

Santiago, dos de diciembre de dos mil diez.

V I S T O S:

En estos autos N° 03-02-F, rol de la Corte de Apelaciones de San Miguel, episodio "Capítulo Médico, Héctor Victoriano García García", por sentencia de primera instancia dictada por el Ministro de fuero señor Héctor Solís Montiel, de fecha treinta de junio de dos mil ocho, que se lee de fojas 9.186 a 9.240, ambas inclusive correspondientes a su Tomo XXII, se resolvió condenar al acusado Pablo Gabriel Opitz Arancibia, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales respectivas y al pago de las costas del juicio, todo como consecuencia de su participación que en calidad de autor le correspondió en el delito de homicidio calificado cometido en la persona de Héctor Victoriano García García, ilícito acaecido en San Bernardo la mañana del 13 de agosto de 1974; dada la extensión del castigo impuesto, no se le otorgó ninguno de los beneficios que contempla la Ley N° 18.216.

Por su fracción civil, se rechazó, sin costas, la demanda de indemnización de perjuicios patrocinada por el abogado don Nelson Caucoto Pereira, en representación de los querellantes Dolores Gracia Olano, Cecilia García Gracia, Silvia García Gracia, María García Gracia y Pamela García Salazar, la que aparece dirigida en contra del Fisco de Chile, y que figura desarrollada en el primer otrosí del escrito de fojas 7.695 y siguientes, por haberse acogido la excepción de incompetencia absoluta del tribunal planteada por la parte demandada.

Apelado el anterior veredicto, tanto por la parte querellante y demandante civil a través de su presentación de fojas 9.253, como por la defensa del sentenciado Opitz Arancibia por su recurso de fojas 9.256, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial que rola a fojas 9.279 y siguientes, una Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por decisión de siete de mayo de dos mil nueve, que corre de fojas 9.288 a 9.293, ambas inclusive, reprodujo la del a quo, efectuándole una serie de modificaciones, para proceder luego a eliminar doce de sus motivos, y tener en su lugar y, además, presente, otros dieciséis, decidiendo finalmente revocarla en la parte que condenó a Pablo Gabriel Opitz Arancibia, declarando en su lugar que queda absuelto del cargo que le fuera formulado por el auto acusatorio de fojas 7.677 de ser autor del delito de homicidio calificado en la persona de Héctor Victoriano García García; confirmando en lo demás apelado el mismo veredicto, precisando que el rechazo de la acción civil intentada en contra del Fisco lo fue por haberse dictado sentencia absolutoria.

En contra de la anterior decisión, el abogado Nelson Caucoto Pereira en lo principal y primer otrosí de fojas 9.294, dedujo sendos recursos de casación en la forma como en el fondo, el primero basado en el artículo 541 N° 9, en relación a los numerales 4° y 5° del artículo 500, todos del Código de Procedimiento Penal; en tanto que el segundo, fundado en la causal séptima del artículo 546 del mismo texto ya citado.

Por su parte, el profesional Joseph Béreaud Barraza, en representación del Programa Continuación de la Ley N° 19.123, en lo principal de fojas 9.311, interpuso un recurso de casación en el fondo, motivado en la causal del N° 7 del artículo 546 del Código Procedimental Criminal.

A fojas 9.324, aparece que los medios de impugnación procesal señalados precedentemente fueron declarados admisibles, y se trajeron los autos en relación para conocer de ellos.

CONSIDERANDO:

I. En cuanto al Recurso de Casación en la Forma de lo principal de

fojas 9.294:

PRIMERO: Que, el primer recurrente, en representación de los querellantes y demandantes civiles de autos dedujo un recurso de casación en la forma, invocando como causal la del artículo 541 N° 9, esto es, no haber sido extendida la sentencia de conformidad a la ley, ello en relación a las exigencias contenidas en los numerales 4º y 5º del artículo 500, amb

os del Código de Procedimiento Penal, consistentes en que no contiene las consideraciones en cuya virtud se dieron por probados o no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta; ni tampoco, las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio. Al respecto, cita como normas vulneradas, los artículos 15, 141 y 391 del Código Penal, así como el artículo 427 del de Procedimiento Penal.

SEGUNDO: Que, el primer aspecto de la nulidad formal referida precedentemente, se circunscribe a la eliminación efectuada por el tribunal de alzada del motivo décimo séptimo del fallo de primer grado, en donde se encontraba el fundamento de la imprescriptibilidad del delito investigado en autos, dejando -a juicio del impugnante-, sin razonamiento uno de los aspectos discutidos por las partes respecto de ese carácter, quedando sin explicación su actual persecución.

TERCERO: Que, como segundo tópico de la casación formal, se cuestiona que el fallo absolutorio de segundo grado no indicara las razones legales o doctrinales tenidas en consideración para proceder a la calificación del delito en la forma en que lo hizo, rechazando la efectuada en la propia querella, acusación particular y apelación de la sentencia, en cuanto a que se está en presencia de un secuestro con homicidio calificado, sin dar ninguna explicación del porqué arriba a la conclusión de que se trata, de que se está en presencia tan sólo de un homicidio calificado. Y en relación a lo mismo, más adelante,

controvierte el recurrente los motivos expresados por los jueces para desechar su acusación particular, toda vez que el no señalamiento en ella de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal ni de las penas a imponer al enjuiciado, no son motivos suficientes para desestimarla, pues corresponde al trabajo de los jueces determinar sus alcances.

CUARTO: Que, el último capítulo de la nulidad formal, se extienden a la parte civil, en donde denuncia la falta de razonabilidad doctrinal o legal del fallo atacado, en el cual se afirma que por haberse dictado sentencia absolutoria respecto del acusado, la acción civil quedaba rechazada. Lo anterior, lo considera un error, en atención a que quien fue demandado en la especie fue el Fisco de Chile, por lo que esa decisión no tendría fundamento.

Por todo lo anteriormente expresado, es que solicita el primer recurrente que se acoja su recurso de casación en la forma, procediendo a la anulación del fallo de segundo grado y se dicte la sentencia de reemplazo que corresponda.

QUINTO: Que, la sentencia de segundo grado, impugnada por este arbitrio procesal extraordinario, si bien reproduce la sentencia de primera instancia con diversas modificaciones, y en virtud de los nuevos fundamentos que expresa, revocó la decisión de condenar al encausado Opitz Arancibia, y en su lugar lo absolvió del cargo que le fuera formulado en el auto acusatorio de fojas 7.677, en cuanto a ser considerado autor del delito de homicidio calificado de Héctor Victoriano García García; confirmando en lo demás apelado, el aludido fallo del a quo, precisando que el rechazo de la acción civil lo es por haberse dictado sentencia absolutoria.

SEXTO: Que, el artículo 500, N° 4° del Código Adjetivo Penal, señala en forma imperativa que todo fallo definitivo en materia criminal debe contener ordinariamente, so pena de nulidad, ?las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta?.

Es decir, aquellas necesarias reflexiones que deben servir de fundamento al veredicto y que como requisitos indispensables exige la norma citada, tienden a asegurar la justicia y la legalidad del juzgamiento así como a proporcionar a las partes los antecedentes que les permitan conocer los motivos que determinaron la decisión del litigio para la interposición de los recursos por medio de los cuales fuese posible la modificación o invalidación de los mismos.

SÉPTIMO: Que como ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corte, lo que se pretende evitar es que los sentenciadores resuelvan de manera arbitraria, obedeciendo únicamente a los dictados de su voluntad, sin expresar las razones que los han conducido a decidir como lo han hecho.

OCTAVO: Que a su turno, el artículo 500, N° 5 del Código de Procedimiento Penal, exige a los sentenciadores plasmar en su veredicto las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.

NOVENO: Que, a efectos de decidir lo planteado, basta leer los considerandos segundo a séptimo, el octavo con sus modificaciones introducidas por el de alzada, noveno, décimo, vigésimo quinto y vigésimo sexto, de la sentencia de primera instancia, hechos suyos por la de segunda, y del segundo al décimo tercero, décimo quinto y décimo sexto de esta última, para concluir que en ellos se ha cumplido a cabalidad con las exigencias que se han reseñado precedentemente, lo que se advierte de su simple examen formal, consignándose, con la suficiencia exigida, la fundamentación de la decisión absolutoria, su entidad y los motivos para rechazar los extremos de las partes querellantes y demandante civil de autos.

DÉCIMO: Que no obstante lo anotado, y dando igual respuesta a los cuestionamientos planteados por el recurrente, en lo que dice relación con el primer aspecto del reclamo, referente a una supuesta omisión del carácter de imprescriptible del delito investigado, lo anterior no es tal, desde que la decisión del tribunal de alzada ha sido precisamente,

como ya se anticipó, absolutoria al no haberse acreditado legalmente la intervención punible del acusado Opitz Arancibia en los hechos catalogados de homicidio calificado de Héctor Victoriano García García, de forma tal que aparecía del todo innecesario hacerse cargo respecto de una de las alegaciones formuladas por su defensa, primero como excepción de previo y especial pronunciamiento, la que aparece rechazada en la resolución que rola a fojas 9.150 y siguientes; y luego renovada como defensa de fondo, circunscrita a la prescripción de la acción penal.

UNDÉCIMO: Que, en lo que toca a la inexistencia de razones legales y doctrinales para proceder a calificar el delito de la forma en que lo hizo el tribunal de alzada, más que un cuestionamiento formal guarda estrecha relación con un reproche valorativo de las conclusiones adoptadas por los jueces del fondo, extremos que no comprende la motivación esgrimida, para cuyos efectos no es útil, bastando para comprobar la existencia de ello, con la lectura de los motivos quinto y sexto del fallo de primer grado, debidamente reproducidos por el de alzada, y los considerandos segundo, tercero y cuarto de la última, sin que una diferente apreciación de los elementos reunidos en la investigación autorice la interposición del presente reclamo formal.

DUODÉCIMO: Que, en cuanto a los cuestionamientos planteados respecto de las razones expresadas por el tribunal de segundo grado para desestimar su acusación particular, lo cierto es que tal resolución fue adoptada por el de primera instancia en su motivo décimo, el que se mantuvo por el de alzada, de forma tal que el presunto vicio que el recurrente formula al veredicto, se habría cometido en la decisión del a quo, y si bien el impugnante apeló a fojas 9.253 de esa sentencia, no reclamó oportunamente y en todos sus grados de la supuesta falta que ahora reprocha, por medio de los recursos establecidos en la ley, de tal suerte, que no se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, es decir, el recurso en estudio no fue procesalmente preparado en ese aspecto, motivo bastante para proceder también a su rechazo por ese

capítulo.

DÉCIMO TERCERO: Que, por último, en lo que respecta a la inexistencia en el fallo atacado por falta de razonabilidad doctrinal y legal para desestimar la acción civil intentada, debe señalarse que éste los contiene, toda vez que la misma sentencia, en sus motivos décimo quinto y décimo sexto, expr esó que el fundamento de la acción indemnizatoria intentada en contra del Fisco de Chile, resulta ser el hecho ilícito imputado al acusado de autos, de tal forma que al haberse concluido su falta de responsabilidad penal en los hechos investigados, dicho tribunal se encuentra impedido de acogerla, por lo que se precisa en la parte resolutive que su rechazo lo es por haberse dictado sentencia absolutoria.

DÉCIMO CUARTO: Que, no debe olvidarse que en nuestro derecho la indemnización nace con la existencia de un ilícito penal, como lo evidencian los artículos 24 del Código Penal y 500 N° 7 del de Procedimiento Penal y 2314 del Código Civil, por lo que la absolución penal hace desaparecer el fundamento de toda pretensión civil construida como consecuencia directa de la comisión de un delito.

DÉCIMO QUINTO: Que en el presente caso, al contener el fallo atacado las consideraciones y decisiones que el recurrente afirma que no existen, que, aunque someras en algunos casos, son suficientes para entender que se encuentra cumplida la exigencia establecida en las normas estimadas como infringidas por el recurso que por esta vía se analiza, por lo que el intentado por la querellante y demandante civil no podrá prosperar por ninguno de sus motivos.

II. En cuanto a los Recursos de Casación en el Fondo del primer otrosí de fojas 9.294 (querellante particular), y principal de fojas 9.311 (Programa de la Ley 19.123):

DÉCIMO SEXTO: Que, en lo que toca al recurso de casación en el fondo del primer recurrente, éste se ampara en la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en la vulneración de leyes reguladoras de la prueba, indicando como normas infringidas los artículos 457, 459, 464, 472 y 488 del mismo texto anterior, y los artículos 15, 141 y 391 del Código Penal, por

estimar en síntesis que de los antecedentes que entrega, se encuentra probado que la víctima de autos fue privada ilegalmente de libertad y conducida por el acusado al Cuartel 2 de Cerro Chena, lugar en el que fue interrogado y torturado por el Capitán Jorge Barriga, para luego ser conducido a un bosque cercano donde un soldado conscripto de apellido Conell le disparó, causándole la muerte en el mismo lugar.

arDÉCIMO SÉPTIMO: Que, en relación a lo anterior, dicho recurrente estima que los sentenciadores contaron con un conjunto de antecedentes reunidos que les permitieron concluir que el ofendido de autos fue privado de libertad por el acusado y conducido al Cuartel 2 del Cerro Chena, para luego ser ingresado a una oficina en donde se encontraba el Capitán Barriga (actualmente fallecido), quien lo interrogó y torturó, para ser posteriormente conducido a un bosque cercano, en donde un soldado de apellido Conell lo ultimó, aspectos que fueron obviados por la Corte de Alzada, para adoptar su sentencia absolutoria.

Lo anterior, denuncia que también se extendió respecto de los dichos de José Aliaga López, Juan Carlos Céspedes, Vicente Lobos Bustamante, Luis Arévalo Céspedes, Francisco Cáceres López, José Lezana Morán, de cuyas declaraciones fluye como hecho cierto y probado que el acusado tuvo un papel protagónico en la suerte ulterior del ofendido, siendo quien lo privó ilegalmente de libertad, lo entregó a Barriga y participó en los int

errogatorios y observó las torturas que se le causaron, las que fueron omitidas.

Y que en lo que toca a la posición que ocupaba el enjuiciado en la jerarquía del Ejército a la fecha de los hechos, el recurrente sostiene que ella fue utilizada para minimizar su intervención, estableciendo que se trataría del último escalafón de la carrera de oficiales, en circunstancias que en Cerro Chena ocupaba el segundo lugar en la cadena del mando, siendo en los hechos, el brazo derecho del Comandante que era Barriga, lo que concluye de los testimonios que cita a fojas 9.304.

DÉCIMO OCTAVO: Que, lo anterior, lo vincula con el artículo 457 del

Código de Procedimiento Penal, el que precisa los diferentes medios de prueba en materia penal, destacando en particular la testimonial, afirmando que los declarantes ya singularizados están contestes en las actividades desplegadas por el acusado de autos, es quien da inicio al tipo penal complejo del secuestro con homicidio calificado en calidad de autor del mismo, y el no establecerlo significó infringir el artículo 459 del mismo texto, y los artículos 15, 141 y 391, todos del Código Penal.

En lo que respecta a la vulneración del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, se produce al escindir el delito y limitarlo a uno de sus extremos, omitiendo la existencia de lesiones causadas en vida, las que configuran el delito de torturas, como lo refrendan los informes del Servicio Médico Legal, producidas por acción de terceros.

DÉCIMO NOVENO: Que, en cuanto a la vulneración del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, ello se produjo al omitir un número importante de presunciones que precisamente apuntan a establecer la calidad de autor de Opitz Arancibia en el secuestro y homicidio calificado de Héctor García García, las que a fojas 9.307 y siguientes, se indican una a una, en un total de quince, las que se fundarían en hechos reales y probados, que a su vez son múltiples, y que fueron omitidas por los sentenciadores, y el no valorarlas supuso vulnerar los numerales 1º y 2º del artículo ya citado.

VIGÉSIMO: Que, de no haber incurrido en las trasgresiones denunciadas precedentemente -se afirma en el libelo-, no podrían haber concluido los jueces del fondo con absolver al acusado Opitz Arancibia, quien en cambio debió ser condenado como autor del delito de secuestro con homicidio calificado, por lo que solicita tal declaración, se acogiendo su reclamo, y se proceda a anular la sentencia atacada, y como contenido de la sentencia de reemplazo se dicte sentencia condenatoria.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en lo que toca al segundo recurrente de fondo, el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, al igual que la querellante particular, dedujo un recurso de casación en el fondo

basado en la misma causal, esto es, la séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, ya precisada en los motivos precedentes, denunciando como normas infringidas los artículos 457 y 488 del mismo texto, en relación a los artículos 15 N° 1 y 391 N° 1 del Código Penal, y luego de reproducir los hechos establecidos en la sentencia, sostuvo en síntesis, que la dinámica acreditada es que el ofendido fue primero interrogado en su domicilio, para luego ser detenido en dependencias del Hospital de Buin, durante la madrugada y mañana del 13 de agosto de 1974, respectivamente, siendo llevado por una patrulla militar al mando del Subteniente Opitz, al Cuartel 2 del Cerro Chena, lugar en el que funcionaba como campo de prisioneros políticos.

Reproduce, más adelante, el motivo octavo de la sentencia de primer grado, en particular los contenidos de sus letras b.-, d.-, e.- y h.-, destacando que en la especie se trata de cuerpos militares subordinados en que la línea de mando se reconoce como un elemento esencial, no sólo para entender o explicar las responsabilidades administrativas, sino incluso las penales, por lo que se afectó el contenido de los artículos 457 y 488 del Código de Procedimiento Penal, en particular al

dejar de aplicar la prueba de las presunciones, siendo a todas luces procedente, la que fue omitida en número importante, y que precisamente establecen la calidad de autor que Opitz tiene en el delito de homicidio calificado de García García, por lo que solicita que se acoja su reclamo, se dicte sentencia de reemplazo, en la que se declare que se condena al acusado a las sanciones impuestas en el fallo de primer grado, como autor del delito señalado.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, como se aprecia, dadas las similitudes que presentan ambos libelos, lo que se traduce en la misma causal esgrimida en cada uno de ellos, desarrollo de los mismos, así como que en sus peticiones finales, ambos se refieran a la anulación de la sentencia absolutoria de segundo grado por vulneración de leyes reguladoras de la prueba, y proceder a la dictación de una sentencia de reemplazo condenatoria respecto del imputado Opitz Arancibia,

aconseja que sean tratados y resueltos de forma conjunta, y así evitar repeticiones que resultan del todo inoficiosas.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, previo a entrar a analizar si los presupuestos indicados en los recursos de casación en el fondo son efectivos, cabe destacar que la realidad fáctica establecida en la instancia aparece descrita en el motivo quinto del fallo de primer grado, el que se reprodujo por el de alzada, que en su motivo segundo lo separó 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 y,

g) Este hecho se materializó cuando la víctima se encontraba imposibilitada de defenderse y repeler la agresión.

Luego, reiterando el criterio del tribunal de primer instancia expuesto en su motivo sexto, la Corte de Apelaciones de Santiago estimó 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, transcribiendo la norma y sus cinco numerales.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, al respecto, el acusado negó su participación en los hechos establecidos precedentemente. Sin embargo con los elementos de cargo que se desarrollaron en el motivo octavo de la sentencia del a quo, quedó solamente acreditado que intervino a cargo de una patrulla, en la interrogación de la víctima en su domicilio en horas de la madrugada, y que luego de haberse retirado, debió concurrir en horas de la mañana al Hospital de Buin en busca de la víctima y trasladarla hasta el Cuartel Dos del Cerro Chena, donde funcionaba la Escuela de Infantería de San Bernardo.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, a fin de analizar el establecimiento de la participación del procesado en el homicidio del ofendido García García, respecto del cual se le imputa participación de autor al enjuiciado de autos, se expresó que su comportamiento no se adecúa a ninguno de los supuestos del artículo 15 del Código Penal, así se dijo que respecto de su numeral primero, referido a los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite, supone intervenir en un proceso causal dirigiéndolo en el sentido descrito por el tipo penal, en que el sujeto activo 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. Respecto del numeral segundo, referido a los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo, se sostiene en el fallo atacado que el inductor genera en otra persona la voluntad delictiva; en tanto que por su numeral tercero, circunscrito a 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, se refiere a la co-autoría, cuya esencia radica en que cada uno de los que intervienen, deben estar de acuerdo o participar fácticamente en el hecho común a todos. VIGÉSIMO SEXTO: Que, en consecuencia -concluyen los jurisconsultos-, la voz autoría respecto al homicidio calificado investigado no alcanza ni comprende la actividad efectivamente

comprobada como desarrollada por el acusado Opitz Arancibia en tal ilícito, único por el que aparece procesado a fojas 7.406 y siguientes del Tomo XIX, y luego acusado judicialmente a fojas 7.677 y siguientes del Tomo XX, toda vez que respecto de la acusación particular que rola a fojas 7.695 y siguientes, interpuesta por la parte querellante y demandante civil, ésta aparece que fue desechada en el fallo de primer grado por las deficiencias que se indicaron en su motivo décimo, debidamente reproducido por la de alzada, aspecto que no fue reclamado oportunamente por los medios que autoriza la ley ante el tribunal de alzada respectivo, tal como ya quedó refrendado en el considerando duodécimo del presente veredicto, referido al recurso de casación en la forma interpuesto por la misma parte.

En consecuencia, la intervención comprobada sólo se limitó a la detención y traslado de la víctima a dependencias de la Escuela de Infantería, pero esas acciones no constituyen el hecho típico descrito en el artículo 391 N° 1 del Código Penal en sus cinco numerales.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, además, se consignó el mérito de lo declarado por testigos cuyos dichos se recogen en el motivo cuarto del fallo de primer grado, debidamente reproducido por el de segundo grado, y que se analizan en el motivo séptimo de este último, de todo lo cual aparece establecido en forma fehaciente que fue el soldado Jorge Ernesto Conell Alarcón quien dio muerte a García García, y así lo declaran dieciocho testigos, diecisiete de ellos conscriptos que cumplían con su servicio militar obligatorio en la Escuela de Infantería de San Bernardo en la fecha en que ocurrieron los hechos, y el restante (Meza Sumelzú), era suboficial de Ejército en la Compañía Morteros, Cuartel 2, Cerro Chena, cuyo comandante era Germán Barriga, expresando Jorge Carlos Bozan Olivares, que "supo por comentarios que el doctor Héctor García estaba detenido, agrega que tiempo después se enteró de la muerte del referido médico"; 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 Cárdenas 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".

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, a lo anterior se suma el sobreseimiento definitivo dictado de conformidad al artículo 408 N° 5 del Código Procedimiento Penal, respecto de dicho imputado, el que rola a fojas 7.640 y siguiente, aprobado a fojas 7.656, ambas del Tomo XX de

estos antecedentes.

VIGÉSIMO NOVENO: Que de lo analizado, ha quedado fehacientemente establecido que el autor material de los disparos que causaron la muerte a la víctima fue un conscripto, quien se encuentra actualmente fallecido, y que a la fecha de los hechos cumplía con su servicio militar en la Escuela de Infantería de San Bernardo, cuya identidad es Jorge Ernesto Connell Alarcón .

TRIGÉSIMO: Que, por otra parte, del mérito de las probanzas allegadas al proceso y analizadas detalladamente en la sentencia, no resultan suficientes tampoco para acreditar conforme al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, que el enjuiciado haya dado orden o instrucción alguna al soldado Connell Alarcón, respecto de causar la muerte del médico García García; además, desprenden que atento el grado de jerarquía que el querellado 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, constituye un elemento que contribuye a impedir imputar alguna conducta de autoría al enjuiciado, esto es, tomar parte en la ejecución conforme lo describe la citada disposición legal del artículo 15 del Código Penal.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, por ello es que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que dispone que 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, los jueces resolvieron absolver de la acusación al inculpado, en contra del cual estimaron que sólo aparecen indicios de culpabilidad en el proceso, los que no alcanzan a conducir al tribunal a la convicción condenatoria que exige la ley, en cuanto a considerar que ha sido el autor del hecho que se le imputa, cuya comisión reiteradamente negó.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, como se aprecia, los elementos de prueba reunidos en la indagación para establecer la existencia del

delito, están consignados en el considerando Cuarto de la sentencia del a quo, reproducida por el de alzada, y su ponderación aparece efectuada con arreglo a l

as normas legales, lo que les permitió concluir que los hechos descritos en el motivo quinto del fallo de primer grado, dividido por el de alzada en la forma señalada en el motivo vigésimo primero del presente fallo, si bien configuran el delito de homicidio calificado de Héctor Victoriano García García, lo cierto es que su autor se encuentra plenamente identificado, siendo quien lo ultimó en horas de la mañana del día 13 de agosto de 1974, en un bosque cercano a la Escuela de Infantería de San Bernardo, Cuartel 2, Cerro Chena, sin establecerse legalmente la intervención en él, de Pablo Gabriel Opitz Arancibia.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, en cuanto a las consideraciones esgrimidas por los recurrentes de casación en el fondo respecto de la participación en el hecho punible establecido, que atribuye al encausado en la acusación de oficio, a la cual adhirió el Programa de la Ley N° 19.123, cabe precisar lo siguiente:

A.- Que se cuestiona la ausencia de los dichos de una serie de testigos, como son los provenientes de José Aliaga López, Juan Carlos Céspedes, Vicente Lobos Bustamante, Luis Arévalo Céspedes, Francisco Cáceres López y José Lezana Morán, los que en su conjunto establecerían como hecho cierto y probado que el acusado tuvo un papel protagónico en la suerte ulterior del detenido. En cuanto a lo primero, ello no es efectivo, pues aparecen debidamente incluidos en el motivo Cuarto del fallo del a quo, reproducido por el de alzada, pero que producto de su valoración, materia en que son soberanos los jueces del fondo, no fueron estimados suficientes para arribar a la convicción condenatoria que requiere la ley, sin que esa conclusión diferente de la deseada por la parte recurrente permita suponer necesariamente y en forma automática un error de derecho, el que de todas formas no se aprecia.

B.- Que, en cuanto al contenido de las declaraciones destacadas precedentemente, debe señalarse que se trata de testimonios de oídas, y tres de ellos (Céspedes, Lobos y Lezana) si bien son

presenciales en lo que respecta a haber integrado la patrulla que materializó la detención del ofendido de autos (lo que no ha sido discutido), en cuanto a su muerte, en nada difieren de lo concluido por el tribunal de alzada, esto es, que quien mató al ofendido de autos fue Connell Alarcón, y el único que afirma que habría sido Opitz Arancibia quien dio la orden de matar al médico García García, es José Aliaga López, quien corresponde a un testigo singular de oídas, que no encuentra siquiera correlato con los otros que se mencionan por el recurso. Incluso, el deponente Céspedes expresó que fue Connell Alarcón quien le reconoció personalmente que había disparado y matado al médico García García, misma información que avalan Lobos y Cáceres, en tanto que Arévalo y Lezana, se limitan a dar detalles respecto de la detención previa, sin ninguna información respecto de su muerte.

C.- Que, en cuanto a la división del tipo penal, considerando tan sólo el homicidio calificado y no el secuestro previo, lo cierto es que como ya se anticipó, sólo por el primer ilícito fue procesado el acusado Opitz Arancibia a fojas 7.406 y siguientes del Tomo XIX, y luego acusado judicialmente a fojas 7.677 y siguientes del Tomo XX, toda vez que respecto de la acusación particular que rola a fojas 7.695 y siguientes, interpuesta por la parte querellante y demandante civil, ésta aparece que fue desechada en el fallo de primer grado por las deficiencias que se indicaron en su motivo décimo, debidamente reproducido por la de alzada, aspecto que no fue reclamado oportunamente por los medios que autoriza la ley ante el tribunal de alzada respectivo, tal como ya quedó refrendado en el considerando duodécimo del presente veredicto; en tan to que el programa de la Ley N° 19.123 optó derechamente por adherirse al cargo formulado en la acusación judicial.

D.- Que, si bien el enjuiciado, a pesar de su negativa, se comprobó que integró la patrulla que detuvo al ofendido para entregarlo posteriormente a la unidad militar que funcionaba al interior del Cuartel 2, Cerro Chena, no reconoció haber ultimado al ofendido, ni tener relación con ello. Por ello es que de los antecedentes expuestos, no es

factible desprender mediante inferencias, que aquella persona desarrollara actuaciones propias de la autoría ni menos que hubiera mandatado al conscripto Connell para matar al ofendido, sin que las descripciones de la jerarquía militar acudan para sustentar por sí solas una imputación de autoría u otra penalmente punible, en la que debieran comprobarse, dada las circunstancias del caso, a lo menos los términos de la autoría mediata, referida al mando, conforme las diez declaraciones citadas a fojas 9.304 del recurso.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en cuanto a las normas citadas como reguladoras de la prueba que habrían resultado vulneradas, debe recordarse que tal como ha señalado en forma reiterada este tribunal, sólo son reglas reguladoras de la prueba aquéllas que establecen medios de prueba, que señalan la parte que debe probar y las que fijan el mérito de los medios de convicción legal. Y dado que algunas de las disposiciones que se citan en los recursos no tienen tal carácter o en atención a la manera en que han sido esgrimidas, no aparecen revestidas de la condición de ser reguladoras de la prueba, porque rigen situaciones que contemplan una facultad de los jueces para su valoración.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, conviene igualmente dejar en claro que la sentencia cuya anulación se intenta, en parte alguna violentó, como pretenden los comparecientes, el artículo 457 del código procedimental penal, toda vez que dicho precepto sólo constituye una norma reguladora de la prueba en cuanto se refiere a los medios legales por los cuales se comprueban los hechos en un juicio criminal, pero el reproche de los recursos se dirige más bien a cuestionar la inobservancia de las disposiciones que gobiernan los medios que dicha norma comprende por lo que en tales condiciones, la contravención del referido precepto no llega a concretarse.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, en lo que toca al atropello del artículo 459 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en la forma en que ha sido propuesto, no reviste el carácter de regla reguladora de la prueba, desde que la misma no constituye o impone coto a las facultades de los tribunales de instancia en cuanto a la ponderación de la prueba. En

efecto, se alega el desconocimiento del mérito a la testifical rendida que destaca, o sea, se reprocha la ponderación que se hizo de esos testimonios, sin considerar que constituye una atribución discrecional para el juez de la causa la apreciación de los mismos. A lo que cabe agregar que incluso el artículo 464 de la misma compilación, habilita para desestimar las declaraciones de que se trata, o asignarles el valor de una presunción, lo que también es facultativo para el tribunal.

Enseguida, el pretendido desconocimiento del artículo 472, referido a la prueba pericial, tampoco alcanza a configurar el quebranto de una norma reguladora de la prueba, pues dicho precepto no contiene una regla absoluta de valoración de los informes periciales, sino que entrega al juzgador una prerrogativa para estimarlos o no como prueba suficiente de la existencia de un hecho, si dicho dictamen no estuviera contradicho por el de otro u otros peritos, todo de acuerdo al valor que le asigne al conjunto de circunstancias que la misma norma considera. Al respecto es muy precisa la opinión del profesor Ortúzar: "En cuanto al valor probatorio del informe de peritos, la ley le otorga también un valor máximo facultativo para el juez. La fuerza probatoria del dictamen de peritos puede oscilar, según el criterio del juez, desde el de una presunción más o menos fundada hasta el de prueba suficiente del hecho, de acuerdo con las condiciones de calidad de que aparezca revestido. (Arts. 472 y 473) ". "La disposición infringida debe encerrar un mandato obligatorio para el juez, por ser de observancia estricta en cualquier circunstancia o con la concurrencia de presupuestos precisos, establecidos en el fallo o en cuya apreciación no quepa discrecionalidad alguna." (Waldo Ortúzar Latapiat, LAS CAUSALES DEL RECURSO DE CASACION EN EL FONDO EN MATERIA PENAL, Editorial Jurídica, 1958, pp. 473 y 493.)

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, finalmente, en cuanto a la invocación del artículo 488 del Código Procesal Penal, es pertinente dejar en claro que conforme ha expresado la jurisprudencia reiterada de este tribunal, sólo una porción de la aludida norma legal "no su integridad" reviste el carácter de ley reguladora. Es así como sólo dos de los presupuestos descritos por el mentado artículo 488 pueden ubicarse

dentro de tales parámetros, a saber: el N° 1°, atinente a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; y el N° 2°, en aquel segmento que apunta a que deben ser múltiples, dado que ellas envuelven restricciones a la facultad de apreciación del juez que quedan al margen de su ponderación personal e intrínseca de la prueba. Por el contrario, el elemento de la gravedad inserto en el mismo ordinal y los restantes que se contienen en los otros guarismos de dicho precepto permanecen al margen de la esfera del recurso de casación en el fondo, porque importan cánones que, por sus características, se comprenden en las prerrogativas exclusivas de los jueces del grado a cuyo exclusivo criterio ha de quedar sujeto justipreciar tanto la gravedad, como la precisión, concordancia y conducción lógica y natural de los indicios judiciales a la demostración de los hechos punibles que de ellos se procura deducir, por lo que escapa por completo al conocimiento del tribunal de casación, dado que se trata de un asunto de hecho que debe ser apreciado por los falladores de la instancia.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, una presunción judicial es ?la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona.? (artículo 485 del Código de Procedimiento Penal), y constituye el ejemplo más relevante de la prueba indirecta, la cual reside en la inferencia que induce del hecho conocido el hecho sometido a prueba, o sea, que el resultado se obtiene por razonamiento en lugar de ser comprobado o declarado verbalmente por escrito, como en las otras pruebas. (Graciela Latorre Ceballos, ?Las presunciones en el proceso penal?, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria S.A., 1964, p. 145; Francois Gorphe, ? De la apreciación de las pruebas?, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa- América, 1955, p. 250)

Las presunciones judiciales, como sus semejantes las legales, parten

de lo conocido a lo desconocido, pero esta circunstancia es especialmente importante en materia penal en que el juez a diferencia del magistrado civil que dispone de una versión de los hechos establecida por las partes, actúa ante lo desconocido y a él le incumbe la búsqueda del autor del hecho o la determinación de la forma en que habría actuado en su perpetración.? (Latorre, cit., p. 145)

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, en doctrina suele diferenciarse entre indicios y presunciones, conceptos que nuestro Código de Procedimiento Penal identifica, según se desprende del propio mensaje, unido al texto de los artículos 110 y 457. En realidad- apunta el entonces Ministro de esta Corte don Marcos Libedinsky Tschorne, en su prevención contenida en la sentencia del 30.05.1995, recaída en proceso seguido contra Manuel Contreras y otro- debe concluirse que el indicio y la presunción son conceptos diferentes pero que se relacionan, por cuanto el indicio (la voz latina *indicium* deriva de *indicere*, que significa indicar, hacer conocer algo) es un hecho conocido del cual se infiere la existencia de otro hecho desconocido, mediante un razonamiento del juez que es lo que constituye la presunción. Este es el alcance del artículo 485 del Código de Procedimiento Penal en cuanto señala que la presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso (indicio o hecho indiciario), deduce el tribunal (razonamiento, operación mental de inferencia lógica) ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona. (RDJ, t. XCII, 1995, 2ª parte, secc. 4ª, pp. 70 y s.s.)

CUADRAGÉSIMO: Que es menester diferenciar la presunción de las sospechas y conjeturas - aún cuando existe entre estos tres términos una relación estrecha- ya que las dos últimas son anteriores a los indicios y provocan sólo un ligero juicio, por la vaguedad e imprecisión de los indicios no certificados. (Latorre, cit., p. 160)

La conjetura es el juicio probable que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones. La sospecha es el recelo que se forma sobre la verdad o falsedad de alguna cosa o hecho.

(Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, Garnier Hnos, p. 1545). Para Dellepiane, la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre el camino a la duda, como basada en un indicio bruto, en un indicio que requiere verificarse. Estima que la sospecha sola o acompañada de otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada, pero nunca puede ser fundamento de una condena. (Dellepiane Antonio, ¿Nueva Teoría General de la Prueba?, Abeledo, Buenos Aires, 1938, pp. 93 y s.s.) Por lo que la prueba de presunciones, ¿basada sobre la inferencia o el razonamiento, tiene, como punto de partida, por tanto, los hechos o circunstancias que se suponen probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, que constituye la X del problema, ya sea una incógnita por determinar, ya un dato por completar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado. ¿ (Gorphe, cit., p. 250)

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 488 Nro. 1 del Código de Enjuiciamiento Criminal, las presunciones judiciales sólo pueden llegar a configurar una prueba completa de un determinado hecho, si se basan en hechos reales y probados y no en otras presunciones, legales o judiciales. No es posible sacar una presunción de otra presunción. El legislador se refiere aquí a la ¿calidad? de los hechos y las condiciones de reales y probados que exige la disposición, se satisfacen si los hechos han sido probados por otros medios legales diferentes de la presunción, o sea, que hayan sido legalmente comprobados en el proceso, excluyendo como medio de la comprobación a las presunciones de cualquier naturaleza. (Latorre, cit., p. 178) Los hechos generadores deben hallarse probados en la causa y esta prueba debe constar por los otros medios, vale decir, no por otras inferencias. (Mauricio Silva Cancino, ¿Las presunciones judiciales y legales. Construcción lógica de las pruebas indirectas? Editorial Jurídica Ediar ash Conosur Ltda., 1989, p. 58)

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, como ya se adelantó, sobre la única base disponible para esta Corte, cuales son los antecedentes reunidos en la indagación, respecto de los cuales ya se hizo referencia en los motivos anteriores, no es posible tener como hechos probados, que resultan esenciales, atendidas las características y circunstancias del ilícito por el que fue procesado y acusado Pablo Gabriel Opitz Arancibia, que el mismo hubiera ultimado al ofendido García García, dado que se encuentra debidamente acreditado que su autor directo e inmediato fue Jorge Ernesto Conell Alarcón, ni que hubiera dado a éste último la orden o instrucción de hacerlo, por lo que no se está en condiciones de dar por acreditada, a través de presunciones judiciales que satisfagan todas las exigencias contenidas en el artículo 488 del Código del Ramo, la participación del encausado, en calidad de autor, en el delito cuya comisión se ha tenido por establecida, no obstante existir, ciertamente, múltiples y fundadas sospechas e incluso conjeturas al respecto.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que el Mensaje del Código de Procedimiento Penal consigna como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto de vista indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo, afirmación ésta, que en el derecho positivo aparece consagrada en el 456 bis del Código de Enjuiciamiento Criminal.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que en concepto de la jurisprudencia, ¿no bastan para condenar las presunciones que permiten deducir que se ha cometido un delito y que él debe haber sido realizado por una persona o alguna de varias personas que aparecen sindicadas en el mismo, si no llegan a establecer cuáles fueron precisamente las que lo cometieron o que lo fueron todas; es decir, no bastan para condenar las presunciones que sirven para comprobar el cuerpo del delito, pero no descubren la persona del delincuente.? (SCA Talca, 29.12.1913, G. 1913, 2º sem., No. 1.105, p. 3179, cit. en Repertorio del Código de

Procedimiento Penal, T.II, p. 270)

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que como corolario de todo lo razonado, estos sentenciadores no aprecian la existencia de ningún yerro de derecho ni vulneración de norma reguladora de la prueba, en atención a que la decisión absolutoria reclamada lo ha sido en razón de no hallarse suficientemente acreditada a través de los medios de prueba que enumera el artículo 457 del Código citado, la participación culpable del acusado, lo que se enmarcó en el ejercicio de facultades que les son privativas a los jueces del fondo, materia en la que son soberanos, sin que una diferente apreciación de los mismos autorice desde ya la interposición de los medios de impugnación aquí analizados, lo que conlleva a que los recursos de casación en el fondo interpuestos, no puedan prosperar en ninguno de sus extremos.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 535, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, SE RECHAZAN los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por el Abogado Sr. Nelson Caucoto Pereira, contenidos en lo principal y primer otrosí de fojas 9.294, así como el de fondo, de lo principal de fojas 9.311, deducido por el Abogado Joseph Béreaud Barraza, dirigidos en contra de la sentencia de siete de mayo de dos mil nueve, escrita desde fojas 9.288 a 9.293, ambas inclusive, la que en consecuencia, no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus tomos agregados.

Redacción del Ministro señor Segura.

Rol N° 3881-09.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema, Presidente Sr. Segura, y los Ministros señores Rodríguez, Dolmestch y Künsemüller, y el abogado integrante señor Hernández. No firman los Ministros Sr. Segura y Sr. Rodríguez, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo, por encontrarse con licencia médica el primero y con feriado legal el segundo.

Autorizado por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a dos de diciembre de dos mil diez, notifiqué en
Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.