

San Miguel, a siete de mayo de dos mil nueve.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes excepciones:

Se eliminan en sus considerandos octavo los párrafos reseñados con la letra g) y el que se lee como final de dicho motivo; décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo, décimo noveno, vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo tercero, vigésimo cuarto y vigésimo séptimo.

En las citas legales se eliminan las referencias a la Constitución Política del Estado de 1925, Convenios de Ginebra, Código de Justicia Militar, Decreto Ley N° 2191, Ley N° 19.123.-

**Y se tiene en su lugar y además presente:**

**I.- En cuanto a la acción penal.**

**Primero:** Que tal como establece el motivo tercero del fallo en alzada, por auto acusatorio de fojas 7677, se acusó a Pablo Gabriel Opitz Arancibia como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Héctor Victoriano García García.

**Segundo:** Que el motivo quinto del mismo fallo recurrido establece el siguiente hecho, el que es posible separarlo en las siguientes etapas: a) que en la madrugada del día 13 de Agosto de 1974 una patrulla dirigida por un Subteniente de la Escuela de Infantes de San Bernardo, se trasladó hasta la morada del Dr. Victoriano García ubicada en calle Villaseca N° 407 Buin, donde interrogaron al referido médico, retirándose del lugar; b) horas más tardes el mismo subteniente al mando de otra patrulla llegó hasta el Hospital de Buin, donde se desempeñaba el aludido Dr. García, lo aprehendieron y la caravana se dirigió a la Escuela de Infantería de San Bernardo cuartel Dos cerro Chena; c) en ese lugar fue interrogado y golpeado por el comandante de la compañía (actualmente fallecido); d) cuando se encontraba con graves lesiones corporales fue conducido a un bosque en el mismo cerro (Chena); e) en dicho lugar el soldado Jorge Conell Alarcón (fallecido) le disparó, resultando muerto por herida a bala tóraco abdominal con salida de proyectil y otra en la región nasal también con salida de proyectil; f) ocurrido esto, fueron trasladados sus restos al Instituto Médico Legal, g) este hecho se materializó cuando la víctima se encontraba imposibilitada de defenderse y repeler la agresión.

**Tercero:** Que la misma sentencia en su considerando sexto establece que dicho hecho, por haberse materializado cuando la víctima se encontraba imposibilitada de defenderse y repeler la agresión, se califica como homicidio calificado en la persona de Héctor Victoriano García García, previsto y sancionado en el artículo 391 N°1 del Código Penal.

**Cuarto:** Que el homicidio calificado está descrito en los siguientes términos conforme al artículo 391 N°1 del Código Penal “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior será penado: 1.- Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía. Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. Tercera. Por medio de veneno. Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido. Quinta. Con premeditación conocida”.

**Quinto:** Que el acusado negó su participación en el hecho establecido en el fallo en revisión, sin embargo con los elementos de cargo que le formula el motivo octavo ya referido, sólo ha quedado acreditado que: a) participó a cargo de una patrulla tanto en la interrogación de la víctima en su domicilio en horas de la madrugada; y b) luego de haberse retirado debió volver nuevamente al Hospital de Buin en busca de la víctima y trasladarlo hasta el Cuartel Dos Cerro Chena de la Escuela de Infantería De San Bernardo.

**Sexto:** Que a fin de establecer la participación del procesado en el homicidio del Dr. García García en calidad de autor es necesario considerar quienes se estiman autores tal cual lo establece el artículo 15 del Código Penal, esto es 1.- “Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.”. Atento la doctrina sobre la materia:

El artículo 15 N°1 significa que una vez que un ser humano interviene en un proceso causal dirigiéndolo en el sentido descrito por el tipo penal, este sujeto –según la ley hace suyo todo el hecho y se entiende “ejecutado” por él, pasa a ser su autor y en la acepción última su actividad consiste en evitar que terceros lo interfieran impidiendo que concrete la lesión del bien jurídico protegido.

Art. 15 N°2.- Son autores: “Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”; la misma fuente señala que “el inductor genera en otra persona la voluntad delictiva”.

Art. 15 N°3.- Son autores: “Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”. Según el autor citado se refiere a co-autoría, su esencia radica en que cada uno de los que intervienen, deben estar concertados u participar fácticamente en el hecho común a todos. (Mario Garrido Montt D° Penal).

**Séptimo:** Que, en consecuencia, la voz autoría respecto al homicidio calificado no alcanza ni comprende a la actividad efectivamente comprobado como desarrollada por el acusado en el ilícito investigado, esto es detención y traslado de la víctima a dependencias de la Escuela de Infantería, en atención a que estas acciones no constituyen el hecho típico descrito en el artículo 391 N°1 del Código Penal.

**Octavo:** Que, además del mérito de los testigos cuyos dichos se recogen y se analizan en el motivo séptimo del fallo en revisión, aparece establecido en forma fehaciente que el soldado Jorge Ernesto Conell Alarcón dio muerte a García García, así lo atestiguan Jorge Carlos Bozan Olivares; Harry Gerardo Kennedy Chávez, “señala que Conell se justificó expresando que el detenido le había arrojado una piedra y por eso él le había dado muerte”; Nelson Salgado Pisa, “Jorge Conell había dado muerte al detenido García”; Carlos Jaime Cárdena López “se comentó que el soldado Conell le habría disparado al Dr. García”; Javier Carrasco Moreno “se decía que Conell le había disparado al detenido que resultó muerto”; Leonardo Daniel Labrin Heise, “supo por comentarios que una persona fue muerta, de apellido García y en su muerte participó Jorge Conell”; Heriberto del Tránsito Meza Sumelzú, “escuchó que un soldado de nombre Jorge Conell, había dado muerte a un médico de apellido García”; Juan Alberto Cabrera Pinto, “se enteró que al médico de Buin Héctor García se le había dado muerte y habría tenido participación el conscripto Jorge Conell”; David Enrique Gómez Gómez, “Conell le disparó”; Franklin Urzúa Matamala “se enteró que el soldado Conell le disparó al Dr. García”; Víctor Lagos Esparza “el soldado Conell dijo que le había disparado al detenido porque éste había intentado lanzar una piedra”; Sergio Maureira Leiva “escuchó que la víctima Dr. García había muerto y en ello habría tenido participación Jorge Conell”; Isidro Waldemar Tapia Vielma, “se le dijo que Jorge Conell había dado muerte al médico”; Aldo Antonio Avila Méndez “tomó conocimiento que a los detenidos se les había dado muerte en el Cerro Chena por el soldado Conell”; Oscar Fernando Martínez “se detuvo a un médico de Buin y en el Cerro Chena se le dio muerte por el soldado Jorge Conell”; Luis Eugenio Garrido Henríquez, “un médico de Buin resultó muerto, luego que Jorge Conell le disparó debido a que el primero trató de agredirlo”; Manuel Jorge Vega Vega, “supo por comentarios que Jorge Conell Alarcón le había dado muerte al Dr. Héctor García García de Buin”; Sergio Arturo Toledo Carrasco, “se dijo que Jorge Conell

le había dado muerte al médico de Buin, debido a que había intentado arrebatarse el fusil”; César Germán Kobek Toledo, “por comentarios tomó conocimiento que a un médico de apellido García se le dio muerte y entre los partícipes habrían sido el capitán Barriga y el soldado Jorge Conell”; a todo lo que cabe ponderar los sobreseimientos definitivos dictados de acuerdo al artículo 408 N°5 del Código Procedimiento Penal, respecto de este inculcado, rolante a fojas 7640 y aprobado por esta I. Corte.

**Noveno:** Que de lo analizado ha quedado establecido, que el autor material de los disparos que causaron la muerte a la víctima fue un soldado, actualmente fallecido, que cumplía su servicio militar en la Escuela de Infantería de San Bernardo.

**Décimo:** Que, por otra parte, del mérito de las probanzas allegadas al proceso y analizadas detalladamente en la sentencia en revisión, entre ellas las adhesiones a la acusación fiscal, por su debilidad y falta de consistencia, no resultan suficientes para acreditar conforme al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal que el procesado, haya efectuado orden o instrucción alguna al soldado Jorge Ernesto Conell Alarcón respecto a la muerte del Dr. Valeriano García García; situación que además se desprende atento al grado de jerarquía que el condenado desempeñaba a la época Subteniente de Ejército, último escalón en la carrera de oficiales, bajo subordinación directa del Capitán Germán Barriga Muñoz y de todo el mando de jerarquía de dicho establecimiento militar. Circunstancias fácticas que impiden imputarle alguna conducta de autoría al acusado, tomando parte en la ejecución conforme lo describe la citada disposición legal del artículo 15 del Código Penal.

**Undécimo:** Que atento lo dispuesto en el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.”

**Duodécimo:** Que nuestra jurisprudencia ha sostenido que procede absolver de la acusación al inculcado en contra del cual sólo aparecen indicios de culpabilidad en el proceso, que no alcanzan a llevar al tribunal a la convicción de que ha sido el autor del hecho que se le imputa y cuya comisión reiteradamente niega. (Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T. II, página 119 citado en Jurisprudencia Excma. Corte Suprema causal Rol 4209-08).

**Decimotercero:** Que en atención a lo concluido esta I. Corte se hace cargo de la defensa del procesado en cuanto solicita su absolución por no encontrarse acreditada su participación en el delito investigado establecido en el motivo sexto del fallo en revisión, y estima innecesario emitir pronunciamiento del resto de su defensa.

**Decimocuarto:** Que por lo razonado precedentemente se comparte lo informado por el señor Fiscal Judicial don Carlos Meneses Pizarro en su dictamen de 9280 a 9284 en cuanto en su vista informa que no se encuentra probada en forma legal la participación de autor del reo en el homicidio investigado.

## **II.- En cuanto a la acción civil.**

**Decimoquinto:** Que tal como lo refiere el motivo vigésimo quinto del fallo en alzada la acción civil allí deducida por los querellantes, viuda y descendientes de la víctima doctor Victoriano García García, lo ha sido contra el Fisco de Chile, fundado en que “todos los autores del secuestro y homicidio calificado, entre los cuales está Opitz, son agentes estatales, funcionarios del Ejército de Chile, de Dotación de la Escuela de Infantería de San Bernardo y de ese hecho derivan responsabilidades penales para los partícipes del ilícito y así también, responsabilidades civiles para el Estado de Chile”.

**Decimosexto:** Que, en consecuencia, el fundamento de esta acción indemnizatoria resulta ser el hecho ilícito imputado al funcionario del Ejército de Chile Pablo Gabriel Opitz Arancibia y habiéndose concluido en esta sentencia su ausencia de responsabilidad penal en estos hechos esta Corte se encuentra impedida de acoger dicha demanda de acción indemnizatoria en este procedimiento penal, sin que proceda analizar ni pronunciarse sobre la defensa del Fisco de Chile, acorde además con lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, en su redacción introducida por la Ley N° 18.857.-

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 15, 391 del Código Penal, y artículos 456 bis, 514 y 527 de Código de Procedimiento Penal, **se resuelve:**

**I.- Que SE REVOCA** la sentencia apelada de treinta de junio de dos mil ocho, escrita a fojas 9187 a fojas 9241, en cuanto condena a Pablo Gabriel Opitz Arancibia como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Héctor Victoriano García García **y se declara en cambio:**

Que queda absuelto del cargo formulado en el auto acusatorio de fojas 7677, como autor del delito mencionado.

**II.- QUE SE CONFIRMA** en lo demás apelado, la aludida sentencia, precisando que el rechazo de la acción civil lo es por haberse dictado sentencia absolutoria.

Redacción de la Ministro señora Carmen Rivas González.

Regístrese y devuélvase con sus 22 tomos.

**N° 806-2008-CRI**

Pronunciado por las Ministras señoras Carmen Rivas González, María Teresa Letelier Ramírez y Adriana Sottovia Giménez.

No firma la Ministra señora Letelier Ramírez por estar con licencia médica, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa.

San Miguel, a siete de mayo de dos mil nueve, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.