación de don Emilio Juan Pablo Berkhoff Jerez, vía cautela de garantías, conforme artículo 10 del Código Procesal Penal, incidenta requiriendo el traslado de su representado, desde el CCP de Concepción al CCP Temuco, en particular, al Modulo “comuneros”.

Funda su pretensión en el derecho a reinserción social, que la privación de libertad no se ha de traducir en la privación de la dignidad y otros derechos salvo la libertad ambulatoria, la inexistencia de modulo "indígena" en el CCP Concepción que le ha imposibilitado el ejercicio de sus derechos conforme a su cosmovisión y en normas reglamentarias (artículo 53 Decreto 518, legales 7, 10 y 466 del Código Procesal Penal, constitucionales 19 N° 1 y 7 de la Constitución Política de la República y convenciones, a saber, Reglas de Mandela.

En el caso concreto, invoca los siguientes antecedentes: a) Informe pericial antropológico y fallo Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 195-2022, en que se reconoce como integrante de la cosmovisión mapuche; b) Oficio 271-2022, en que Gendarmería de Chile reconoce la existencia de 17 plazas disponibles en el módulo de eventual destino, todo con condiciones de habitabilidad para el condenado; c) Carta de disposición de comuneros del módulo a recibirlo; d) 14 amparos artículo 95 del Código Procesal Penal, deducidos en contra de funcionarios de Gendarmería de CCP Concepción, que dan cuenta de hostigamientos a condenado, con publicidad, e incluso, a su madre.

Finalmente, da cuenta que el Informe de Factibilidad Negativo N° 269 solo da cuenta de plazas de la población penal general y no del módulo comuneros.

SEGUNDO: Que, abogado don Salomón Figueroa, en representación de Gendarmería de Chile Bio - Bio, se opone a la solicitud, fundado en los siguientes argumentos:

a) El Sr. Berkhoff no dispone de la calidad indígena conforme a la ley 19.253, dado que la CONADI, organismo técnico a cargo de su reconocimiento se la negó en su oportunidad, en consecuencia, no puede ser segmentado en el módulo requerido, aquí, se detiene y ahonda en que no es dable calificar a un interno como indígena, en el caso mapuche, por peritaje sino conforme a la ley vigente y menos tener a la vista sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 195- 2022, que implícitamente se la reconoce, dado que aquella fue revocada por la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol 8.526-2022.

b) La residencia en el medio libre y el núcleo familiar del condenado está radicado en el sector Choque, Tirúa, perteneciente a la región del Bio – Bio y no en la región de la Araucanía.

c) Que, todas las denuncias formuladas por el condenado están pendiente de resolución y beneficia a los funcionarios de Gendarmería aludidos la presunción de inocencia.

TERCERO: Que, el Ministerio Público, representado en audiencia por el SR. Fiscal don Carlos Bustos Muñoz, se opone a la solicitud de la defensa del condenado, adhiriendo a los argumentos vertidos por Gendarmería y añadiendo, que el condenado puede tener adherencia a lo indígena pero no lo es, sumado, a que la autorización de los internos del módulo es de imputados y no de condenados.

CUARTO: Que, en su oportunidad mediaron replicas, insistiendo el articulista en el reconocimiento en su oportunidad de la calidad indígena por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, a la par, sus legítimos contradictores negaron que sea un antecedente válido a ponderar, por cuanto medió revocación de la misma por el máximo tribunal.

QUINTO: Que, oído el condenado reafirma su autodeterminación como indígena – mapuche, que en el pasado cumplió prisión preventiva y condena en los módulos indígenas de Lebu y Temuco sin oposición de Gendarmería, y finalmente, que tiene arraigo familiar en Temuco, dado “que es más práctico queda más cerca Temuco y en Temuco esta toda la familia de mi señora, son menos kilómetros hasta mi casa”.

SEXTO: Que, a efectos, de otorgar mayor comprensión a la resolución que se dictará conviene precisar:

1° El Sr. Berkhoff Jerez tiene la calidad de condenado rematado, conforme sentencia firme y ejecutoriada, dictada por este tribunal, de fecha 25/04/2022, por los delitos de robo con violencia e incendio, condenado a dos penas de 3 años y un día, en un hecho establecido en que el 30 de mayo de 2020, al interior del fundo “Buen retiro”, comuna de Lumaco, se quemó una motoniveladora y un camión marca IVECO sumado a la sustracción de dos camionetas, todo de propiedad de la empresa [REDACTED], asociado a una faena forestal, en donde se dejó la consigna “WEICHAN AUKA MAPU, fuera las forestales del WALLMAPU y libertad a los presos políticos mapuche”. Que, consta en el punto IV de la sentencia que deberá “cumplir en el lugar más próximo a su domicilio”.

2° A la fecha, el Sr. Berkhoff Jerez, se encuentra recluido en el CCP Concepción, desde el 31 de agosto de 2022, trasladado desde CCP Bio Bio, cumpliendo

condena efectiva en esta causa, sin perjuicio, de que se encuentra imputado en causa del Juzgado de Garantía de Concepción, por infracción a la ley de drogas, N° 20.000.

3° Que, el condenado no es titular a la fecha de la calidad indígena según el artículo 4 de la ley N° 19.253 y procedimiento acorde Decreto 392 que regula el reglamento para su certificación, por cuanto aquella calidad fue denegada a nivel central por la CONADI.

4° Que, no obstante, lo que antecede en el numeral precedente, el Sr. Berkhoff Jerez, invoca su autoderminación como indígena, su hetero - identificación por su comunidad de origen “Juan Huinchaleo Porma” y su cosmovisión mapuche, en su calidad de cónyuge de mapuche conforme artículo 2 letra C) de la ley 19.253, a razón de pericia antropológica

5° Que, el condenado tiene su domicilio y arraigo familiar en Fundo Choque, comuna Tirúa, técnicamente provincia de Arauco, región del Bio - Bio, empero, conforme es un hecho público y notorio situado a 200 kilómetros de Concepción y a 170 kilómetros de Temuco, aproximadamente dependiendo de la ruta.

6° Que, el CCP Temuco dispone de modulo indígena, en cambio, el CCP Concepción no dispone de dicha segmentación.

7° Que, ORD 269/2023, de fecha 11 de enero de 2023, señala “no es aconsejable el traslado de Berkhoff Jerez a la unidad solicitada toda vez, que se encuentra al límite de su capacidad de reclusión, por lo que no mantiene los espacios físicos disponibles para poder recibir a mas internos”.

8° Que, conforme a la ficha única de condenado el Sr. Berkhoff Jerez tiene mediano compromiso delictual y sus tres últimos bimestres de conducta son “muy buena, muy buena y buena”, correspondiente a los meses de mayo a diciembre de 2022.

9° Que, conforme ORD 1089/2023, el Departamento de Control Penitenciario “viene en representar dicha orden considerando inconveniente acceder a dicha solicitud de traslado hacia el recinto penal de Temuco, esto en razón a que la unidad se encuentra con un 110% de su capacidad de reclusión, por lo que no mantiene los espacios físicos disponibles para recibir a más internos provenientes desde otras regiones del país, lo que no permitiría realizar una segmentación acorde a su perfil socio criminológico”, a lo que añade que “la unidad de Temuco, se encuentra clasificada como un establecimiento penal que mantiene medianas

condiciones de seguridad”, y finalmente, en cuanto al módulo comuneros, refiere que: “espacio físico destinado a imputados y condenados de etnias originarias, que ingresen solo por delitos de connotación pública regional y además su delito este asociado al conflicto de reivindicación territorial y cultural, siendo el detenido portador de la cosmovisión de su pueblo originario. Lo cual dista de los delitos por los cuales fue condenado el interno Emilio Berkhoff Jerez; lo que sumado a la peligrosidad de los delitos por los cuales se encuentra actualmente el condenado e imputado por el delito de tráfico ilícito de drogas. Es por lo anterior, que este Departamento viene e n sugerir a SS poder mantener recluso al condenado en el CCP Concepción, unidad que cuenta con las características necesarias de seguridad, infraestructura y espacios físicos...”.

10° Que, conforme ORD 377/2023 del Alcaide del CCP Temuco reproduce el ORD precitado y añade, “respecto a que si los usuarios imputados y condenados cuentan con la certificación CONADI, conforme a la ley 19.253 y el decreto, no cuentan con este certificado”.

11° Que, conforme Oficio N° 271-2022 de Gendarmería de Chile, acompañado por el abogado defensor, existen 17 plazas disponibles en el módulo indígena del CCP Temuco.

12° Que, el Sr. Berkhoff Jerez ha deducido 14 amparos del artículo 95 del Código Procesal Penal, contra Gendarmería de Chile, en su estadía en CCP Concepción, encontrándose en etapa de investigación.

13° Que, el condenado ha estado privado de libertad en forma precedente en su historial en Lebu y Temuco,

SÉPTIMO: Que, este sentenciador, no puede desconocer las facultades que dispone Gendarmería para determinar la unidad carcelaria en que un condenado debe cumplir la condena privativa de libertad, no obstante, aquello no puede ser óbice para ejercer su función como juez de ejecución, pues conforme los artículos 4 y 25 del DL 518 la función del régimen penitenciario debe ejercerse dentro de los límites establecidos por la ley, Constitución, Tratados Internacionales y el propio reglamento.

En este contexto, el artículo 5 N° 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala Las penas privativas de libertad tendrá como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, lo cual es connatural de cumplirse en un lugar más próximo a su domicilio y su núcleo familiar.

Por su parte, a modo meramente ilustrativo, el artículo 9 N° 2 del Convenio N° 169, propugna que “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

El propio Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto Supremo N° 518, en su artículo 52 inciso 2, establece que: “en resguardo del derecho a visitas, los condenados deberán permanecer reclusos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia, medida que tiene el objetivo de procurar la cercanía del interno con su núcleo familiar y social, para fortalecer los vínculos afectivos, así como responder a las obligaciones familiares”. Símil, y a modo ilustrativo, la Regla 59 de las Reglas Mandela, que previene que “en la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar”.

OCTAVO: Que, en este marco, reconociendo las facultades de Gendarmería de Chile, la negativa al traslado aparece arbitrario a juicio de este sentenciador, por cuanto:

1° Latamente los intervinientes letrados, debatieron sobre la procedencia o no de reconocer la calidad indígena vía pericia privada conforme los artículos 3 y 4 de la ley 19.253. Empero, en los diversos informes de factibilidad técnica no se invocó dicha razón y de sobremanera, conforme Ordinario 377/2023, punto 10 del motivo sexto, aquel no se exige por Gendarmería de Chile a fin de ingresar al módulo comuneros, ergo, el debate se tornó inocuo.

2° La sobrepoblación aludida dice relación con la población penal general del CCP Temuco y en ningún caso al módulo “comuneros” conforme Oficio 271-2022 el cual dispone de 17 cupos disponibles, el cual siendo requerida información a Gendarmería con fecha 10 de febrero del presente no negó en su oportunidad.

3° Que, el Sr. Berkhoff reúne los requisitos que el propio Ordinario 1089/2023 exige para su ingreso al módulo comuneros, a saber, a) delito de connotación pública, siendo de amplia difusión a nivel regional derivando en querrela del ejecutivo en su oportunidad, siendo un hecho público y notorio; b) Asociado al conflicto de reivindicación territorial, así da cuenta la dinámica y la pancarta situada en el lugar de los hechos y establecida como un hecho del proceso, que alude directamente al punto que Gendarmería niega, a saber, dice “WEICHAN AUKA MAPU, fuera las forestales del WALLMAPU y libertad a los presos políticos

mapuche”, cuando precisamente se atacó a una forestal, en una zona conflictiva de la macro zona sur y con la dinámica de la denominada “violencia rural”. Aquí Gendarmería simplemente niega lo innegable; c) Es portador de la cosmovisión mapuche, en cuanto a su arraigo y acervo cultural, tradiciones y adherencia a la tierra, hecho acreditado vía informe pericial, lugar de residencia, lugar de formación, todo en un marco de autodeterminación y relación con pares, lo cual dista de atribuirle el carácter de indígena conforme a la ley, cuestión innecesaria dado que el propio Alcaide de CCP Temuco reconoció no exigir.

Aquí, cabe descartar las razones invocadas para descartar el traslado, por cuanto:

a) El ORD 1089 dice expresamente “la peligrosidad por los delitos en que se condenado e imputado”, a su respecto: 1° Es la propia institución quien califica al Sr. Berkhoff de mediana peligrosidad con muy buenas - muy buena y buena conducta, siendo el CCP Temuco coherentemente de la misma entidad “de mediana peligrosidad”, por lo que el argumento aparece como genérico, ininteligible y vago; 2° El Sr. Berkhoff se presume inocente de los hechos imputados de la ley de drogas de conocimiento del Juzgado de Garantía de Concepción, y en todo caso, su ingreso es como condenado por los delitos de la causa en la cual se recurre de cautela de garantías, aquí, nuevamente GENCHI no es coherente con su propia segmentación de peligrosidad del condenado “mediana” y no se ha invocado ningún antecedente adicional, salvo uno positivo, a saber, sus “muy buenas” conductas.

b) En cuanto a las razones de “de falta de infraestructura en CCP Temuco”, aparece como vaga e ininteligible, por cuanto se le pregunto a Gendarmería y no lo respondió, sumado, a que la segmentación pedida es en el módulo comuneros, lugar que cuenta con 17 cupos según Oficio 271 y la venía de los que allí cumplen privación de libertad, dato anexo pero importante, por cuanto es errado lo alegado por abogado de Gendarmería y Fiscal en cuanto a que solo está autorizado por imputados, sino que incluyó la firma de condenados, lo que en todo caso, importa a razón de medidas de seguridad. En suma, Gendarmería no invoca ninguna razón concreta a su respecto, limitándose a remitir expresiones genéricas.

4° Imperativo, es recordar que la sentencia de abreviado dispuso la jueza Muñoz, en el punto IV de la sentencia que deberá “cumplir en el lugar más próximo a su domicilio”, siendo más próximo a su domicilio Temuco que Concepción, por más que pertenezca a distinta región, todo coherente con calificación de riesgo del

condenado según su Ficha Única, por cuanto, seguramente si su calificación de riesgo no fuera coherente con el CCP requerido la solicitud se hubiera negado, lo cual no es el caso.

5° Que, Fiscalía y Gendarmería en audiencia pretenden negar el arraigo familiar a Temuco, desconociendo que Temuco está más cerca geográficamente que Concepción de su domicilio de origen y que su cónyuge también tiene residencia en Temuco, desconociendo que se puede disponer en nuestro medio pluralidad de domicilios, que las situaciones de hecho se pueden modificar, que su cónyuge tiene su familia de origen en Temuco por lo que pernocta con habitualidad en dicha ciudad, así como, el condenado sus parientes por afinidad, todo conforme acreditación probatoria vertida en la causa. Constituye un derecho esencial, tener ligazón con su familia y cónyuge, máxime, cuando la distancia con su domicilio precedente, dado que hace año su residencia son centros de cumplimiento estatales, es más próximo a Temuco que a Concepción. En otras palabras, arbitrario es invocar distribución político administrativa, esto es, que su residencia preliminar era técnicamente provincia de Arauco para negar un traslado con cupo disponible, siendo un lugar más próximo a sus seres queridos.

6° En suma, en este caso, cabe cuestionarse **¿Por qué Gendarmería representada en audiencia por abogado exige certificado CONADI para acreditar calidad indígena para ingresar al módulo “indígena” que no se le exige al resto de internos?** Esa es la gran pregunta del caso, de exigirse habría sido complejo resolver a favor del imputado, empero, la respuesta no encuentra razón, por cuanto a los demás imputados/ condenados no se les exige, lo cual parece sin razón o arbitrario. El tribunal es enfático, esto no supone reconocer la calidad indígena

En suma, el tribunal reconociendo las facultades de Gendarmería de Chile y que nos situamos en etapa de ejecución de la sentencia, este tribunal, en su rol de juez de garantía debe velar por su cautela conforme mandato legal en toda etapa del procedimiento, por lo que **debe analizar el mérito** de lo dispuesto por el organismo fiscal, sino simplemente debería aislarse y dar cuenta que no dispone de facultad alguna y cumplirse lo dispuesto por Gendarmería de Chile.

En este marco, este sentenciador entiende que las razones no son ni mínimamente suficientes, pues es la institución (GENCHI) quien no le exige certificado a los demás comuneros y si al Sr. Berkhoff para ingresar a un módulo

de comuneros; que su historia de vida -crianza, estudios y forma de vida de larga data no cuestionada en la comunidad Hiunchaleo- e informe antropológico tiene una autodeterminación y cosmovisión mapuche; que el Sr. Berkhoff fue condenado por causa de connotación pública regional, de reivindicación territorial por vía lucha armada que se asocia a la violencia rural; que hay cupos disponibles (17), y de sobremanera, la calificación del condenado y el CCP destinado (Temuco) son medianas y acorde lógica y racionalmente; que su historia criminal da cuenta que ya ha estado recluido en el CCP Temuco en el pasado, hecho objetivo, sin oposición de Gendarmería, quien incluso expresamente preguntada por este tribunal por Oficio con fecha 10 de febrero simplemente no responde; que la defensa acompaña resolución en causa RIT 777-2012 del Juzgado de Garantía de Cañete en que se ordenó el ingreso en el módulo comuneros del CDP Lebú; que la defensa del abogado de Gendarmería que en Lebú no hay módulo de “comuneros” sino de “aislamiento indígena” es inocua, lingüística y no responde a la realidad ya que no es transitoria, sino que cumplen cautelares y/o condena. Que, en consecuencia, no aparece ni nimamente fundada la resolución de Gendarmería, inserto en un marco que la privación de libertad no lo priva de la dignidad ni otros derechos, en particular, que este lo más próximo (Temuco) a su entorno familiar y en un lugar donde pueda ejercer sus tradiciones, ritos y costumbres, garantías que no cumple CCP Concepción.

Por lo expuesto, oídos los intervinientes y tercero coadyuvante, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, 5 inciso 2 y 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 3 y 25 Decreto Ley 518, artículo 10 del Código Procesal Penal, 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales y demás normas pertinentes, se **DECLARA**:

I.- Se acoge la cautela de garantías, en consecuencia, se ordena a Gendarmería de Chile el traslado de don Emilio Juan Pablo Berkhoff Jerez, desde el CCP Concepción a CCP Temuco, en particular modulo “comuneros”, a efectos de seguir cumpliendo su condena, a la brevedad posible según disponibilidad técnica de traslado (móvil y medidas de seguridad) dentro de un plazo máximo de 10 días.

II.- Quedan en este acto notificado los intervinientes.

III.- Dese copia de registro de audio a los intervinientes si lo requirieren.

Sirva la presente resolución como suficiente y atento oficio remitido a CP Concepción. Of.1340/2023 Gar.

- Intervinientes solicitan se les remita copia de Audios de la presente Audiencia a sus respectivos correos.
- Remítase copia del acta a los intervinientes vía correo electrónico y permítase el acceso al audio correspondiente al organismo que lo solicite.

INDICACIÓN CONTAGIO COVID-19: Si algún interviniente presentara síntomas de Covid-19 o se encuentra en cuarentena, deberá informarlo previamente al Tribunal a fin de que puedan adoptarse medidas especiales para su participación a distancia.

INFORMACIÓN PARA LA CONEXIÓN:

De forma extraordinaria y sólo en el evento que se mantenga el Estado de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, y con el fin de evitar riesgos de contagio por su comparecencia personal, este Juzgado realizará sus audiencias bajo la modalidad de videoconferencia o semipresencial, pudiendo participar de forma presencial en el Tribunal ó a través de la aplicación ZOOM, con el siguiente enlace:

<https://zoom.us/j/5194078725> ó **SALA N°1: ID 5194078725 sin contraseña**

IMPORTANTE: Al momento de ingresar el ID, identificarse con su nombre y el RIT de la causa.

Se hace presente que se encuentran disponibles puntos de acceso en dependencias del Tribunal para aquellos intervinientes no cuenten con los medios tecnológicos.

Dirigió la audiencia y resolvió – **JAIME ANDRÉS MANRIQUEZ OYANADER**, Juez Titular.

- *La presente acta sólo constituye un registro administrativo, confeccionada por el funcionario de acta en el que se resume lo acontecido y resuelto en la audiencia, mediante una relación de hitos informáticos.*
- *Los argumentos vertidos por las partes y la fundamentación de la resolución dictada, se encuentran íntegramente en el registro de audio de la presente audiencia.*

Certifico: Que las partes asistentes en la audiencia quedaron notificadas en ese acto de las resoluciones dictadas en ella. Traiguén. Febrero, diecisiete de dos mil veintitrés.