

Viña del Mar, veintiséis de abril de dos mil veintidós.

VISTOS:

Se ha reunido esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, y habiendo deliberado, después de haberse clausurado el debate de rigor, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 339 y 343 del Código Procesal Penal, ponderando todas las pruebas rendidas con arreglo a las normas contenidas en el artículo 297 del mismo cuerpo legal, se ha llegado a la siguiente decisión **unánime**:

PRIMERO: Que, conforme a la valoración que se ha hecho de las probanzas rendidas en el juicio oral, es posible dar por establecidos los siguientes hechos:

HECHO N° 1:

“El día 13 de octubre de 2004, en horas de la madrugada, en el hotel Marina del Rey ubicado en Avenida Ecuador N° 299, Viña del Mar, específicamente en una de sus habitaciones, y luego de una fiesta de celebración en el bar Café Journal ubicado en calle Agua Santa N° 4, Viña del Mar, con motivo del preestreno de la película “Promedio Rojo”, Nicolás Javier López Fernández y la adolescente B.A.W.I., nacida el 27 de mayo de 1987, a la sazón de 17 años de edad, durmieron juntos en una cama de la habitación del acusado, despertando ambos por la mañana y, luego de tomar desayuno, López y uno de sus socios - Miguel Asensio- condujeron a la menor al domicilio de una amiga de B.A.W.I. de nombre Tania Figueroa Lavado”.

HECHO N° 2:

“A mediados del año 2012, un día no determinado, en horas de la noche, en el restaurante Liguria ubicado en Avenida Providencia N° 1353, Providencia, Región Metropolitana, lugar en el que se encontraban varias personas por cuanto se había organizado una fiesta por el estreno de la película de nombre “NO”, Nicolás Javier López Fernández, mientras conversaba con B.C.M., de sexo femenino, nacida el 4 de agosto de 1993, tomó los senos de ella con sus manos, sobre su ropa, al tiempo que le preguntaba si eso le perturbaba, lo que generó rechazo por parte de la víctima, retirándose ella del lugar”.

HECHO N° 3:

“En día no determinado, entre los meses de noviembre y diciembre del año 2015, en horas de la noche, en el domicilio de Nicolás Javier López Fernández, ubicado en calle Teresa Salas N° 790, departamento 301, Providencia, Región Metropolitana, el acusado insistió a la víctima de iniciales M. J. V. S., nacida el 6 de mayo 1996, que se sacara el sostén, solicitud a la que la ofendida accedió, quedando con un *beatle*. Estando cerca de la puerta de acceso, López la tiró contra la pared y la rodeó con sus brazos impidiendo que se moviera, quedando la mujer con sus brazos abajo, realizando el acusado actos de

significación sexual y de relevancia consistentes en darle besos en el cuello. Luego, ante la resistencia de la víctima, el acusado la tomó con sus manos fuertemente de la cintura y la acercó a su cuerpo sintiendo ésta su pene, comenzando López a moverse simulando una relación sexual, rozando su pene por la zona pélvica de la víctima, logrando también besar su cuello, cara y boca.

En un momento de descuido, la víctima logró alejarse del acusado, instante en que él la tomó con fuerza y nuevamente la tiró contra la pared, rodeándola con sus brazos, impidiendo que se moviera, dándole besos en la cara y boca, tocando además con una de sus manos los pechos de la víctima por sobre la ropa. Finalmente, la ofendida logró salir del inmueble e irse del lugar”.

HECHO N° 4:

“A fines de noviembre del año 2016, en horas de la noche, en el interior del domicilio de Nicolás Javier López Fernández, ubicado en calle Teresa Salas N° 790, departamento 301, Providencia, Región Metropolitana, específicamente en el dormitorio, el acusado empujó contra la cama a la víctima de iniciales D. M. C., nacida el 13 de octubre de 1990, subiéndose encima de ella, tomándola con fuerza de sus manos, impidiendo que se moviera, y realizando actos de significación sexual y de relevancia consistentes en darle besos en su cuello y boca, para luego tocar con sus manos los senos por encima de la ropa, logrando luego bajar parte de la ropa que llevaba puesta, tocando con sus manos directamente sus senos.

Posteriormente, el acusado tomó la mano de la víctima y la puso sobre su pene por encima de su ropa, frotando su cuerpo contra el de ella, momento en el cual sacó su pene y comenzó a masturbarse, logrando la víctima levantarse antes de la masturbación, sujetándola López contra la pared, impidiendo que se moviera, intentando nuevamente sacarle su ropa, hasta que el acusado logró eyacular.

Finalmente, la víctima logró salir de la habitación y en el primer piso del departamento el acusado la sujetó contra la pared, le dio un beso en la boca y, en un forcejeo, le rompió un collar que llevaba puesto, instante en que la víctima reacciona rasgando la polera que el acusado usaba en ese momento”.

SEGUNDO: Que el análisis reflexivo de los hechos N° 3 y N° 4 consignados en el razonamiento anterior, importan para el Tribunal la calificación jurídica de los mismos dentro de la figura penal de **dos delitos** de **abuso sexual**, previsto y sancionado en el artículo

366, en relación con el artículo 361 N° 1 y 366 ter, todos del Código Penal, ocurridos en calle Teresa Salas N° 790, departamento 301, Providencia, Región Metropolitana.

Se han calificado los hechos en la forma antes señalada, pues efectivamente el hechor realizó **actos de significación sexual y relevancia, con contacto corporal**, pues se trata de un hombre que abordó a las víctimas, ambas mujeres jóvenes mayores de 18 años, aprovechando su superioridad física y **ejerciendo fuerza e intimidación en su contra** (artículo 361 N° 1 Código Penal), de manera que la connotación sexual de los actos se desprende objetivamente de la circunstancia de haber sometido el agente a las afectadas a tocamientos en sus partes íntimas y en otras zonas erógenas, de la manera que se describió en el basamento que antecede.

La **relevancia** de las conductas dice relación con atentar en contra de la libertad e integridad sexual de las víctimas objeto de las acciones, no siendo meros contactos corporales casuales exentos de un ánimo libidinoso, ni tampoco de conductas consentidas por las afectadas en el ámbito de su libertad sexual.

El agente actuó motivado por un **ánimo lascivo** y con una **intención libidinosa**, la cual se desprende de la naturaleza o características de los hechos realizados y de las zonas del cuerpo objeto de los tocamientos. Por consiguiente, el hechor actuó con dolo e intención lasciva, constituyendo sus conductas actos de significación sexual y relevancia, que afectaron la libertad e integridad sexual de las víctimas.

Conforme a lo referido, se reúnen todos los elementos propios de la figura legal imputada, puesto que se verificaron en la especie actos de significación sexual y relevancia, conceptos que, si bien han sido discutidos en doctrina, su general entendimiento está dado por el involucramiento que se hace de una persona en un contexto sexual, y el ánimo libidinoso en que se desenvuelve.

Se configura también, en la especie, el elemento de la relevancia de aquel actuar, entendido como la exigencia de una mínima entidad en la acción, esto es, aquella que supera un umbral básico, y que ciertamente permite distinguir un actuar ilícito de otro que no lo es, -como puede ser una simple manifestación afectiva o casual-, importando en el presente caso claramente las acciones ejecutadas por el acusado un atentado contra la libertad e integridad sexual de las víctimas.

El grado de ejecución de ambos delitos fue **consumado**, toda vez que el responsable realizó completamente las conductas descritas en los preceptos legales citados, mediante actos de significación sexual y relevancia, con contacto corporal con las víctimas y ánimo libidinoso, concurriendo en ambos casos la circunstancia prevista en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 366 del mismo cuerpo normativo.

TERCERO: Que los hechos ya narrados, así como la participación culpable del acusado, al haber intervenido en los hechos que se dieron por establecidos, en forma inmediata y directa, a que se refiere el artículo 15 N° 1 del Código Penal, se encuentran acreditados, principalmente, con las siguientes probanzas producidas en la audiencia:

Respecto del “Hecho N° 3”, con los dichos de la víctima **M.J.V.S.** y, en caso del “Hecho N° 4”, de la ofendida **D.A.M.C.**, los cuales fueron corroborados directa e indirectamente por la restante prueba de cargo, específicamente, con el testimonio del periodista **Andrew Chernin De la Fuente**, del ex amigo de infancia del acusado **Nicolás Martínez Andrade**, de los funcionarios de la PDI **Jorge Alarcón Méndez**, **Francisca González Iglesias** y **Francisco Peña Valenzuela**; de **Pablo Bravo Meneses** (ex pololo de M.J.V.S.); de **María Shaffer Serani**, de **Bastián Bodenhöfer Holzapfel**; de la actriz **Josefina Montané Andwanter**; y de los peritos **Mauricio Ortega Alarcón** y **Felipe Vargas Bravo** (quien elaboró el informe de extracción N° 6 de dos de los teléfonos móviles del acusado)

Por su parte, los acusadores ingresaron al juicio abundante **prueba material, especialmente la N° 1**, consistente en el informe N° 6 de extracción de la información contenida en los teléfonos móviles marca Iphone 5 y 6 del acusado (incluyendo mensajes, audios y videos eliminados) y que éste entregó voluntariamente, los que el tribunal ha ponderado en su integridad, como lo exige la ley, sin perjuicio que determinadas piezas del mismo poseen mayor relevancia desde el punto de vista penal.

En efecto, a la víctima **M.J.V.S.** le fueron exhibidas, a vía puramente ejemplar, las páginas 11.030 a 11.059 de dicho informe de extracción, en las que se aprecia una captura de pantalla con la foto de perfil de la testigo, foto de perfil de López y una foto de ella modelando. La fecha es 26 de octubre de 2015, entrante “Tutú”, es decir, la víctima envía el mensaje al acusado. En una parte de la conversación López le pide ir al evento “mina y rockera”, ella contesta que no puede “porque ya es mina”.

Por su parte, como **prueba material N° 6** los acusadores exhibieron a la víctima D.A.M.C. la polera de color negro que, según su relato, rasgó al acusado el día de los hechos, objeto que ella reconoció en juicio, y que López conservó intacta hasta su entrega voluntaria al Ministerio Público.

A su turno, la pericia de la psicóloga **María Isabel Salinas Chaud** se refirió en extenso a las descripciones y análisis de las dinámicas relacionales entre las denunciadas y el imputado incluyendo el contexto en que se daban éstas e identificar en esas interrelaciones que pueden ser constitutivas de eventuales vulneraciones asociadas a un presunto patrón de comportamiento del imputado. En las conclusiones, referidas a las víctimas M.J.V.S. y D.A.M.C., se indica que *“[...] se trataba de mujeres que se vinculaban con López por la industria. A todas las contacta por redes sociales, salvo a Balere, él las elige. Todas dicen que*

hay mixtura en elementos sexuales y actorales; todas denuncian y hay elementos de sumisión y de complacencia a la persona de López. Sin embargo, todas las denunciantes declaran episodios de violencia física, sexual, psicológica y las cinco denunciantes, más las testigos no presentan ganancia secundaria y se han visto perjudicadas por la denuncia”.

Por último, se rindió profusa prueba **documental**, se reprodujeron diversos **registros audiovisuales**, y se exhibieron a los testigos numerosas **fotografías** (a vía ejemplar, **otros medios de prueba N° 9** exhibidas a M.J.V.S. y **otros medios de prueba N° 12** a D.A.M.C.) mediante las cuales el tribunal pudo constatar el correlato fáctico y apreciar la dinámica de los acontecimientos que afectaron a ambas víctimas, situando sus respectivas vivencias en un contexto espaciotemporal.

CUARTO: Que la prueba del Ministerio Público y de la querellante resultó suficiente para dar por acreditados los hechos N° 3 y N° 4 analizados en esta resolución en la forma ya señalada, razón por la que se desestimaron las alegaciones de la defensa en cuanto a absolver al acusado por estos ilícitos, aspecto que se profundizará en la sentencia, oportunidad en la que se analizará en detalle la prueba aportada por los acusadores y la propia de descargo de la defensa.

QUINTO: Que, en cambio, el tribunal no pudo alcanzar el estándar legal de convicción condenatoria, más allá de toda duda razonable, respecto de los delitos consignados como “Hecho N° 1”, “Hecho N° 2” y “Hecho N° 3” en la acusación fiscal, y como “Hechos N° 1 y N° 2” en la acusación particular de la querellante.

SEXTO: En efecto, respecto del hecho singularizado en los libelos acusatorios como “Hecho N° 1” y que habría afectado a la víctima de iniciales B.A.W.I., a la sazón de 17 años de edad, la prueba de cargo fue insuficiente para acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia del tipo penal de **violación** propuesto por los acusadores, descrito y sancionado en el **artículo 361 N° 1 del Código Penal**, ni cualquier otro tipificado en nuestro ordenamiento jurídico a la época de los sucesos, esto es, 13 de octubre de 2004.

Si bien los perseguidores incorporaron el relato de la presunta víctima, de iniciales **B.A.W.I.**, entonces de 17 años, dicho testimonio se estimó insuficiente para acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia del delito de violación basado en la circunstancia prevista en el N° 1 del artículo 361 del Código Penal, en la modalidad de acceso carnal del agente, con su miembro viril, por vía bucal (sexo oral) en perjuicio de la ofendida, toda vez que los hechos habrían ocurrido en octubre del año 2004, denunciando los mismos la afectada recién el año 2018, con motivo de la publicación de sendos reportajes de la revista “sábado” del diario El Mercurio: el primero, el 30 de junio de 2018, y el segundo, el 28 de julio del mismo año. De hecho, B.A.W.I. figura en el segundo reportaje de la revista como una de las “nuevas víctimas” del acusado, no mencionadas en el primero de los artículos.

Lo anterior es relevante, pues se trata de un espacio de tiempo considerable de casi 14 años (2004 a 2018), en que no hubo elemento alguno que diera cuenta de la existencia de este delito ni de la participación del acusado en el mismo. Sobre el punto resultó decisivo para efectos de arribar a una decisión absolutoria, las anotaciones que la víctima B.A.W.I. consignó el 12 y 13 octubre del año 2004 en su **diario de vida o agenda personal (otros medios de prueba N° 13 de la Fiscalía)**, que llevaba ordenado cronológicamente y que contenía menciones de su vida privada e íntima, así como de sus emociones, sentimientos y estados mentales con ocasión de las experiencias propias de la vida cotidiana.

En ninguna de las anotaciones, a las que el tribunal tuvo acceso de manera directa, pues la víctima consintió en que su diario de vida fuera parte de la prueba de cargo, figura mención alguna al episodio de violación narrado por los acusadores en sus respectivos libelos. Por el contrario, en la fecha propuesta por éstos (13 de octubre de 2004) se leen menciones favorables y positivas de B.A.W.I. hacia la persona del acusado, con expresiones tales como: “[...] el hueón un 7, la cagó. No nos dejó en la puta noche, nos sentíamos muy a gusto, fuimos al Journal, tomé como enferma, vomité y andé y me fui al hotel y la Tania se fue a dejar al hueón que conoció. Todo muy top, muy bacán, mucho cariño, hablamos de muchas cosas... medio kiky el hueón”. Por “kiky” B.A.W.I. indicó que el término es una abreviatura de “kinky” que significa “pervertido” en idioma inglés, pero esa sola afirmación no es suficiente para sustentar, por sí sola e inequívocamente, la acusación de que existió un acceso carnal por vía bucal.

También se lee en el diario o agenda que el día 13 de octubre de 2004 B.A.W.I. escribió: “Uf demasiado que contar, el Nico me pasó a dejar a la casa de Tania a las 2:00, tomé desayuno y webiamos, la Tania se comió a un hueón de 21, llegó a mi casa y estaba el Pancho. Plop, llama Ignacio, le dije que nada pasó, que no se hiciera rollos, no me gustaría perderlo. Y con el Nico prefiero dejarlo en algo profesional, creo que se va a enganchar, pero voy a tener que reafirmar mi cariño por el Nacho para aferrarme a eso. Ahora me voy a dedicar a averiguar sobre teatro. Bueno, apenas tenga internet de nuevo. Me encuentra muy guapa, muy única, me encantaba como hacia infinitas pausas para decirme lo guapa que era. Es un encanto”.

Ante unas preguntas de la defensa, B.A.W.I. contestó que “Nicolás fue muy cariñoso, pero era con actos, en su cara, pero no con palabras... Le hizo cariño en la cara después que se fue Tania. Con cariñoso y amable de López se refiere a que, si había una botella de cerveza a la mitad, había otra llena para ella y sus amigos”.

Por lo demás, la propia víctima reconoció que luego del episodio del Hotel Marina del Rey del 12 y 13 de octubre de 2004, y en un período próximo en el tiempo (7 de noviembre de 2004), se encontró nuevamente con el acusado en la discoteca “Ovo” de Viña

del Mar, ubicada en el Casino de esa ciudad, oportunidad en que en el baño de la discoteca coincidió con el acusado y con una mujer de apellido Nanjarí, agregando que con esta última la afectada se dio un beso, y que López le ofreció hacer un trío sexual, algo que ella calificó en su diario como “*una propuesta indecente*” que habría aceptado.

Nuevamente, no hay vestigios de agresiones sexuales ni de emocionalidad negativa en el diario o agenda personal de B.A.W.I., siendo que lo esperable sería una reacción psíquica y un correlato emocional de negatividad al encontrarse otra vez, en tan poco tiempo, frente a la figura del agresor sexual, más aún si el hecho consistió en un delito de tanta gravedad para cualquier persona, especialmente para una mujer, como lo es una violación.

Es cierto que una víctima puede tardar muchos años en develar que ha sido víctima de delitos en la esfera de su sexualidad, existiendo numerosa literatura psicológica sobre el particular, especialmente respecto de víctimas menores de edad. Sin embargo, también es efectivo que la discusión sobre las “memorias recuperadas” (como se las denomina técnicamente en la teoría psicológica) es un tópico controvertido sobre el cual no existe una opinión unánime, sino varios puntos de vista, algunos de ellos no solo divergentes, sino derechamente contradictorios. Por consiguiente, no puede sostenerse que se trata, técnicamente, de un conocimiento científicamente afianzado, tal y como lo expuso la perita psicóloga de la defensa **Greter Macurán Nodarse**.

Es importante dejar en claro que todo lo anterior no importa, en modo alguno, descreer o minusvalorar el testimonio de la víctima B.A.W.I, sino de exigir a los acusadores el estándar legal correspondiente para derribar la presunción de inocencia que ampara al acusado, así como disipar las dudas razonables que se generaron en estos sentenciadores, por cuanto -salvo el relato de B.A.W.I- no existe ninguna otra probanza que permita adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable, de que los hechos ocurrieron en la forma propuesta por los perseguidores.

Como se dijo, en el diario de vida de B.A.W.I. no sólo no hay descripción alguna de un evento a todas luces traumático y relevante en la vida de cualquier ser humano, como lo es una violación, sino que se consignan en él menciones favorables a la persona de López. Dicho de otro modo, en el diario de vida de B.A.W.I. no hay un correlato emocional que dé cuenta de un suceso traumático y de extrema gravedad como una violación.

También se debe agregar que, más allá de la apreciación subjetiva de B.A.W.I. y de los testigos que estuvieron en la fiesta en el café Journal (Tania Figueroa Lavado), y que condujeron a la ofendida al domicilio de Figueroa (Miguel Asensio), fue imposible para estos jueces adquirir un grado de convicción respecto del estado de incapacidad en que se encontraba la víctima B.A.W.I. debido al consumo de alcohol, existiendo sólo dichos y

recuerdos vagos sobre el particular, tanto de la propia víctima como de los mencionados testigos.

La explicación de los acusadores y de la propia víctima, en el sentido que en aquella época -octubre de 2004- ella no percibió el incidente con el acusado ocurrido en el Hotel Marina del Rey como una agresión sexual, sino que recién pudo reelaborarlo y resignificarlo como una agresión sexual con ocasión de la publicación de los reportajes de la revista “sábado”, al leer que algo similar les había ocurrido a otras mujeres, no parece una justificación suficiente, considerando la gravedad de las conductas endosadas al acusado. Atendida la controversia que existe en la teoría psicológica sobre las “memorias recuperadas” los acusadores debieron ofrecer prueba idónea para sustentar su tesis inculpativa, lo que no ocurrió.

Tampoco se estimó suficiente, para adquirir el estándar de condena por un delito de tanta gravedad como lo es una violación, la explicación de B.A.W.I. en el sentido de que en su diario personal “*solo registraba experiencias positivas y relaciones sexuales consentidas*”, pues algún vestigio o indicio de emocionalidad negativa debió aparecer en la psique de B.A.W.I. Eso es lo esperable conforme con las máximas de la experiencia y con los principios de la lógica, y su ausencia desde el punto de vista de la teoría psicológica debió ser justificada por los acusadores con prueba idónea, la que no se rindió por decisión del propio ente persecutor.

El resto de la prueba de cargo consistente, básicamente, en los testimonios del periodista **Andrew Chernin de la Fuente**, **Tania Figueroa Lavado**, **Johan Wholenberg Iriarte**, **Fernando Marti Morera**, del funcionario de la PDI **Francisco Peña Valenzuela** y del psicólogo **Rodrigo Valenzuela Rebolledo**, así como la declaración de la perita **María Salinas Chaud**, **prueba material, audiovisual y documental** incorporada por los acusadores, no alteran las conclusiones a las que ha arribado el tribunal, por las razones que se expondrán pormenorizadamente en la sentencia.

Se deja constancia que se ponderaron igualmente respecto de este hecho, los dichos del testigo de la defensa **Miguel Asensio Llamas**, quien en lo esencial ratificó las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos relativos a la presunta víctima B.A.W.I.

En resumen, con la prueba incorporada al juicio oral no se puede afirmar ni descartar la existencia del delito de violación en la persona de B.A.W.I., por lo que ante la duda razonable se debe absolver al acusado por este injusto.

SÉPTIMO: Que, en cualquier caso, incluso si prosperase la acusación respecto del “Hecho N° 1”, la **acción penal se encuentra prescrita** y, por tanto, **extinguida la responsabilidad penal** del acusado.

En efecto, al 12 de octubre de 2004 la normativa vigente respecto de la prescripción de la acción penal para el caso de delitos sexuales cometidos en contra de personas menores de edad, eran los artículos 93 N° 6, 94, 95, 96, 100, 101, 102 y 366 *quater* del Código Penal, de todos los cuales fluye que, tratándose de delitos que tienen asignada pena de crimen (como el delito de violación tipificado en el artículo 361 del Código Penal), el plazo de prescripción de la acción penal es de 10 años, y se cuenta desde la fecha en que la víctima alcanza la mayoría de edad. Por consiguiente, a la época de la develación y denuncia (julio de 2018) la acción penal se encontraba prescrita, sin que se altere lo razonado por las ausencias del acusado del territorio nacional, según el **informe de viajes de la PDI** incorporado al juicio por la propia defensa, toda vez que la regla del artículo 100 del Código Penal únicamente obliga a computar un día de prescripción por cada dos de ausencia del territorio nacional.

En el caso de víctimas menores de edad, el artículo 369 *quater* del Código Penal -suprimido por la Ley N° 21.160- señalaba que el plazo de prescripción de la acción penal se cuenta desde que la víctima alcanza la mayoría de edad, que en el caso de B.A.W.I. ocurrió el **28 de mayo de 2005**, de acuerdo con su certificado de nacimiento que indica que nació el 27 de mayo de 1987. Así las cosas, incluso contando el plazo de prescripción desde el 28 de mayo de 2005, la acción penal se encuentra prescrita.

Por lo demás, de acuerdo con el artículo 233 del Código Procesal Penal, lo que suspende el curso de la prescripción de la acción penal es la formalización de la investigación y no la mera denuncia o querrela, hecho que tuvo lugar recién en abril del año 2019, época en que la acción penal ya se encontraba prescrita.

Finalmente, si bien la Ley N° 21.160, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de julio de 2019, incorporó el artículo 94 bis del Código Penal, consagrando la imprescriptibilidad de diversos delitos, entre ellos la violación tipificada en el artículo 361 del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad al momento de los hechos, lo cierto es que dicha normativa **no puede ser aplicada retroactivamente en perjuicio del acusado**, por impedirlo de manera expresa el artículo 19 N° 3, inciso 8°, de la Constitución Política de la República, así como el artículo 18 del Código Penal.

OCTAVO: En cuanto al hecho singularizado en la acusación fiscal como “**Hecho N° 2**”, y que habría afectado a la persona de B.C.M., al año 2012 una mujer mayor de edad, si bien se logró acreditar, más allá de toda duda razonable, que el agente efectivamente tocó de manera sorpresiva los pechos de la víctima por encima de sus ropas, inquiriendo además sobre si eso la perturbaba, el contexto en que se desarrollan los acontecimientos no permite satisfacer la totalidad de los elementos fácticos y normativos del tipo penal castigado en el artículo 373 del Código Penal, conocido como **ultraje público a las buenas costumbres**, que sanciona a los que “*de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas*

costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código”.

Este hecho resultó acreditado con la declaración de **B.C.M.** y de la testigo **Paloma Salas Ortiz**, quien el día del preestreno de la película “NO” se tomó una **fotografía con el acusado**, por lo que el evento social que sirve de contexto efectivamente existió. Por otro lado, debe recordarse que del Iphone 6 de acusado se recuperaron varias conversaciones eliminadas, según expuso el funcionario de la PDI Francisco Peña Valenzuela. En la **página 7869 de la prueba material N° 1 de la Fiscalía**, que da cuenta de un mensaje de fecha 3 de julio de 2018, el acusado señala: *“a Berni Cruz le toqué una teta en el Liguria”*, correspondiendo este a uno de los mensajes eliminados por el acusado.

Sin perjuicio de las numerosas críticas de *lege ferenda* que este tipo penal ha recibido en nuestras latitudes (por todos cfr. Luis Rodríguez Collao, “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”. Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19) la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que, para estar en presencia de este tipo penal, es menester que se lesione efectivamente el bien jurídico protegido por el legislador, esto es, el *pudor público*, entendido como aspecto subjetivo de la honestidad y “[d] el interés que una persona tiene en que los demás observen a su respecto las normas de corrección y respeto que impone la moral en cuanto a la actividad sexual... La exhibición pública de tal actividad es considerada ofensiva por la generalidad de los ciudadanos y este sentimiento es tutelado por la ley” (Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal, parte especial. Tomo IV”, 1964, 3ª Edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile (1998), nota 3, página 86).

El sujeto pasivo de este delito no es una persona determinada (pues ello conduciría, eventualmente, a reconducir el comportamiento a otros tipos penales), sino la sociedad en general, la colectividad y los ciudadanos en su conjunto, pero no individualmente considerados.

Además de la publicidad de la conducta inherente a la descripción del tipo penal, el acto reprochado, para que posea relevancia penal, debe tener objetivamente la aptitud necesaria para escandalizar a la sociedad y a la ciudadanía en su conjunto, y no sólo a una persona o a un grupo de personas, aspecto que se desprende de las expresiones que emplea el legislador al hablar de *“hechos de grave escándalo o trascendencia”*.

En este entendimiento, es manifiesto para estos sentenciadores que la conducta atribuida al acusado, en el contexto en que ésta se verifica, esto es, en una fiesta realizada el año 2012 en el bar Liguria de la comuna de Providencia para celebrar el estreno de la película “NO” del cineasta chileno Pablo Larraín, no satisface la totalidad de los requisitos objetivos y

subjetivos del tipo penal, sin perjuicio de considerarla de mal gusto y desubicada a la época de los sucesos.

En relación con lo anterior, se debe subrayar que el comportamiento que se endosa al acusado, si éste ocurriera actualmente, podría constituir lo que en doctrina se conoce como “abuso sexual por sorpresa”, tipificado en el inciso final del artículo 366 del Código Penal en los siguientes términos: *“Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años”*.

Sin embargo, esta disposición recién se incorporó al Código Penal el año 2019 mediante la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 21.153 de 3 de mayo de 2019, por lo que no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio del acusado, por prohibirlo de manera expresa el artículo 19 N° 3, inciso 8°, de la Constitución Política de la República, así como el artículo 18 del Código Penal.

En resumen, y por las razones anotadas, el acusado también deberá ser absuelto por este delito.

NOVENO: En lo que atañe al hecho singularizado como “N° 3” en la acusación fiscal y “N° 2” en la acusación particular de la querellante, y que afectaron a la víctima D.G.G.S., estos corresponden a varios hechos o, si se quiere, a diferentes proposiciones fácticas ocurridas en fechas y contextos diferentes e, incluso, a delitos distintos, como se expresa en la calificación jurídica propuesta por los acusadores.

No obstante, en todas las hipótesis, no fue posible para estos sentenciadores adquirir el estándar legal de convicción condenatoria establecido en el artículo 340 Código Procesal Penal, habiéndose valorado la prueba rendida en el pleito conforme con lo dispuesto en el artículo 297 del citado cuerpo legal.

En efecto, según la **víctima D.G.G.S.** los primeros contactos entre ella y el acusado se remontan a junio de 2015, época en que ella comienza a “seguir” la cuenta de Twitter del acusado. Una madrugada de ese mes López la contactó por esa plataforma, haciendo una especie de resumen de su vida y entregándole a la ofendida su teléfono móvil con la expresión *“Hey, pasemos al VIP”*. Establecido el contacto, acordaron reunirse un día sábado en el restaurante “Lusitano” de Providencia para almorzar. De acuerdo con la víctima, López le había propuesto una cena, pero ella encontró desubicada esa idea pues entonces estaba pololeando con Felipe Bahamondes. Luego del almuerzo, cerca de las 16:00 horas, el acusado la invitó a su productora-departamento ubicada en calle Teresa Salas N° 790, Providencia y ya en el camino a pie, trayecto que no duró más de diez minutos, el acusado “le agarró el pote” agregando *“estás bien, pero falta”*.

A partir de este primer encuentro, se desarrollaron una serie de acontecimientos que la víctima narró con detalle en su declaración en el juicio, pero que, contrastada con otras pruebas y antecedentes, tanto directos (su propia declaración ante la Fiscalía, la entrevista a la periodista Macarena Pizarro, su querrela criminal, lo expuesto en las respectivas sesiones a sus terapeutas, las conversaciones de ella con el acusado recuperadas desde los teléfonos móviles de éste, etc.) como indirectas (la declaración de la psicóloga de URAVIT Bernardita Rivera, de los funcionarios de la PDI Alarcón Méndez y Peña Valenzuela, etc.), evidenciaron una serie de vacíos, inconsistencias, falencias y contradicciones en la prueba de cargo que instalaron en estos sentenciadores una duda razonable sobre la efectiva ocurrencia de los hechos en la forma planteada por los acusadores.

Del mismo modo que en el caso de B.A.W.I., lo anterior no supone necesariamente descreer o minusvalorar la versión de los hechos entregada en juicio por D.G.G.S., sino de exigir a los acusadores el estándar legal para que el tribunal pueda arribar a una decisión de condena. De acuerdo con dicho estándar, resulta posible tolerar la existencia de algunos “cabos sueltos” en la prueba incriminatoria, pero no al precio de instalar en el tribunal una duda razonable sobre la efectiva dinámica de los acontecimientos, que fue lo que ocurrió en la especie.

Las razones concretas que el tribunal tuvo para arribar a esta conclusión son variadas y serán desarrolladas en detalle en la sentencia, pero en lo esencial se reducen a considerar que -a diferencia de las víctimas M.J.V.S. y D.A.M.C.-, de la prueba incorporada en el juicio se desprende que entre D.G.G.S. y el acusado se desarrolló una relación de amistad y cariño recíproco, adquiriendo en algunos momentos ribetes de una relación amorosa informal, sin que ello suponga la emisión de un juicio de valor por parte del tribunal, ni tampoco la manifestación de un sesgo o prejuicio. Esto es relevante pues las interacciones entre D.G.G.S. y el acusado se desencadenan en un contexto en que la ofendida había sido diagnosticada (o, más bien, se sugirió como hipótesis diagnóstica) no sólo con un cuadro de depresión mayor, sino también con un trastorno de personalidad Cluster B, predominando en el cuadro los elementos histriónicos y dramáticos e, incluso, debió ser internada dos veces en sendos recintos asistenciales debido a estas patologías.

En este escenario, y sin perjuicio que la credibilidad del relato es un tema que la teoría psicológica ha abordado más bien en el caso de víctimas de agresiones sexuales menores de edad, el tribunal concuerda con la perita de la defensa **Greter Macurán Nodarse** en cuanto a que el ente persecutor debió haber realizado, a lo menos, una pericia psicológica a D.G.G.S., no debido a su condición preexistente (que no es objeto de juicio de valor alguno) sino por las debilidades en la consistencia del testimonio, que necesariamente afectan su fiabilidad.

Desde esta perspectiva, adquiere relevancia un hecho que la propia víctima reconoció en el juicio, en el sentido que ella no podía endosarle al acusado ni la existencia de su cuadro depresivo, como tampoco el diagnóstico de trastorno de personalidad Cluster B con predominancias de elementos histriónicos, ni las internaciones psiquiátricas con motivo de sus dolencias. Es decir, no existiría relación de causalidad entre las patologías sufridas por D.G.G.S. y el daño emocional, y las conductas atribuidas al acusado; lo cual resulta extraño y ajeno a los principios de la lógica y a las máximas de la experiencia, considerando la gravedad de las conductas imputadas al imputado y el número y entidad de dichos comportamientos, que constituyen a todas luces eventos traumáticos en la vida de cualquier persona.

Como explicó la perita Macurán Nodarse, lo anterior, sumado a los cambios de tiempo y espacio, y de otros detalles esenciales en las diferentes versiones de D.G.G.S., debilitan la consistencia y fiabilidad del testimonio, no pudiendo descartarse como hipótesis alternativa la existencia de una ganancia secundaria del tipo psicológico (no monetaria o patrimonial), todo lo cual será desarrollado en extenso en el fallo en el que se expondrán, punto por punto, las inconsistencias de la prueba de cargo y la duda razonable que la defensa también logró instalar con la rendición de su prueba autónoma.

La restante prueba incriminatoria, consistente en los dichos del periodista **Andrew Chernin De la Fuente**, de la psicóloga **Bernardita Rivera Pastén** (psicóloga de URAVIT que realizó una terapia clínica con D.G.G.S. luego de la derivación del Ministerio Público el año 2019); de **Gastón Gallegos Loyola** (actual marido de D.G.G.S.), de los funcionarios de la PDI **Jorge Alarcón Méndez** y **Francisco Peña Valenzuela**; de los testigos **Viviana Nunes Mayol** y **Daniela Torres Seifert**, así como del perito **Mauricio Ortega Alarcón**; y la **prueba material, documental, fotografías, y registros audiovisuales** incorporados, no sólo no altera la convicción del tribunal, sino que en sí misma contiene elementos contradictorios y falencias que serán desarrollados pormenorizadamente en la sentencia.

De esta manera, al no haberse derribado la presunción de inocencia que ampara al acusado, debe emitirse una decisión absolutoria a su favor.

DÉCIMO: Que no se alegaron circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, inherentes al hecho punible.

DUODÉCIMO: Que, por todo lo razonado, el Tribunal ha decidido, por unanimidad, lo siguiente:

I) Se absuelve a NICOLÁS JAVIER LÓPEZ FERNÁNDEZ, cédula nacional de identidad N° 15.384.904-8, de la sindicación que lo tuvo como autor de los siguientes delitos:

a) **Violación** en la persona de B.A.W.I., previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, supuestamente perpetrado en Viña del Mar el 13 de octubre de 2004;

b) **Ultraje público a las buenas costumbres**, previsto y sancionado en el artículo 373 del Código Penal, presuntamente cometido en la ciudad de Santiago a mediados del año 2012, en día no determinado, en perjuicio de B.C.M; y

c) **Violación**, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1, y de los delitos reiterados de **abuso sexual**, previsto y sancionado en el artículo 366, en relación con los artículos 361 N° 1 y 366 ter, todos del Código Penal, supuestamente cometidos en la ciudad de Santiago entre los meses de junio y julio de 2015; en un día no determinado de octubre de 2015; en un día no determinado entre los meses de octubre y diciembre de 2015 (violación); y en un día no determinado del mes de enero de 2016, todos en perjuicio de D.G.G.S.

II) Se condena a NICOLÁS JAVIER LÓPEZ FERNÁNDEZ, ya individualizado, como autor de dos delitos de **abuso sexual**, previstos y sancionados en el artículo 366, en relación con los artículos 361 N° 1 y 366 ter, todos del Código Penal, cometidos en la ciudad de Santiago entre los meses de noviembre y diciembre de 2015, en perjuicio de M.J.V.S.; y a fines de noviembre de 2016, en perjuicio de D.A.M.C.

La sentencia definitiva será redactada por el Magistrado don Fernán Rioseco Pinochet y la audiencia de comunicación del fallo se llevará a efecto en este Tribunal el día lunes **16 de mayo de 2022, a las 15:00 horas**, quedando los intervinientes notificados en este acto de la resolución.

RUC N° 1800643104-2

RIT N° 158-2021.-

Deliberación pronunciada por esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, presidida por el magistrado don **Alonso Arancibia Rodríguez** e integrada, además, por los jueces doña **Angélica Jiménez Lagos** y don **Fernán Rioseco Pinochet**, todos titulares de este Tribunal.