

Antofagasta, doce de octubre del año dos mil dieciséis.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, sustituyendo, primero, la palabra "der", de la segunda línea del considerando cuarto, por el término: "de". En segundo lugar el término "alparecer", de la sexta línea de fojas 2690, por las palabras: "al parecer". En tercer lugar, el término "nombre" de la tercera línea de fojas 2690 vuelta por la palabra: "nombré". En cuarto lugar, las palabras "Que los", con que se inician los hechos referidos en el considerando octavo, a fojas 2692, por el término: "Los". En quinto lugar, el término "sien", de la primera línea del párrafo final del considerando vigesimonoveno, por la palabra "bien" y asimismo se eliminan los considerandos 12°, 14°, 15°, 24, 28, 34, 35.

Se tiene presente además, en su lugar, lo siguiente:

PRIMERO: Que en la sentencia apelada y su complementaria, primero se rechazaron las excepciones de amnistía y prescripción opuestas por las defensas de Martínez Mella, Álvarez Jalabert, Gutiérrez Rodríguez y Contreras Vidal. Asimismo la del Fisco de Chile a fojas 2460. En segundo lugar se absolvió a Martínez Mella de la acusación fiscal, adhesión y acusación particular, que le consideraba autor del delito contemplado en el artículo 393 N° 1, del Código Penal que privó de la vida a Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth del Carmen Cabrera Balarritz y Luis Alberto Muñoz Bravo. En tercer lugar, condenó a Sergio Tomás Gutiérrez Rodríguez, Ricardo Antonio Álvarez Jalabert y a Carlos Segundo Contreras Hidalgo como autores del delito contemplado en el artículo 393 N° 1, del Código Penal que privó de la





PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
CORTE DE APELACIONES ANTOFAGASTA

vida a Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz y Luis Alberto Muñoz Bravo. En cuarto lugar, rechazó las excepciones de pago y prescripción opuestas por el Fisco de Chile, sin costas y, en quinto y último lugar, acogió la demanda civil deducida a fojas 2424 por Jovan Teodorovic Cabrera, condenando al Fisco de Chile a pagarle por concepto de indemnización del daño moral causado por el homicidio de sus padres Nenad Teodorovic y Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz, la suma de \$100.000.000 más el reajuste correspondiente al alza que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde el mes anterior al que esta sentencia quede ejecutoriada y el mes que preceda al de su pago, y más los intereses corrientes para operaciones reajustables, desde que el deudor se constituya en mora.

SEGUNDO: Que las defensas de Sergio Tomás Gutiérrez Rodríguez, Carlos Segundo Contreras Hidalgo y Ricardo Álvarez Jalabert, en lo principal de los escritos de fojas 2724, 2820(2827) y 2868(2876), por el agravio de causarle la sentencia un gravamen irreparable, apelan a objeto que se revoque la sentencia o se la modifique, con costas.

TERCERO: Que Rodrigo Ignacio Lledo Vásquez por el Área Jurídica del Programa Continuación Ley 19.123(Programa de Derechos Humanos) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por considerar agravante la sentencia, apela a objeto:

a) Basado en las pruebas que especifica, de las que fluye la participación de Manuel Jesús Martínez Mella en el homicidio calificado de Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz y Luis Alberto Muñoz Bravo, que se le condene en calidad de autor del



delito ya señalado.

b) Fundamentado en las probanzas que especifica, de las que fluye la participación de Sergio Gutiérrez Rodríguez, Ricardo Álvarez Jalabert, Carlos Contreras Hidalgo y Manuel Martínez Mella en el secuestro de Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz y Luis Alberto Muñoz Bravo, que se le condene en calidad de autores del delito ya señalado.

c) De rechazar la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, por la ínfima posibilidad de hacer justicia en la época de los hechos y corresponde al juez considerar que la conducta de los sentenciados ha sido irreprochable, lo que solamente es posible si estaba exenta de reproche, "lo que no se cumple".

d) Considerar concurrentes en perjuicio de los encartados, las agravantes de los números 8, 11 y 12 del artículo 12 del Código Penal imponiendo la máxima pena posible.

CUARTO: Que Carlos Bonilla Lanas, abogado procurador fiscal, por el FISCO DE CHILE, basado en que la sentencia le causa agravio al rechazar las excepciones de pago y las de prescripción extintiva que opuso a la demanda de indemnización de perjuicios por daño moral, deducida por Jovan Teodorovic a objeto que se revoque la sentencia, declarando en su lugar que se rechaza íntegramente la demanda ya señalada.

QUINTO: Que Gastón Puchee Arosteguy por el demandante Civil Jovan Luciano Teodorovic Cabrera apela en contra de la sentencia que acogió la demanda civil e





indemnizó el daño moral en la suma indicada en la misma, debido a que ella le causa agravio al no considerar en forma íntegra el perjuicio síquico sufrido, lo que sólo puede repararse con lo pretendido en su acción, aumentando el monto fijado en el fallo o a la suma que se determine conforme al mérito del proceso, pero en todo caso mayor a la decretada, con costas.

EN CUANTO A LO PENAL:

SEXTO: Que a la época de ocurrencia de los hechos materia de esta causa, conforme a lo establecido en los Decretos Leyes números 3 y 5, de 11 y 12 de septiembre de 1973, el país y consecuentemente la Región de Antofagasta se encontraba en estado o tiempo de guerra interna, ejerciendo el poder ejecutivo en todo el país, incluyendo Antofagasta la Junta Militar y los órganos y personas que determinó la misma.

SÉPTIMO: Que el día 15 de septiembre de 1973, se produjo la muerte de Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz y de Luis Alberto Muñoz Bravo que se investiga en esta causa, por hemiperitoneo y hemitórax, desgarró hepático y pulmonar, heridas múltiples de arma de fuego, respecto al primero; por destrucción masa encefálica, fracturas múltiples de cráneo, herida transfixiante de arma de fuego, en el caso de la segunda y por herida transfixiante craneana, de bala, herida de bala bronco-abdominales, lesiones causadas por proyectil de arma de fuego, en el caso del tercero.

Dichos decesos y la causa de la muerte resultaron establecidos además de sus pertinentes certificados de defunción de fojas 127, 126 y 125 respectivamente, por los informes periciales médico forense del Servicio Médico Legal, de fojas 1508 a 1528, en el caso de Nenad Teodorovic, de





fojas 1354, a 1393, respecto de Elizabeth Cabrera y de fojas 1162 a 1179, en cuanto a Luis Muñoz, en los que constan asimismo que los proyectiles en el caso del primero y tercero, los recibieron estando de espalda a quienes les dispararon, y a corta distancia.

La muerte de las víctimas ya individualizadas la establecen asimismo los testimonios contestes de Arturo Humberto Osores Cornejo, de fojas 1, 173, 771 y 782 vuelta, de Humberto Caupolicán Muñoz Bravo, de fojas 110 a 114 (extrajudicial) la que fue ratificada judicialmente a fojas 232; de Edmundo López Escanilla de fojas 406 (extrajudicial) y 776 en que ratificó la primera; de Rafael Augusto Moraga Moraga de fojas 409 (extrajudicial) y 791, en que ratificó la anterior; de Rubén Segundo Cáceres Herrera, de fojas 411 (extrajudicial) y 720, en que ratifica la anterior; de Rubén de la Cruz Salvador Collao de fojas 427 (policial) y 789, en que ratifica la extrajudicial; de Héctor Raúl Pérez Prieto, de fojas 720. Dichos testimonios, entregados bajo juramento (salvo el caso del primero, que depuso exhortado a decir verdad), relativos a las muertes de las víctimas ya señaladas, por las personas indicadas, quienes dan como razón de lo que declaran, la circunstancia de ver los cadáveres con sus propios sentidos, por cumplirse a su respecto los supuestos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, permiten formarse convicción de la existencia de dichas muertes.

Los informes periciales del Servicio Médico Legal de las víctimas deben estimarse como presunción fundada por haberlos proporcionados profesionales cuya competencia no ha merecido controversia alguna y de acuerdo a los conocimientos científicos vigentes toda vez que tampoco hubo cuestionamiento alguno a ellos y aparecen acorde con los



testimonios de las personas señaladas precedentemente.

OCTAVO: Que la circunstancia de haber sido detenidos Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz por la autoridad militar, que detentaba el poder en la época de sus decesos, resultó establecida por los expresado por todos los testigos mencionados en la motivación precedente, en la información publicada en el Diario El Mercurio de Antofagasta de 18 de septiembre de 1973, de fojas 81 y además en las declaraciones de Patricio Gerardo Ferrer Ducaud, de fojas 778, testimonios que permiten formar convicción sobre el particular, conforme lo establece el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, máxime si los testigos deponen en esta causa bajo juramento, respecto de hechos que apreciaron con sus propios sentidos y no desvirtuados por otra probanza. Y habiéndose producido la muerte de los detenidos ya individualizados, es dable inferir que ella se debió a los disparos que le efectuaron miembros de la patrulla del ejército que les conducía, desde la Intendencia de Antofagasta hasta Cerro Moreno.

NOVENO: Que el resultado de la muerte de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz debido a proyectiles balísticos (varios en el caso del primero y tercero y único, respecto a la segunda), sólo pueden estimarse como perseguido y querido por quienes accionaron las armas de fuego que los dispararon, por lo que dichos actos deben considerarse realizados con la voluntad y el ánimo subjetivo de lograrlo en esa forma, esto, con dolo directo. Por otra parte, quienes accionaron las armas de las que salieron los proyectiles que impactaron contra las espaldas de las víctimas ya individualizadas, como se indica expresamente en los informes médico legales de fojas 1508 y 1162, en lo que respecta al primer y tercer occiso, posición





corporal, que necesariamente debió ser la misma que tenía Elizabeth Cabrera al encontrarse detenida junto al primero con quien vivía.

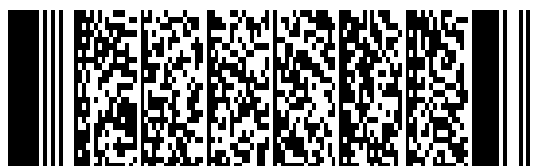
DÉCIMO: Que de acuerdo a Wikipedia, *"el fusilamiento es una forma de aplicación de la pena capital en que al reo se le ejecuta mediante una descarga de disparos, por un pelotón de fusileros"*, y se agrega que es *"un medio de matar legalmente reconocido durante siglos, especiales en los delitos que deben ser juzgados por la justicia militar. Es muy común por tanto en tiempos de guerra, como forma de ejecución sumaria"*.

Por su parte, de acuerdo al Diccionario de la RAE, fusilamiento corresponde a *"ejecución de una persona con una descarga de fusiles"*.

Considerando los conceptos anteriores como el concepto público y notorio de fusilamiento, la muerte de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz materia de esta causa, debe denominarse en dicha forma, por cuanto, correspondió a la ejecución de los mismos por descarga realizadas por personas provistas de armas de fuego.

UNDÉCIMO: Que la circunstancia de haber accionado las armas de fuego quienes estaban a las espaldas de los occisos, en indiciaria que éstos últimos no estaban en condiciones de advertir con sus ojos que se le iba a disparar y por ende de efectuar actos de defensa o evasión, encontrándose de consiguiente, en total indefensión y desamparo, frente a quienes dispararon en su contra, los que, indudablemente actuaban sobre seguro, máxime si se considera la calidad de miembros del Ejército, con preparación militar que tenían quienes trasladaban a los fallecidos desde la Intendencia hasta una base militar.

En estas condiciones la muerte de Nenad Teodorovic,



Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz debe calificarse como constitutiva del delito de homicidio calificado por la circunstancia primera (alevosía) del numeral primero del artículo 391 del Código Penal, toda vez quienes ejecutaron la acción homicida lo realizaron mediante un actuar sobre seguro, que es una de las circunstancias a que alude la norma legal citada, y que coincide con lo que plantea el profesor Mario Garrido Montt en su obra "*El homicidio y sus figuras penales*", Editorial Jurídica Conosur Ltda, Segunda Edición 1994, página 155.

Asimismo, ella puede considerarse como premeditada, toda vez que la circunstancia de haberse producido la muerte, durante un traslado en vehículo, desde un determinado lugar a otro, en un momento en que se detienen los móviles y bajan los fallecidos y quienes le disparan. Empero la circunstancia de premeditación, que corresponde a la circunstancia quinta del numeral primero del artículo ya mencionado del Código de castigos, en nada altera la calificación asignada a las muertes en cuestión en el párrafo anterior, toda vez que el tipo penal del homicidio calificado es una figura de hipótesis múltiples, por lo que la concurrencia de dos o más de ellas en nada alteran la calificación y tampoco cabe considerarlas como agravantes, como expresamente lo ordena el artículo 63 del Código Penal, al establecer que "*no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí misma constituyen un delito especialmente pena por la ley o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo*".

DUODÉCIMO: Que Sergio Tomás Gutiérrez Rodríguez, en sus declaraciones de fojas 461 y 767 niega haber





participado en la muerte de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz, pero respecto de dicha negativa de participación, debe tenerse presente por un lado, que el encartado, en su declaración policial de fojas 243, ratificada en la judicial de fojas 761, reconoció que ejerció el mando de la unidad de Comandos N° 3, ubicada dentro del Regimiento Esmeralda, Antofagasta en la data de las muertes investigadas en esta causa. A ello debe agregarse que lo mismo expresaron en sus declaraciones en la causa Fernando Eulogio Pineda Carrasco, a fojas 31, 142, 236 (todas policiales) y 353, en que ratificó las anteriores; de Luis Augusto Meza Espinoza, de fojas 34, 139 y 238 (policiales) y ratificadas judicialmente a fojas 353; de Luis Amado Quevedo Quezada, de fojas 37, 115, 245, 436 (policiales) y 445, en que ratificó las anteriores; de Sergio Nicolás Ortega Ojeda, de fojas 144, 240 (policiales) y 363, en que ratifica las anteriores, todas las cuales por reunir los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, permiten adquirir convicción sobre el mando que ejerció Gutiérrez Rodríguez. Por otro lado, como también lo reconoció el encartado en sus declaraciones en la causa, recibió la orden de efectuar el traslado de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz, lo que encargó a personal a su cargo, testimonio que aparece acorde con lo manifestado en ese sentido por Humberto Osoreo, Ricardo Antonio Álvarez Jalabert a fojas 480 (policial), 486 y 770; de Carlos Segundo Contreras Hidalgo, de fojas 766, lo que reiteró en careos de fojas 769 y 2595, testimonios que por cumplir los requisitos



del artículo 459 del Código Adjetivo Penal, constituyen plena prueba del encargo del traslado que hizo el encartado Gutiérrez Rodríguez.

DÉCIMOTERCERO: Que por otra parte la aseveración de Sergio Gutiérrez de no haber participado directamente en el traslado (la que no concuerda con lo expresado en contrario, por Arturo Humberto Osos Cornejo, relativo a que sí lo hizo) aparece apoyada por lo expresado por Álvarez Jalabert y Contreras Hidalgo, por lo que no se puede adquirir convicción de su presencia en el lugar en que se le disparó a los fallecidos, individualizados en esta causa y por ende no puede considerársele autor directo e inmediato del deceso de los mismos.

DÉCIMOCUARTO: Que Arturo Humberto Osos Cornejo y Carlos Segundo Contreras Hidalgo en sus declaraciones en la causa: fojas 1, 72 (policial), ratificada a fojas 173, el primero y de fojas 571 (policial) y 766, ratificando la anterior, manifestaron que escucharon a Sergio Gutiérrez manifestar que las personas que trasladaban desde la Intendencia de Antofagasta hasta la Base Cerro Moreno no podían llegar vivos a esta última, testimonios que en este aspecto, por referirse a algo que percibieron con sus propios sentidos, declarado bajo juramento y acorde con el resultado de la muerte de Teodorovic, Cabrera y Muñoz, por lo que cumplen los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, permiten formar convicción sobre lo que declararon, basados en que escucharon las personas anteriormente individualizadas y que, por haber sido emitida





por quien les mandaba como miembros del ejército, importan considerarlo como autor de la muerte de Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth Cabrera Balarriz y Luis Alberto Muñoz Bravo, en las condiciones en que se realizó, por fusilamiento, bajo el concepto precisado en los considerandos 10 y 11 precedentes, esto es, de homicidio calificado por la circunstancia de la alevosía, en la forma de autoría que establece el numeral 2° del artículo 15 del Código Penal, aplicable a *"los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo"*, toda vez que ordenó a personal bajo su mando (Álvarez Jalabert, Osoreo Cornejo, Martínez Mella, Contreras Hidalgo y otros, el traslado de los occisos, manifestando que los mismos no debían llegar vivos a su destino.

DÉCIMOQUINTO: Que en su declaración de fojas 486 Ricardo Antonio Álvarez Jalabert además de haber reconocido su participación en el traslado de Teodorovic, Cabrera y Muñoz el día y hora de los hechos, desde la Intendencia de Antofagasta hasta la base de Cerro Moreno, también confesó haber accionado su arma de fuego contra los mismos, debido a que arrancaban, testimonio que resultó apoyado, en cuanto a los disparos, por lo declarado por Osoreo Cornejo a fojas 1 y 173, y por Contreras Hidalgo a fojas 766, de que todos dispararon, testimonios estos dos últimos contestes a dicho respecto, basado en lo que apreciaron con sus propios sentidos y que estaba acorde con el resultado de muerte de las personas trasladadas, antecedentes probatorios que al tenor del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal permiten formar convicción que Ricardo Antonio Álvarez





Jalabert efectuó disparos en contra de quienes trasladaba, por lo que es autor de la muerte de ellos, en la hipótesis de autoría del artículo 15 en sus números 1 y 3 del Código Penal, por haber tomado parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa y haber facilitado los medios con que se llevó a efecto al disparar en contra de las víctimas.

DECIMOSEXTO: Que Carlos Segundo Contreras Hidalgo en su declaración de fojas 766 junto con manifestar que *"todos disparamos"* hacia el hombre y mujer que trasladaban, agregó que *"yo no disparé"*, lo que importa negar su intervención en las muertes investigadas en esta causa, existiendo por consiguiente contradicción en el testimonio que prestó. Asimismo sólo depone respecto de dos muertes, en circunstancias que los trasladados eran tres.

DÉCIMOSEPTIMO: Que el número de muertos, tres, de nombres Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz resulta acreditado con el testimonio de Álvarez Jalabert, Gutiérrez Rodríguez y Osoro Cornejo, a lo que se agrega lo publicado por el Diario El Mercurio de Antofagasta, agregado a fojas 81.

A ello se adiciona lo declarado, primero, por Gumercindo Edmundo López Escanilla de fojas 406 (policial), y judicial de fojas 776, de que eran dos hombres y una mujer, indicó haber informado al Sargento Contreras que la mujer estaba viva, ante lo cual ***"nos ordenó que saliéramos del lugar, disparándole en una oportunidad al parecer, en la cabeza, porque cuando la tomé del cuello sentí la sangre en mis manos"***, y que ratificó en la segunda e hizo presente en





la segunda en que ratificó la anterior, que si bien **"no está seguro si fue Contreras quien remató a la mujer, porque en esos momentos también se encontraban Osores, Mella y otra persona más que no recuerdo su identidad, al pasar unos minutos de que nos retiráramos del lugar se sintió un disparo, luego Contreras nos dice que volviéramos a recoger los cadáveres"** y en segundo lugar, lo manifestado por Héctor Raúl Pérez Prieto a fojas 720, en cuanto a que el camión militar en que viajaba se detuvo a un costado de la carretera y a unos cinco metros del jeep, que estaba detenido a orillas del camino, observando al Sargento Contreras, el cabo Osores y a un subteniente y **"en el suelo habían tres personas, dos hombres y una mujer, que estaban muertos... boca abajo"**, agregando que por un bando o por radio, me enteré de la explicación que daban los militares, **"esto es que las personas habían intentado fugarse por lo que los habían matado"**. Dichos testimonios por reunir los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la muerte real de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz, concordantes entre sí, y referidos a la participación de Contreras Hidalgo en dichos decesos, máxime si éste reconoce haber disparado, constituyen presunciones que permiten establecer la participación en cuestión, máxime si se considera los demás testimonios relativos a las muerte de las personas ya individualizadas. Dichos elementos de convicción resultan corroborados por lo manifestado por Osores Cornejo respecto a la intervención de Contreras Hidalgo en las muertes ya indicadas (a fojas 1) debiendo



considerarse a Carlos Contreras Hidalgo como autor de los delitos de homicidio calificado en análisis, en la hipótesis de autoría del artículo 15 números 1 y 3 del Código Penal.

DÉCIMOCTAVO: Que los antecedentes reunidos en esta causa no permiten formar convicción sobre la participación de Manuel Jesús Mella en la muerte de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz, toda vez que la única afirmación en tal sentido es la formulada por Arturo Osoreo pero la misma no es concordante con lo afirmado por Carlos Contreras quien si bien a fojas 766 coincidió con Osoreo, posteriormente cambió su testimonio en el careo de fojas 2598, en el que manifestó: **"no podría asegurar que el (Martínez Mella, con quien se careaba) haya participado en estos hechos y si lo señalé en su oportunidad, en este acto lo rectifico"** y añadió: que mantenía su declaración, con la rectificación que **"Martínez Mella no estuvo en el lugar del suceso"**. A lo indicado, debe agregarse que Sergio Gutiérrez y Ricardo Jalabert a fojas 2594 y 2596, respectivamente declaran categóricamente que Martínez Mella no estaba en la patrulla encargada del traslado (según el primero) y no concurrió al sitio del suceso (el segundo).

En estas condiciones las alegaciones formuladas por Rodrigo Ignacio Lledo Vásquez, jefe del Área Jurídica del Programa de Continuación Ley 19.123 (Programa de Derechos Humanos) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en su apelación de fojas 2729, aparecen carente de antecedente probatorio de peso que las respalde y por ende no existen antecedentes que permitan formar convicción de la





participación de Manuel Jesús Martínez Mella en el deceso de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz, por lo que debe absolverse de la acusación fiscal y particular que se le hizo en esta causa.

DECIMONOVENO: Que a la data de las muertes de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz, esto es, el día 15 de septiembre de 1973, en el que Chile estaba en estado de guerra interna, como se indicó en el considerando 6° precedente, se encontraban vigente como legislación chilena la Convención sobre Crímenes de Guerra de 1949, pues había sido ratificada por nuestro país y se promulgaron en los diarios oficiales de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, y por ende se debía aplicar lo dispuesto en el artículo 3° del mismo, sobre respeto de las personas que no participen directamente en las hostilidades e incluso de aquellos miembros de fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o quienes hayan quedado fuera de combate por detención, quedando prohibido los atentados a la vida de los mismos, especialmente el homicidio.

A ello debe agregarse, que conforme al artículo 49 del Tratado, los Estados Partes contratantes, están obligados a adoptar medidas legales para procurar las adecuadas sanciones a aplicar a las personas que cometen o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves, entre las cuales se encuentra "*el homicidio intencional*", debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, no pudiendo exonerarse a sí misma de las responsabilidades contraídas, a lo que debe agregarse, la Convención sobre



imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y el relativo a los delitos de lesa humanidad, a partir de la promulgación de la ley 20.357, que así lo establece. Por otro lado, cabe considerar que la Convención de Viena, sobre los Tratados Internacionales, vigente en Chile desde 1981, establece en su artículo 27, que no se puede invocar disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado, todo lo que hace procedente el rechazo de las excepciones de amnistía y de prescripción opuestas por las defensas de Ricardo Álvarez Jalabert, Sergio Gutiérrez Rodríguez y Carlos Contreras Hidalgo.

VIGÉSIMO: Que respecto a las alegaciones de por Rodrigo Ignacio Lledo Vásquez, jefe del Área Jurídica del programa de Continuación Ley 19.123 (Programa de Derechos Humanos) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en su apelación de fojas 2729, tendientes a condenar a los encartados por el delito de secuestro de su acusación particular, debe tenerse presente que en esta causa, las probanzas aportadas no permiten adquirir convicción de haber sido Sergio Gutiérrez Rodríguez, Ricardo Álvarez Jalabert, Carlos Contreras Hidalgo y Manuel Martínez Mella quienes detuvieron a Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz, y por el contrario, las pruebas recopiladas dan cuenta que la detención fue realizada por funcionarios no individualizados de la FACH, por cuanto así lo declararon Walkiria Muñoz Jaldin, a fojas 59, Humberto Muñoz Bravo, de fojas 110 (policial) y 232, en que ratificó la anterior; de Raúl Yáñez Cañedo, de fojas 147 (policial) y 367, en que ratifica la anterior; Guillermo Espinoza Bravo, de fojas 149 (policial) y fojas 229, en que ratifica la anterior; de Juana





del Carmen y Juan Fillippo, ambas Soler Jaldin, de fojas 180, 182 (policiales ambas), 233 y 1411, respectivamente, en que ratifica la anterior, por lo que se debe rechazar lo requerido en este aspecto por el recurrente individualizado en este considerando.

VIGÉSIMOPRIMERO: Que en esta causa no se ha recopilado probanza alguna que acredite que Ricardo Álvarez Jalabert, Sergio Gutiérrez Rodríguez y Carlos Contreras al cometer el homicidio calificado de Nenad Teodorovic, Elizabeth Cabrera y Luis Muñoz actuaron en cumplimiento de un deber, por lo que cabe desestimar la invocación de la causal de ex culpabilidad del número 10 del artículo 10° del Código Penal, máxime si se considera que conforme a la Convención sobre Crímenes de Guerra, que es legislación de Chile, por haber sido ratificada, las personas civiles y los partícipes en la guerra detenidos, deben ser tratados con humanidad y no puede perpetrarse a su respecto el delito de homicidio intencional, por lo que cabe desestimar la exculpante en análisis invocada por los encartados.

VIGÉSIMOSEGUNDO: Que de acuerdo a los extractos de filiación y antecedentes de fojas 1908, 1933 y 1948, Sergio Gutiérrez Rodríguez, Ricardo Álvarez Jalabert y Carlos Contreras Hidalgo, respectivamente, no registran condena anterior por crimen o simple delito, por lo que se debe reconocer en su beneficio, la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, desestimando la pretensión en contrario, planteada en el escrito de fojas 2729.

VIGESIMOTERCERO: Que corresponde desestimar la invocación de minorante del artículo 11 N° 1 del Código Penal, basada en concurrir en forma incompleta la exculpante del artículo 10 N° 10 del código ya señalado, habida consideración que dicha atenuante sólo procede en los casos





en que concurren la mayoría de los requisitos de la exculpante, pero la del artículo 10 N° 10, del Código Penal, sólo tiene un requisito: el cumplimiento de un deber; o el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, y en este caso las probanzas recopiladas no permiten adquirir convicción que haberse actuado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de cualquiera de las otras alternativas.

VIGESIMOCUARTO: Que la declaración de Álvarez Jalabert en esta causa no constituye una colaboración sustancial al esclarecimiento del delito de homicidio calificado materia de esta causa, toda vez que si bien permitió dilucidar la participación de otro de los condenados, también existían otros antecedentes que permitían alcanzar lo mismo, concordando con lo concluido a este respecto por la juez recurrida, en el fundamento 26 de la sentencia apelada.

VIGESIMOQUINTO: Que conforme al artículo 527 del Código de Procedimiento Penal, corresponde resolver sobre las agravantes de los números 8, 11 y 12 del artículo 12 del Código Penal, postuladas en las acusaciones particulares de fojas 2409 y 2417, y que ha reiterado la apelación de fojas 2729.

A este respecto, y concordando con el informe de la Fiscalía Judicial de fojas 2898, de los numerales 8 y del artículo 12 del Código de castigos, no resultan procedente en la especie, por cuanto la calidad de miembros del ejército que tenían Sergio Gutiérrez Rodríguez, Ricardo Álvarez Jalabert y Carlos Contreras Hidalgo al momento de la comisión del delito de esta causa, se ha tenido en cuenta para calificarlo como crimen de guerra y de lesa humanidad por lo que no cabe considerarlos al mismo tiempo como agravante,





criterio que es el que establece el artículo 63 del Código Penal, al disponer que *"no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí misma constituyan un delito especialmente penado por la ley o que ésta haya expresado para describirlo y penarlo"*. A ello se agrega, que *"tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse"*, máxime si se considera que los encartados no se prevalieron del carácter público de sus cargos, sino realizados en el marco de los sucesos posteriores al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

En cuanto a la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal de ejecutarlo de noche o en despoblado, que contempla el número 12 del artículo 12 del Código Penal, tampoco resulta concurrente en la especie, por estar dentro del concepto de actuar sobre seguro, que implica la circunstancia primera del artículo 391 N° 1 del Código Penal.

VIGESIMOSEXTO: Que siendo tres los muertos en los hechos de esta causa, necesariamente en este caso, se cometieron tres delitos de homicidio calificado, cada uno de los cuales debe sancionarse con la pena que fija al respecto el artículo 391 N° 1 del Código Penal, en su texto vigente a la época de los hechos y que es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo y al concurrir una atenuante en favor de los encartados y no existir agravante que le perjudiquen, se debe aplicar en el grado medio exclusivamente, determinándose su cuantía en la parte resolutive.

VIGESIMOSEPTIMO: Que de acuerdo al artículo 103 del Código Penal, si el responsable del delito juzgado, ***"se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la***





prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta".

Dicha disposición, resulta aplicable en este caso, toda vez que la causa se inició el 29 de enero de 2009, según resolución de fojas 45, presentándose los encartados con posterioridad a dicha data en la misma, habiendo transcurrido más de la mitad del término de quince años que el artículo 94 fija para la prescripción de los crímenes a los que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuo, por lo que, para la imposición de la sanción del delito, se considerará en beneficio de los encartados, la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas, y ninguna agravante.

Cabe tener presente que si bien el artículo 103 está dentro del título de la prescripción y luego de aquella, no extingue la responsabilidad penal que conlleva la prescripción con el pertinente sobreseimiento o absolución, toda vez que solamente establece que concurren en beneficio del autor del delito calificado como crimen de guerra o delito de lesa humanidad como es este caso, dos o más atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, todo lo cual conduce inequívocamente a incidir en la cuantía de la pena a imponer exclusivamente, pues ellas deben considerarse en la forma establecida en los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código ya indicado, esto es, para determinar la cuantía de la pena a imponer, pudiendo incluso rebajarla. Desde este punto de vista, la imprescriptibilidad que detentan los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad no impiden la





aplicación del artículo 103 del Código Penal por cuanto el reconocimiento de atenuantes muy calificada no impide juzgar y condenar a los autores de los delitos ya señalados, y tampoco la restringe o limita, en modo alguno, sino que faculta para imponer la pena en forma más leve.

Cabe tener presente además, que la reducción de la sanción es un principio de la legislación internacional, toda vez que conforme al artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el delincuente debe ser beneficiado con la pena más leve, en los casos en que ello es posible, como es cuando se establece una más benigna en la legislación posterior a la de la comisión del hecho.

VIGESIMOCTAVO: Que siendo tres los delitos, resulta más favorable para los sentenciados imponer una pena única por todos ellos, aumentada en un grado, como lo establece el inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la de presidio perpetuo, en vez de tres penas de presidio mayor en su grado medio, que corresponde imponer, de acuerdo al artículo 74 del Código Penal, en el caso de concurso material de ilícitos penales.

Ahora bien, al concurrir dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante respecto de los encartados, la pena determinada conforme a lo razonado en el párrafo precedente, se rebajará en tres grados, quedando en la de presidio mayor en su grado mínimo, y dentro de éste, se impondrá en su parte más alta en atención al daño, que además de importar la pérdida de la vida, conlleva perjuicio a sus familiares.

VIGESIMONOVENO: Que de la forma indicada en los considerandos precedentes, esta Corte difiere del dictamen de la Fiscalía Judicial, contenida en el informe de fojas 2926,



en relación a la forma de autoría y al quantum de la pena a imponer a los encausados.

EN CUANTO A LA DEMANDA CIVIL:

TRIGÉSIMO: Que por la muerte de sus padres Nenad Teodorovic y Elizabeth Cabrera mediante el delito de homicidio calificado materia de esta causa, Jovan Luciano Teodorovic Cabrera dedujo demanda civil de indemnización del daño moral que ello le produjo, requiriendo el pago de \$1.300.000.000.- por dicho concepto, en contra del Fisco de Chile. Este último, en su contestación, opuso las excepciones de pago, de prescripción, y en subsidio de ellas, pidió considerar excesivo lo demandado, considerando en cuanto al monto que se determine, lo percibido como beneficio por el demandado y con reajuste e intereses sólo desde la fecha de la sentencia. Ello implica que el Fisco demandado, no controvierte la existencia del hecho que causó el daño al demandante así como el sufrimiento síquico que ello produjo al actor civil y tampoco discute la existencia de fundamentos legales de la indemnización por daño moral.

TRIGESIMOPRIMERO: Que la muerte de sus padres por disparos de miembros del Ejército el día 15 de septiembre de 1973, cuando el demandante civil tenía 2 años de edad, le afectó espiritualmente, ya que creció sin sus padres, en casas de familiares y que consta en el informe de la psicóloga Skarlett Vergara Pérez de fojas 2618 en el que indica que su abuela no pudo darle la afectividad y protección paterna y materna, resultando victimizado como huérfano, informe que aparece concordante con lo expresado por el médico psiquiatra Enrique Sepúlveda Marhalls, de fojas 2626, en que se indica que la vivencia sin sus padres ha influido en su fondo emocional.

Si bien está establecido el daño espiritual sufrido





por el demandante civil, la determinación y evaluación de su cuantía no puede establecerse en forma objetiva, debiendo determinarse su monto por el tribunal, en base a los planteamientos de las partes y considerando además que la indemnización del daño moral sólo puede permitirle alcanzar ventajas que satisfagan su pretensión legítima de justicia y compense el mal recibido, como lo indica Alfredo Barros Bourrie en el libro *"Tratado de la Responsabilidad Extracontractual"*, Editorial Jurídica de Chile, en reimpresión de la primera edición, julio de 2013, página 302, y la determinación de su monto en la suma fijada por la juez a quo, resulta pertinente, toda vez que lo indicado por el recurrente están referido a la reparación del daño moral la que se logra con la suma fijada en la sentencia apelada.

TRIGESIMOSEGUNDO: Que los \$10.636.624.- y \$11.780.310 percibidos por Jovan Luciano Teodorovic Cabrera de parte del Estado en virtud de su calidad de hijo de Elizabeth Cabrera y Nenad Teodorovic, respectivamente, según los informes de septiembre de 2015, del Instituto de Previsión Social de fojas 2610 y 2611 en cumplimiento de lo establecido en la ley 19.123 no constituye pago de la indemnización de perjuicios deducida en esta causa, toda vez que dicho cuerpo normativo sólo establece una pensión de reparación, beneficios médicos y educacionales para los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política pero no puede suponerse que dicha ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad, al emanar una de la propia voluntad del Estado al dictar la ley y la otra solamente la constituirá la sentencia judicial, sólo una vez establecida su procedencia, conforme a los parámetros del Código Civil y la legislación





internacional sobre reparación a víctimas de la acción del Estado. Por lo demás, el pago es la prestación que se debe y ella en este caso será la establecida en la sentencia judicial exclusivamente y la alegada por el Fisco, no corresponde a la misma y por esa razón, tampoco pueden abonarse los beneficios de la ley ya indicada a los relativos a la indemnización por daño moral materia de esta causa, por ser de distinta naturaleza.

TRIGESIMOTERCERO: Que el hecho del que deriva el daño moral cuya indemnización se demanda en la acción civil ejercida en esta causa, lo constituye la comisión de un delito de homicidio calificado, que reviste la calidad de crimen de guerra y delito de lesa humanidad, el que, de acuerdo a la convención sobre Crímenes de Guerra y la ley 20.357 es imprescriptible, de lo que se desprende que la muerte de las víctimas de esta causa, se puedan perseguir civil y criminalmente en cualquier época, no sólo respecto al autor del delito sino también en contra del Estado, como lo sostiene la sentencia de seis de octubre del año en curso, de la Excm. Corte Suprema en causa rol 28637-16, lo que conlleva a desestimar la excepción de prescripción opuesta por el demandado Fisco de Chile.

EN CUANTO A LA CONSULTA:

TRIGESIMOCUARTO: Que conforme al artículo 93 del Código Penal, la responsabilidad penal se extingue entre otras circunstancias, por la contemplada en su número 1, relativa a *"la muerte del responsable siempre en cuanto a las penas personales y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada"* por lo que habiéndose producido la muerte de Humberto Arturo Osoreo Cornejo el treinta de abril de dos mil doce, el sobreseimiento definitivo resuelto a su respecto





PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
CORTE DE APELACIONES ANTOFAGASTA

resulta procedente conforme a lo prescrito en el artículo 408 número 5 del Código de Procedimiento Civil, compartiendo con ello el dictamen de la Fiscalía Judicial de fojas 2898.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 408, 514, 526 y 527 del Código de Procedimiento Penal:

I. Que **SE REVOCA**, sin costas, la sentencia de diez de marzo de dos mil dieciséis, escrita de fojas 2672 a 2704 vuelta, y su complementación de dieciséis de marzo del mismo año, de fojas 2711, que condenó a Sergio Tomás Gutiérrez Rodríguez, a Ricardo Antonio Álvarez Jalabert y a Carlos Segundo Contreras Hidalgo a sendas penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales y al pago de las costas de la causa, en calidad de autores del delito de homicidio calificado de Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz y de Luis Alberto Muñoz Bravo y en su reemplazo se les condena a cumplir cada uno, la pena única de **DIEZ AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autores de los homicidios calificados de Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz y de Luis Alberto Muñoz Bravo, cometidos en Antofagasta el 15 de septiembre de 1973.

II. Que **se confirma** en lo demás la sentencia indicada en el párrafo anterior.

III. Que **se aprueba** la resolución consultada de nueve de marzo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 2671.

Se deja constancia que se hizo uso de lo prescrito en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.





PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
CORTE DE APELACIONES ANTOFAGASTA

Redactó el Ministro titular Sr. Manuel Díaz Muñoz.

Regístrese y devuélvase con sus cuadernos.

Rol 30-2016 (CRI).

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, integrada por los Ministros titulares Sra. Jasna Pavlich Núñez y Sr. Manuel Díaz Muñoz y la Abogado Integrante Sra. Macarena Silva Boggiano. Autoriza la Secretaria Subrogante Sra. Marcela Sepúlveda Mori.



01703414768300

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por Ministra Presidenta Jasna Katy Pavlich N., Ministro Manuel Antonio Diaz M. y Abogada Integrante Macarena Silva B. Antofagasta, doce de octubre de dos mil dieciséis.

En Antofagasta, a doce de octubre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



01703414768300