



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

FACULTAD DE DERECHO

“LA FUNA”
Una silenciosa amenaza a los Derechos Fundamentales
con enfoque en el Art 19 N°4 y 12 de la Constitución Política de la
República

Ingrid del Pilar Pereira Vega
Pablo Esteban Marín Guajardo

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor guía: Pablo Andrés Alarcón Jaña.

Santiago de Chile

2024.

AGRADECIMIENTOS:

*Agradecemos a **Dios** por ser el autor de la vida y la causa de todo arte. Agradecemos a nuestras familias por motivarnos y compartir el tiempo que nos permitió sacar adelante nuestros proyectos académicos en esta etapa de la vida...*

INDICE

CAPÍTULO 1, ANTECEDENTES GENERALES

1.- Introducción.....	4
2.- Concepto y evolución histórica.....	6
3.- Derechos Fundamentales en Discordia y su Contraposición	8

CAPÍTULO 2, LA FUNA EN LA ACTUALIDAD

1.-Una amenaza silenciosa	12
2.-Formas de resolución de conflicto y su panorama actual con las garantías fundamentales.....	15
3.-La normativa vigente.....	18
4.- Delitos asociados a la funa.....	24

CAPÍTULO 3, VISION DE LA DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA

1.-Doctrina.....	27
2.-Derecho comparado.....	28
.	
3.-Conclusiones.....	32

BIBLIOGRAFIA CITADA	36
---------------------------	----

¿Cuál (es) son las herramientas que ofrece actualmente el ordenamiento jurídico para enfrentar una “funa”?

En primer lugar, debe destacarse que en el ordenamiento jurídico chileno no existe una norma positiva que resuelva los efectos de una funa. No obstante, en esta materia los tribunales superiores de justicia han solucionado este vacío legal a través del Recurso de Protección, instancia en la cual no han existido criterios unificadores¹ que se encaminen a zanjar y resolver sin dejar vacíos legales al problema planteado.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES GENERALES

1.- Introducción

En el presente trabajo se analizará, con una mirada crítica un problema social y cada vez más recurrente cuya acción se ha vuelto costumbre por los chilenos y habitantes de esta nación. Desde ya anticipamos que el Código Civil que nos rige, establece expresamente en su artículo N° 2 que “la costumbre no constituye derecho”, por tanto, aunque esta acción sea una práctica habitual entre las personas, inclusive disfrazada de “advertencia”, es inaceptable para un Estado de derecho, cuya característica principal es que las personas entregan la justicia a un tercero imparcial establecido por la ley, siendo esta misma quien fija los lineamientos del procedimiento para una equilibrada y racional justicia mandatado por la actual y vigente Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Paralelamente, surge una problemática en torno a la prevalencia entre los derechos fundamentales de unos sobre otros. En este contexto nos adelantamos para hacer las

¹ CS. Garrido Rodrigo y Saavedra Marioly (2019, Rol N° 2327-2019), Considerando décimo quinto

siguientes preguntas: ¿La libertad de expresión es ilimitada? ¿La libertad de expresión es más importante que la intimidad y honra de la persona y su familia? ¿cuáles son los límites de la libertad de informar y de ser informado sin censura previa?

Por la otra vereda, ¿cuáles son los límites de la privacidad en la actualidad? ¿Qué tan frágil es la honra y deshonra de la persona y su familia? Para contestar estas interrogantes debemos preguntarnos ¿Tienen límites estos derechos?

Asimismo, se expondrá legislación nacional y extranjera, siendo esta última la que ofrece los lineamientos conforme a los Derechos Humanos, especialmente en lo relativo a las amenazas que estos atraviesan en un contexto globalizado y digitalizado. Cabe destacar también y considerar en esta investigación las distintas posturas en el derecho comparado. De igual manera, se analizarán algunos problemas sobre la delimitación entre los derechos llamados fundamentales, encontrándose incluso fallos contradictorios en la materia que llevan a una incertidumbre jurídica. Por tanto, es conveniente que se establezcan límites claros, como, asimismo, materializar los derechos inherentes de las personas en normas positivas que permitan una mayor protección del alcance normativo del bien protegido y que no den lugar a dudas ni discusiones.

De este modo en el libro “Privacidad” de Rodolfo Figueroa García–Huidobro reza; “todos sabemos que tenemos un derecho a la vida privada y muchas veces hemos usado la expresión esto es privado, con la cual queremos significar que algo es reservado, que los demás no tienen derecho a conocerlo. Sin embargo, el derecho a la privacidad implica mucho más que secretos o información reservada”²

Nos proponemos profundizar y visibilizar modernas y actuales situaciones de hecho relativas a la privacidad y a la honra de la persona y su familia. Estamos convencidos que, en un sistema legalista, como es el caso chileno, se ha hecho imperante transformar en normas positivas las situaciones que actualmente encuentran sólo amparo a través del Recurso de Protección.

² Rodolfo Figueroa 2014, edición Álvaro Mattus, Santiago p15

Asimismo, la creación de estas normas legales merecería una gran difusión que permitan a la población un conocimiento más acabado y una mayor educación cívica, ya que la ley si bien se reputa conocida por todos como lo declara el artículo 8 del Código Civil chileno, la realidad es que el común y promedio de los chilenos sólo conoce aquellas normas cuyos precedentes materiales han causado gran conmoción nacional.

2.-Concepto y evolución histórica

Para comenzar, debemos precisar qué se entiende o se ha entendido por funa ya sea en el contexto nacional o internacional.

La “funa” no se encuentra definida en ningún texto legal esto obedece a que ninguna norma positiva se ha encargado de regular este hecho, aun cuando se ha vuelto una costumbre habitual entre la población como ya lo anticipamos en un comienzo. Sin embargo, encontramos la palabra en la Real Academia Española (RAE), que, si bien no entrega una definición acabada y que represente en los hechos materiales una precisión conceptual, la RAE sólo se refiere a su etimología proveniente del mapudungun que significa algo podrido o que se echa a perder³.

Como podemos apreciar la definición que nos da la Real Academia de la Lengua Española no precisa ni nos acerca a lo que, coloquialmente, se ha entendido por la mayoría de la población ‘funa’ o ‘funar’. Este fenómeno se ha concebido como una denuncia y repudio público contra una persona o grupo⁴. Si nos remontamos a tiempos pasados, la funa existía, pero de otra forma, la mala fama de una persona, empresa, corporación o grupo se extendía de forma lenta y paulatina de ‘‘boca en boca ‘, es decir de lo que una persona comenzaba a esparcir en contra del ‘‘funado’’.

La globalización facilitó la masificación de ideas, ideologías, modas y costumbres, la funa no fue la excepción es así como en la actualidad la mayoría de las funas se

³ Etimologías, Chile (2021).

⁴ Schmeisser C., Carol (2019).

realizan por las redes sociales de forma pública e inmediata, incluso en tiempo real situaciones que pueden decirse escandalosas, hechos o personas que, por actos reprochables socialmente, inclusive en muchos casos sólo en apariencia, terminan convirtiéndose en esta clase de noticias.

Unas de las funas más famosas y cercanas a nuestro país, se dio en el vecino país de Argentina ⁵ un día de octubre del año 1976. Era un día en que se celebraba el día de la madre en un famoso templo católico de la ciudad de Lujan. En el evento concurrieron un grupo llamado ‘agrupación de madres de la plaza 21 de mayo’ quienes portaban en sus cabezas carteles de sus familiares desaparecidos por el gobierno militar de su país. En ese evento la policía se llevó detenidos incluso a los periodistas extranjeros que cubrían la noticia. Lo anterior fue difundido en todo el mundo, lo que en cierta manera fue un éxito para el movimiento, quienes nunca imaginaron que su causa iba a ser conocida y apoyada mundialmente⁶.

El primer antecedente que se tiene de una funa en Chile se remonta a fines de los años 90, en torno a problemas socio políticos, a militares por violaciones a los Derechos Humanos⁷, quienes eran visitados por grupos de universitarios y asociaciones de la agrupación - Hijos de Chile - en sus residencias y lugares de trabajo con tambores, pancartas y obras teatrales con mensajes de acción, verdad y justicia.

Con los años esta práctica mutó a las redes sociales⁸, plataforma en las que se cuelgan fotos con mensajes e historias, música y comentarios que hacen referencias desde los simples problemas a grandes denuncias a personas determinadas, sin precedentes. Sin embargo, en esa época se presentó una querrela por el diputado de Renovación Nacional Maximiano Errázuriz en el Décimo Juzgado del Crimen de

⁵ En este país toma el nombre de Scrache

⁶ [Consultado en línea 12 de enero del año 2024] <https://www1.udel.edu/leipzig/254/lasmadres.htm>

⁷ CEME web producciones 2005

https://www.archivochile.com/Miguel_Enriquez/html/afiches.html ⁸
CS Rol N°38.424-2021

Santiago, temía que las funas desestabilizaran el acuerdo tácito de los militares con el Gobierno de la época⁹

3.- Derechos Fundamentales en Discordia y su contraposición

Existen múltiples circunstancias en que los derechos fundamentales pueden contraponerse, empero conviene tener presente que los derechos humanos no son absolutos, en otras palabras, podemos sostener que tales derechos son limitados e incluso en ciertas circunstancias previstas por el legislador, su ejercicio puede ser eventualmente suspendido¹⁰.

Dicho lo anterior si se analizan ambos derechos constitucionales, por una parte, el respeto y protección a la vida privada y a la honra y por la otra, la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, se puede deducir en un análisis preliminar, que, en ciertas circunstancias, estos derechos podrían contraponerse el uno al otro, la doctrina ha sido conteste en señalar que “no es posible una descripción más precisa de una colisión de principios. Dos normas, tomadas en sí mismas, conducen a resultados recíprocamente contradictorios. Ninguna es inválida, ninguna tiene una precedencia absoluta. Qué sea lo que aquí vale depende de cómo haya que decidir en vista de las circunstancias del caso” ¹¹ (Alexy 1993).

En el contexto de esta investigación resulta atingente precisar ambos derechos fundamentales. Por una parte, la libertad de expresión está contenida en un cuerpo normativo internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo N°19 consagra: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de

⁹ [Consultado en Línea con fecha 13 de enero de 2024] archivoile.com/Derechos_humanos/FUNA/hhddfuna0008.pdf Microsoft Word - 2000 08 Las 8 funas que causaron polémica

¹⁰ Cea (1999) p. 154-157 y 160-162.

¹¹ Alexy Robert, 1993.

[Consultado en línea con fecha 15 de enero de 2024]

<https://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2015/07/lectura-nro-04-estructura-de-las-normas-de-derecho-fundamental-alexey-alemania.pdf>

expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión¹²”

A nuestro juicio la declaración anterior es amplia, lo que da lugar a interpretaciones subjetivas que tienden a confundir la aplicación de este derecho, pero un ejercicio tan libre e ilimitado de la libertad de expresión, sin lugar a duda, lesiona otro bien jurídico que requiere una eficaz y eficiente protección jurídica, al respecto, la doctrina ha sostenido que “Una vía de promoción del mencionado desarrollo integral de las personas, es la defensa de su derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Por lo que el aumento progresivo de la información pública circulante y el mayor acceso a sus fuentes de origen, constituyen una manifestación concreta de este fenómeno; el cual, a su vez, disminuye la protección de otro derecho fundamental: la honra, y da lugar a la colisión de dos derechos fundamentales en atención a una misma actuación”¹³

La libertad que posee un individuo no debe ser fundamento para dañar a otro en su imagen, dignidad, honra personal y familiar e incluso corporativa, como se verá más adelante. La funa expone públicamente a un individuo dañando irremediamente su persona, ya que el contenido se viraliza en las redes, donde se pierde el control de la publicación y de su contenido. Lo anterior revela una clara vulneración a la dignidad ya que la privacidad es el antecedente inmediato de este bien intrínseco, inalienable e irrenunciable de todo ser humano.¹⁴ El individuo o cómo podríamos llamar el “funado” se ve forzadamente expuesto al escarnio social, recibiendo las opiniones no consentidas y una especie de condena a través de un juicio social por su eventual conducta reprochable. Esto nos retrotrae gravemente a un primitivo Estado en donde se pretende hacer justicia por medios propios, ilegítimas, irracionales, sin ninguna garantía y, en consecuencia, extrajurídico.

¹² [Consultado en línea] <https://bibliotecadigital.indh.cl/seíveí/api/coíe/bitstíeams/db5da91b-9c21-4e2b-92f2-64277b3ece8f/content>

¹³ Fuentes María Fernanda (2011) p.548
<https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a14.pdf>

¹⁴ Cf. Vivanco (2006) p.345

La privacidad está regulada de forma especial en la legislación nacional por la Ley Nº 19.628, de 1999. “Sobre Protección de la Vida Privada”, norma que permitió a Chile ser pionero en esta materia. Sin embargo, la actual normativa presenta varias falencias¹⁵ que provocaron una serie de críticas por la comunidad internacional, por no satisfacer los estándares que amerita un derecho tan esencial, como es la protección de la vida privada.

Es preciso señalar que la lesión a este derecho se produce al momento en que la información contenida en la esfera privada se difunde a terceros por los medios masivos. Así lo señala Figueroa:” es posible que en este momento mucha información que nos pertenece esté en conocimiento de terceros, pero, como no lo sabemos, no tenemos sensación de daño. Sin embargo, si esa información se divulgara o se hiciera pública, entonces experimentarías la lesión a nuestro derecho a la privacidad. Es por esto por lo que la diseminación es una de las categorías más relevantes de la privacidad”¹⁶

En esta misma línea, la profesora Angela Vivanco, refiriéndose al ámbito privado, señala la vida privada alude al espacio, los objetos y las conductas que una persona desea mantener alejadas de ojos y oídos extraños¹⁷

Por su parte, la libertad de expresión se ha ampliado a tal punto que se ha convertido en una amenaza real a la privacidad de las personas, la cual una vez vulnerada se torna casi imposible reparar los daños y efectos colaterales de la vulneración. Nuestros tribunales al respecto se han pronunciado de diversas formas, lo que ha impedido un criterio uniforme de la cuestión.

La problemática se torna más compleja aun cuando los tribunales prohíben la emisión de publicaciones y emisiones de opiniones futuras, lo que para algunos vulneraría el derecho a no ser censurado de forma previa

¹⁵ Arrieta 2009

¹⁶ Figueroa G. Rodolfo (2014) pág. 283 [Consultado en línea]
<https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n3/art05.pdf>

¹⁷ Figueroa (2014) p. 109, Vivanco (2006) p.345

Lo anterior evidencia que actualmente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia como se verá más adelante existe un consenso que dé respuesta concluyente y certera respecto de donde comienza y termina el derecho a emitir y difundir información. Para tal efecto, entenderemos por “limitaciones a los derechos fundamentales”, aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico de manera tal que, toda pretensión de ejercicio de un determinado derecho básico que vulnere los límites impuestos por las mismas es por esencia antijurídica y puede derivar para el titular infractor en las responsabilidades que para tal efecto prevea el ordenamiento jurídico¹⁸.

CAPITULO II.

2.- LA FUNA EN LA ACTUALIDAD

¹⁸ Fernández (2002), p. 695.

2. 1.- Una amenaza silenciosa

Principalmente el problema de la funa es que los sujetos amparados en el ejercicio de la libertad de expresión y utilizando los medios de comunicación masiva vulneran otros derechos fundamentales la doctrina a sostenido “que el aumento progresivo de la información pública circulante y el mayor acceso a sus fuentes de origen constituyen una manifestación concreta de este fenómeno, por otro lado disminuye la protección de otro derecho fundamental; la honra y da lugar a la colisión de dos derechos fundamentales en atención a una misma actuación”.¹⁹

En efecto en el actual contexto globalizado proliferan los más diversos tipos de delitos que disfrazados bajo una aparente “denuncia pública” a través de plataformas de redes sociales el victimario desacredita la imagen, el honor y vulneran la privacidad de otros que pasan a ser víctimas perpetuas en el sistema social.

En este mismo sentido el autor Herrera C. en un análisis crítico a las redes sociales sostuvo “que el peso de las redes sociales en el mercado es proporcional al grado de intimidad que los usuarios revelan en sus conexiones. De tal forma estos servicios imponen a sus usuarios una serie de obstáculos tanto en el momento de registro, como en la participación y cancelación de la cuenta con el objeto de que viertan la mayor cantidad de sus datos personales. A través de la imposición de políticas de privacidad generales y condiciones de uso abusivas, estas plataformas virtuales buscan por sobre todo exponer al usuario en desmedro de su privacidad, pasando a llevar en la generalidad de los casos la expectativa de privacidad que estos tienen en la red social”²⁰.

De esta manera la mayoría de las personas y usuarias de internet, están constantemente en riesgo de exponer de forma involuntaria su privacidad, incluso actualmente se obtiene y se almacena la información de los usuarios a través de la Inteligencia Artificial (IA) la

¹⁹ Fuentes María Fernanda (2011).

²⁰ Herrera, Paloma. 2016, vol.5, n.1 [citado 2021-10-14], pp.87-112.

cual almacena valiosa información sobre sus gustos y preferencias para ser posteriormente bombardeados de publicidad y anuncios relativo a su perfil consumidor.

La funa va más allá de la obtención de información del individuo, que en este caso puede incluso llegar a ser falsa la funa desacredita a la persona llevando su información privada al ámbito público con intención de dañar, esto constituye una amenaza silenciosa para un bien que el ordenamiento jurídico constitucionalmente garantiza y que se ha entendido como “la esfera de vida íntima, propia y familiar, respecto de la cual es soberano para decidir si la comparte o no con los demás, ámbito que debe ser respetado como algo inviolable”.²¹

El autor Jaime Guzmán trata a la privacidad en las actas de la constitución y se refiere a ella en los siguientes términos “la persona tiene derecho a la vida privada, pero también tiene derecho a que esa vida privada permanezca como tal. Y ese es el valor que se ha llamado privacidad, el cual va más allá del hecho material de la vida privada” cita Guzmán en las actas de la comisión constituyente sesión 129, 12 junio 1975. El profesor Guzmán hace una diferencia entre privacidad e intimidad no obstante en este trabajo se abordan ambas esferas de forma integral ya que cualquier divulgación que se haga con la intención de dañar y hacer circular la información en los medios o redes sociales lesionan por una parte la intimidad de la persona y su honor.

Tal como se deja de manifiesto en el siguiente caso en donde la recurrente víctima de una funa que afectaba su intimidad se vio obligado a recurrir a los tribunales superiores de justicia cuando fue funado en redes sociales por una adolescente, quien aseguraba y se refería a él como un violador y abusador sexual, descripción que hacía al pie de una foto de este que circulaba en redes sociales. El contenido fue compartido y comentado por miles de usuarios de la red. La Corte de Apelaciones rechazó el Recurso de Protección intentado por el funado,, sin embargo la Corte Suprema revoco la sentencia en alzada considerando que al recurrente le fueron lesionados sus derechos

²¹ Meins (2000) p.303

fundamentales, especialmente el derecho a la propia imagen y el derecho a la privacidad del actor. También considera la colisión de derechos fundamentales el derecho a la propia imagen y la libertad de expresión, en este caso el Máximo tribunal considero que en este caso distorsionaba el concepto público que tiene un individuo en la sociedad. La Corte Suprema, ordenó eliminar las publicaciones realizadas en redes sociales como Facebook e Instagram que contengan imputaciones al actor. Véase la sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol N°90.737- 2020 y Corte de Apelaciones de Concepción Rol N°9.238- 2020 ²²

Ahora bien distinto es el caso en que las personas en un acto voluntario deciden exponer su vida o parte de ella al público como comúnmente ocurre con los personajes famosos de la televisión o los denominados actualmente como “influencers” o también en el ámbito del derecho corporativo en cuyo caso las personas jurídicas permiten que los usuarios y consumidores emitan sus opiniones soportando tanto las positivas como negativas en sus plataformas con el objeto de que otros usuarios y consumidores conozcan mejor acerca de sus servicios y productos. Cuando estos actos se ejecutan de buena fe benefician por una parte al resto de los consumidores ya que permiten informar previamente de forma certera acerca del producto o servicio y por otra conceden a las corporaciones recabar información que les permite mejorar sus puntos débiles y estar en conocimiento acerca de la percepción del mercado.

No obstante existen casos en que eventualmente las opiniones y comentarios que se emiten de forma desproporcionada y con ánimo de deshonar el buen nombre de la persona natural o incluso la persona jurídica dañan la imagen de estas. En el caso de esta última existen fallos en que los Tribunales superiores de justicia en esta materia han amparado al recurrente cuando su imagen corporativa y de empresa han sido menoscabadas en el ciberespacio²³.

²² Rol N°90.737- 2020 y Corte de Apelaciones de Concepción Rol N°9.238- 2020

²³ Sentencia rol N° 171.536 de 2019

Por su parte en el ámbito de las personas naturales distinta es la situación ya que los comentarios acompañados algunas veces de imágenes y contenidos audiovisuales van enfocados al daño de la imagen del funado y no tienen por objeto que el individuo mejore sus actos sino sentenciarlo socialmente por ellos en algunos casos, estos actos tienen por objetivo deshonrar y avergonzar a la persona de esta forma “las redes sociales facilitan la comunicación y el acceso rápido a información permitiendo a cualquier persona participar y colaborar en la difusión de hechos y noticias esta inmediatez puede generar conflictos entre el derecho a la honra y la libertad de expresión o información este dilema se manifiesta en situaciones como las "funas", donde individuos comparten relatos con el objetivo de dañar la reputación de otros y provocar el rechazo generalizado de la comunidad de usuarios”²⁴.

Asimismo existen funas que con apariencia de divulgar un proceso judicial que si bien por mandato constitucional son de carácter público los funadores pronuncian opiniones del procesado sin que este aún obtenga alguna condena, anticipándose al resultado del proceso penal y dañando la honra de la persona. Véase sentencia Rol I.C 3492-2021, vistos pág. 2 inc.1.

2.2.- Formas de resolución de conflicto y su panorama actual con las garantías fundamentales

Como se ha advertido anteriormente la funa ha sido considerada por algunos tribunales superiores de justicia como una forma de autotutela²⁵ donde las personas motivadas por la frustración, el despecho y la venganza deciden hacer justicia por mano propia. En este punto es importante advertir y dejar en claro que existen fallos favorables al “funador” cuando el propósito es informar o poner en alerta al público o a personas determinadas acerca de algún ilícito o delito individualizando incluso a los autores del ilícito.

24 (Libro_Sentencias-Destacadas-2020_FINAL_Capitulo9-1.pdf pg 2- 21)
[Consultado en línea con fecha 15 de enero del 2024] https://lyd.org/wp-content/uploads/2022/10/Libro_Sentencias-Destacadas-2020_FINAL_Capitulo9-1.pdf

²⁵ (2021, rol N° 3492-2021)

Basándonos en los fallos jurisprudenciales que sostienen que la funa es un acto de autotutela idea que se comparte por la mayoría de los fallos recientes nos parece relevante citar la conclusión que realiza el abogado Ariel Wolfenson acerca de esta primitiva institución:

“La autotutela se podría definir como aquel acto de justicia por mano propia, y su versión digital es la que tristemente algunos promueven como un medio legítimo de resolución de controversias. Cuestión errada y peligrosa, puesto que más allá del hecho de no necesitar prueba alguna para tirar del gatillo de la infamia, este pensamiento no hace sino abandonar los ideales que fervientemente hemos perseguido como colectivo humano, invitando tácita o expresamente a la huida del estado y del monopolio de la violencia que le hemos reconocido. Aplicando sanciones o condenas sociales sin justo y razonable procedimiento e instaurando la presunción de que toda persona es culpable hasta que no se demuestre lo contrario. Territorio fértil para las revanchas personales, aprovechamientos políticos y condenas extrajudiciales a inocentes.

En el artículo 19 número 3 de nuestra carta magna el cual prohíbe la posibilidad de ser juzgado por comisiones especiales, y en vista del comportamiento de las redes sociales y de las sanciones mediáticas tanto o más radicales que las eventualmente dictaminadas por los tribunales de justicia, pero sin el respaldo fáctico y técnico de una investigación jurídica acuciosa, surge como conclusión la existencia de una infracción a los derechos fundamentales, y no solo respecto al honor de la personas sino también que al justo y racional procedimiento en el que se basa el acto de juzgar”²⁶.

Al respecto se debe tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico hay ciertas excepciones tipificadas de autotutela, sin embargo en la mayoría de los Estados hay una prohibición general de autotutela, por otra parte una serie de excepciones reguladas en el ordenamiento jurídico así entonces podemos constatar que en ocasiones se puede

²⁶ Ariel Wolfenson, [Consultado en línea con fecha 25 de enero 2024] <https://www.diarioconstitucional.cl/author/cap-ariel-wolfenson/>

hacer justicia por la propia mano pese a que exista violencia porque existe alguna razón que justifica tal actuar”²⁷. En esta misma línea la legítima defensa contemplada en el artículo 10 del Código Penal, permite ejercer la autotutela excepcionalmente. Es más, en un Estado de derecho las formas de resolución de conflictos se deben utilizar los medios pacíficos con prohibición de amenazas y uso de la fuerza que ponen en peligro la paz, la libertad y la justicia. Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Como se expuso anteriormente los tribunales superiores de justicia han sido los encargados de dar solución a las funas a través del Recurso de Protección. De esta manera la jurisprudencia ha ido unificando una serie de requisitos o elementos que deben observarse para que la libertad de expresión cruce la frontera y lesione la honra de una persona es así que para que una funa sea considerada ilegítima requiere en primer lugar que se realice con la intención de dañar la imagen del funado, es decir se realice a través de injurias o calumnias, aquí es importante poner atención en el caso de que si el delito ha sido condenado o los hechos funados fueran ciertos esa funa sería meramente una opinión o apreciación personal respecto de una controversia no generándose un desmedro para el recurrente²⁸.

Por último la acción no se considera arbitraria, tampoco lesiva y menos una amenaza cuando el funador emite sus opiniones en un contexto que a criterio de los sentenciadores se realiza en un ámbito privado “baste para rechazar la acción deducida el hecho que la publicación a que alude la parte recurrente es una privada, esto es, a la que no tiene acceso cualquier persona” (Corte Suprema Rol N°32.886-2022). Nos parece que considerar lo contrario sin lugar a duda lesionaría el derecho a la Libertad de Expresión.

En nuestra perspectiva cada Estado garantiza el respeto de los derechos fundamentales y las limitaciones ordinarias no solo se aplican en periodos de normalidad institucional, sino que también actúan de manera continua en el tiempo. En situaciones de Estado de

²⁷ Delgado et al., (2017) p.276

²⁸ Rol N° 27.035-2022

excepción o de sitio, no se permite la práctica de cultos contrarios a la moral, buenas costumbres, orden público y seguridad nacional.

En resumen las limitaciones están presentes en situaciones normales como en estado de excepción. Pero las limitaciones extraordinarias solo se aplican en estos últimos. Por consiguiente el objetivo es siempre buscar la armonía y la convivencia respetando los derechos de las personas independientemente del contexto en que nos encontremos como bien se dice “mi derecho termina cuando empieza el derecho del otro”.

En consecuencia no existiría un derecho fundamental de carácter absoluto sino más bien una limitación a cada bien jurídico protegido estas limitaciones deben respetar el contenido esencial de cada uno de ellos sin distinción. En definitiva, esto se puede lograr una solución satisfactoria y objetiva al problema planteado.²⁹

2.3- Normativa Vigente

En el Pacto de Los Derechos Civiles y Políticos en el artículo 17, se consagra el derecho a la vida privada y derecho a la honra y reputación. En esta perspectiva la Constitución Política de Chile, establece un catálogo de garantías constitucionales, defendibles a través del Recurso de Protección. Entre los derechos fundamentales³⁰ consagrados en el artículo 19³¹ de la Constitución se encuentra “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.” Sin embargo, dichos derechos se ven amenazados por estos actos de difusión masiva en perjuicio por ejemplo, de la honra de la persona en su derecho a la defensa consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en el artículo 8.2. como también se consagra en el artículo 19 N°3 de la CPRCH. El derecho a la honra y la reputación está inscrito también en otros acuerdos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos

²⁹ Fuentes 2011 p.555

³⁰ Nogueira (2003) p.54

³¹ Navarro y Carmona (2015) p.89

Humanos en el artículo 11 e incluso está consignada en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por su parte, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula también esta materia y establece: “Art. 27. Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Parte en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido”

La Constitución de 1980 declara en su artículo 19 N°4 INCISO 1., “asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”. El constituyente a luz de este artículo ofrece una garantía constitucional que en la actualidad se aplica para proteger a las víctimas de las funas.

En este punto nos parece importante mencionar que si bien actualmente existe una aparente pugna entre este precepto constitucional y el precepto que se ubica en el mismo artículo numeral 12, que protege el derecho fundamental a la Libertad de Expresión, el

problema eventualmente pudo ser mayor si hipotéticamente la primera propuesta de Nueva Constitución se hubiese aprobado, ya que dicho borrador contemplaba en el Capítulo I, Derechos Fundamentales y garantías, en su artículo N°82 el siguiente tenor referente al derecho a la Libertad de Expresión: Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a la libertad de expresión opinión, en cualquier forma y por cualquier medio, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. No existirá censura previa, sino únicamente las responsabilidades ulteriores que determine la ley³². Sostenemos que tal precepto, sin lugar a duda hubiese reforzado la postura, que, aunque minoritaria, sostiene que las funas son manifestaciones ajustadas a derecho de un ejercicio de la libertad de expresión, tal afirmación radica en que el tenor del precepto del rechazado borrador aceptaba que esta libertad se podía ejercer en cualquier forma y por cualquier medio.

Este último tenor sin duda que hubiese sido utilizado en defensa de quienes funan por las redes sociales provocando mayores fallos contradictorios que los que actualmente existen y en consecuencia aumentando la incertidumbre jurídica en la materia.

El Código Civil chileno ofrece solución en su artículo 2331 que reza “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.” El Código nos da un remedio en el evento que se dañe la honra de una persona, cuando se emiten declaraciones falsas, no obstante, y probablemente debido a la antigüedad de la vigencia del precepto sumado al enfoque terrateniente del cuerpo normativo deja desprotegido el derecho a la privacidad, que como señalamos anteriormente cada vez más este derecho es amenazado por la tecnología y la globalización.

En el caso del Código Penal Chileno “existe una prohibición general de autotutela y, por otra parte, una serie de excepciones reguladas específicamente en el ordenamiento

³² Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022
Capítulo I- Derechos Fundamentales y garantías, pág.30.

jurídico. Así, entonces, podemos constatar que en ocasiones se puede hacer justicia por la propia mano, pese a que exista violencia porque existe alguna razón que justifica tal actuar”³³ En esta misma línea la legítima defensa contemplada en el artículo 10 N° 4,5, y 6 del Código Penal, permite ejercer la autotutela excepcionalmente y sólo en casos muy limitados, “no hay delito ni pena cuando el hecho es ejecutado en legítima defensa”

En paralelo la Ley N 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo en el primer artículo establece uno de los lineamientos por el que transitará el desarrollo de este trabajo. Al respecto señala “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley”.

Dicho lo anterior si se analizan en esta investigación ambos derechos constitucionales se puede deducir en un análisis preliminar que en ciertas circunstancias estos derechos podrían contraponerse el uno al otro. No obstante la doctrina ha sido conteste en señalar que “No es posible una descripción más precisa de una colisión de principios dos normas, tomadas en sí mismas, conducen a resultados recíprocamente contradictorios. Ninguna es inválida, ninguna tiene una precedencia absoluta. Qué sea lo que aquí vale depende de cómo haya que decidir en vista de las circunstancias del caso” ³⁴ (Alexy 1993)

Finalmente es importante señalar que la Asamblea General de las Naciones Unidas considerando los problemas colaterales de los medios digitales en cuanto a la privacidad de las personas sostiene que “Reconociendo que el examen del derecho a la privacidad debe basarse en las garantías de la base jurídica existente y no debe abrir el camino a injerencias indebidas en los derechos humanos de las personas, destacando la importancia del pleno respeto de la libertad de buscar, recibir y difundir información,

³³ Delgado, (2017), p. 276

³⁴ Alexy Robert, 1993.

incluida la importancia fundamental del acceso a la información y la participación democrática”³⁵

Asimismo, afirma que “Recordando que el derecho a la privacidad, la libertad de expresión y la libertad de acceso a la información contribuyen al libre desarrollo de la personalidad y que la tecnología digital afecta considerablemente el disfrute de estos derechos”³⁶ En este punto parece necesario analizar ciertos hechos que se encuentran legalizados y que comparten los elementos de las funas. Estos actos tienen por objeto publicar información referente a un sujeto determinado ofreciendo antecedentes acerca de su comportamiento, capacidad de pago e incluso sus incumplimientos, llevando a la persona a una exposición pública dentro de un rubro determinado.

Lo anterior se refiere a lo que para efectos de este apartado hemos denominado como una funa legalizada, a modo de ejemplo, se analizaran las siguientes normas:

1.- La ley N°21.442 de Copropiedad Inmobiliaria, otorga amplias facultades al administrador y comité quienes pueden publicar de forma física y digital un listado con el nombre y dirección del copropietario, indicando el periodo y monto de la deuda del servicio de los Gastos Comunes. Este acto ha sido considerado en varias oportunidades por los Tribunales Superiores de Justicia como una deshonra hacia la persona, aunque algunos sustentan que tal acción es muy efectiva para mantener los pagos al día de la Comunidad y que además si el Reglamento de Copropiedad lo estipula, se ajustaría a derecho. Con todo no se puede desconocer que tal acción expone de forma negativa al deudor frente terceros, que incluso pueden ser ajenos a la comunidad habitacional, como es el caso de las visitas de los residentes o en aquellos casos que la publicación se dirige hacia el exterior del edificio. Adicionalmente la nueva ley comentada, a través de sus últimas modificaciones permiten suspender el servicio eléctrico a los residentes, herramienta que respeta el derecho a la honra del copropietario

³⁵ ONU (2016) 3era C, p.3

³⁶ ídem p.3

deudor sin exponerlo al descrédito de terceros, como inclusive lo prohíbe expresamente el artículo 17 de la Ley N°19.628 Sobre Protección de Datos de Carácter Personal³⁷.

2.- La Ley N°20.575 que comunica lo relativo a la información comercial de los clientes. Esta ley fue modificada posteriormente en el año 2012 tras abiertos abusos cometidos por las entidades a cargo de entregar la información. Se impusieron restricciones y prohibiciones para informar deudas de servicios, con todo y posterior a su entrada en vigor el SERNAC inició una investigación en que se denunciaba que Equifax incumplía las restricciones entregando información protegida. De esta forma la nueva ley DICOM en palabras del director del SERNAC: “Busca devolver la dignidad a los consumidores que, aunque tengan deudas, no pierdan sus derechos. Sabemos que, para los consumidores, estar en DICOM es una gran carga pues se le cierran las puertas al crédito, al trabajo, a la salud y otros servicios. Por lo tanto, permitir la consulta de los datos a cualquier persona va contra el espíritu de la ley y deja la puerta abierta al mal uso de esos antecedentes”³⁸.

Como resultado cumplir con la Ley N°19.628 sobre Protección de la vida Privada en su primer artículo consagra el Principio de Finalidad en el tratamiento de los datos personales, el cual consiste exclusivamente en la evaluación del riesgo comercial para el proceso de otorgamiento de un crédito.

3.- Seguidamente la reciente Ley N° 21.389 que crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos, en que sin lugar a duda expone públicamente a los deudores de pensiones alimenticias, quienes a través del cruce de información entregada por el Registro Nacional Civil e Identificación se encuentran impedidos de adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles,

³⁷ [Consultado en línea 14 de febrero de 2024] <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>

³⁸ [consulta en Línea con fecha 15 de enero del año 2024] <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-6696.html>

pasando a integrar una lista negra para el sistema público y privado, podemos entender que también se trata de una funa legalizada.

2.4.- Delitos asociados a la funa.

En el ordenamiento jurídico nacional la Ley N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada, establece multas a los actos que vulneren la privacidad de las personas. Ahora bien no todas son acogidas por los vacíos legales en cuanto al tema en investigación, cabe preguntarse si son efectivas.

La Constitución Política de la República de 1980 contempla en el artículo 20, el Recurso de Protección para accionar en los casos en que se vulnere las garantías constitucionales del art. 19 N°4. Acogido el Recurso de Protección el ofendido puede impetrar una acción penal por injurias o en su defecto demandar indemnización de perjuicios por los eventuales daños patrimoniales que experimentó la víctima.

En relación con el problema expuesto, un delito asociado a la funa se tipifica en la ley N° 20.005 de fecha 3 de mayo de 2019 que sanciona aquellas conductas de acoso sexual. Se sanciona desde 20 a 60 días de prisión. Adicionalmente se puede aplicar una multa de 10 UTM. Cabe considerar que el artículo 422 del Código Penal, de igual forma sanciona los delitos de calumnia, “La calumnia y la injuria se reputan hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos; por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera”.

Las injurias y calumnias pueden ser expresadas personalmente o en medios de comunicación masiva en este último caso se configura lo que normalmente lo denominamos como funa El Código Penal chileno en el artículo 418 establece la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 6 a 10 UTM. Por su parte el delito de

calumnias propagada por escrito y con publicidad será castigada, con las penas de reclusión menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando se imputare un crimen y con las de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se imputare un simple delito.³⁹

Esta perspectiva legal se respalda en el artículo 422 del Código, que regula el Derecho Penal chileno “La calumnia y la injuria se reputan hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos; por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera”.

En este contexto, internet y los medios de comunicación masiva son considerados como medios de comunicación social bajo el principio de presunción de inocencia y ante la difamación o funa existe la opción de interponer una dentro del marco normativo vigente, en este caso nos referimos a la querrela

Todas estas herramientas nos llevan a buscar dentro del ordenamiento jurídico nacional una sanción penal, en este contexto podemos destacar las siguientes tipificaciones en el Código Penal Chileno;

1. Injurias y Calumnias personales, pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 6 a 10 UTM. - Calumnias propagadas por escrito y con publicidad la pena corresponde a reclusión menor en su grado medio y multa de 11 a 20 UTM., si se imputa un crimen y pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 6 a 10 UTM., si se imputa un simple delito

³⁹ Código penal art.422,418.

2. Internet y medios de comunicación social, se considera como medios de comunicación social, lo que implica que las expresiones difamatorias realizadas en línea pueden ser objeto de acción legal
3. Presunción de inocencia y querrela; el principio de presunción de inocencia sugiere que una persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, ante difamación o “funa”, la opción es interponer una querrela para buscar sanciones penales.

Es importante tener en cuenta que dentro del proceso desde la publicación hasta la sentencia condenatoria puede ser lento, dentro de muchos procedimientos que, si bien nos lleva a una angustia o ansiedad, este busca un debido proceso, para tener una sentencia justa. En consecuencia en este trabajo se busca que el lector tenga una herramienta y pueda ser asesorado por abogados que le entregaran un abanico de opciones dentro del marco normativo chileno como lo declara la constitución política de Chile en su artículo 19 N° 3 La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

CAPITULO III.

3.- Visión de la doctrina nacional y extranjera.

3.1.-Doctrina

En esta misma idea respecto a la ponderación de los derechos fundamentales ha sido sostenida por la autora Fuentes M. quien señala que “Si bien la doctrina y jurisprudencia en determinados casos han manifestado que uno prevalece sobre el otro, como por ejemplo el derecho a la honra en caso Martorell, ante los tribunales nacionales, o el derecho a la libertad de expresión e información en el mismo caso pero ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la mayoría de las veces han sido insistentes en sostener que los derechos fundamentales no se jerarquizan, sino que solo deben ser ponderados cuidadosamente, respetando ciertos criterios como por ejemplo: la relevancia pública de la información, existencia de un mínimo de diligencia en la comprobación de los hechos o la actitud positiva del actor hacia la verdad, que el grado de diligencia sea razonable y proporcionado a las circunstancias, que no hay intromisión ilegítima en la honra de la persona cuando se realizan críticas acerbas y que sean injerencia previstas por la ley”.⁴⁰

Los autores Gascón y García refiriéndose al valor de las garantías constitucionales sostiene que “podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma <<dignidad>> constitucional y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras.”⁴¹ “Esta línea de argumentación se refuerza con el principio de ponderación de Robert Alexy. Pues conforme a él, en casos en que para el ejercicio de un derecho es precisa la afectación de otro, se deben considerar los tres subprincipios de la ponderación: idoneidad, necesidad y ponderación

⁴⁰ Fuentes (2011) p.553. [consultado en línea 16 de enero 2024]
<https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a14.pdf>

⁴¹ Gastón, Marina y García Alfonso, p. 306.

en sentido estricto. De ellos el que cobra especial relevancia en el caso de estudio es el de la necesidad. Que exige que de dos medios igualmente idóneos para satisfacer un derecho se debe optar por aquel más benigno con el derecho fundamental afectado”.⁴²

El Derecho interno chileno ha ido creando normas cuya fuente formal inmediata son preceptos constitucionales, así por ejemplo la Ley N° 19733 refleja el derecho a la Libertad de Expresión y la Ley N° 19.628 que regula el tratamiento de los datos personales en resguardo de la vida privada de las personas. Por lo tanto, en palabras de la autora Fuentes M. “Si el derecho a la honra al emanar de la dignidad humana adquiere un carácter netamente individual, que mira sólo a su titular en sí mismo y no a la colectividad.”⁴³ (Fuentes 2011)

Lo anterior refuerza la justificación del tema de investigación, que se basa en la necesidad, que en el marco de los malos usos que se hacen de las redes sociales, se cree una normativa certera y eficaz que pueda solucionar las consecuencias negativas derivadas de las funas, que vulneran los derechos fundamentales de la privacidad y honra de la persona.

3.2 Derecho Comparado

Es importante precisar que el Derecho a la privacidad, honra de la persona e imagen propia pese a estar incluido como derechos humanos a nivel de Convenciones Internacionales, existen ordenamientos jurídicos que ponderan en desmedro de estas garantías, favoreciendo la Libertad de expresión⁴⁴.

Ejemplo de lo anterior es el caso de Argentina donde la funa adopta el nombre de “scrache” y comparte con Chile que el primer antecedente registrado correspondió a un agente de la dictadura que secuestraba bebés, sin embargo, el país vecino se diferencia con Chile toda vez que en este último se garantiza en términos amplios la libertad de

⁴² Alexy, Robert. (2004), Fuentes (2011) p. 599.

⁴³ Fuentes María Fernanda, 2011. PG 12,

[Consultado en línea con fecha 25 de enero de 2024]<https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a14.pdf>

⁴⁴ Santoro Daniel, (2021)

expresión incluye un cierto derecho a funar, arguyendo que se trata de expresar información especialmente de los grupos más desprotegidos de la sociedad como los grupos feministas. Este movimiento ha utilizado reiteradas veces esta herramienta para visibilizar situaciones de abusos y acoso que han impulsado no solo a las legislaciones extranjeras sino también a Chile a legislar para regular algunas situaciones, especialmente de los acosos en el transporte público del que han sido víctimas las mujeres.

El país vecino incluso cuenta con la Ley 1257 de 2008, en la que se dictaron las normas sobre el derecho humano de las mujeres a vivir una vida libre de violencias y que valida el scrache como una denuncia pública.

Colombia por su parte, en una sentencia del tribunal superior⁴⁵ consideró cómo válido este tipo de actos considerando que se trata de una sanción social válida.

Por otra parte, la Sentencia T361 de 2019, “se enfocó en la utilización de las redes sociales como medios idóneos para que las mujeres subviertan relaciones desiguales, para hablar y ocupar el espacio que legítimamente les pertenece”⁴⁶

Es importante destacar la acción del tribunal español quien acogió recurso de amparo deducido por un hombre cuya identidad fue asociada a una página web que contiene mensajes injuriosos. “En relación con el segundo motivo, relativo a la infracción de criterios de ponderación del interés público, estima que “(...) debe estimarse esta queja, en aplicación directa de la doctrina fijada, y declararse así que dicha resolución judicial vulnera el derecho a la protección de datos personales, en su vertiente del derecho al olvido”⁴⁷.

⁴⁵ Sentencia C355 de 2013

⁴⁶ Rojas (2019), Colombia, [Consultado en línea] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-361-19.htm>

⁴⁷ [Consultado en línea con fecha 30 de enero de 2024] <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/10/11/vinculacion-de-datos-de-presunto-estafador-a-sitio-web-con-funas-vulnera-su-derecho-a-la-proteccion-de-datos-personales-resuelve-el-tribunal-constitucional-de-espana/>

Merece especial atención referirnos a una institución que en Chile aún no alcanza aplicación general. Si bien, existe un germen de derecho al olvido, especialmente en materia comercial como lo plasma la reciente Ley 20.720 que sustituye el antiguo régimen de ley de quiebras y permite a las personas comenzar de nuevo a través de una reorganización de las personas naturales y jurídicas⁴⁸. En esta misma idea se hace necesario en el país una norma que positivice el derecho al olvido en situaciones que actualmente se utilizan como funas, especialmente cuando estas situaciones se basan en situaciones y hechos que ya se encuentran prescritas.

Sentencia T-52 de 2022., Corte Constitucional de Colombia, el recurrente Ciro Alfonso Guerra Picón, presentó acción de tutela contra las periodistas Catalina Ruiz-Navarro y Matilde de los Milagros Londoño, directoras del medio de comunicación digital Volcánicas, considerando que se vio afectado gravemente sus derechos fundamentales por considerar que desconocen los derechos del recurrente al buen nombre, la honra y la presunción de inocencia al publicar un artículo en el medio de comunicación virtual, en el que se recogen ocho testimonios en los que se le acusa de cometer hechos de acoso o violencia sexual.

En este caso se puede advertir que los distintos fallos que se dieron en este caso reafirman nuestra postura en cuanto a la contradicción de las posturas jurídicas en de la funa. Exponemos parte de los considerando de los jueces “En segunda instancia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, mediante providencia de 26 de abril de 2021, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, concedió el amparo y ordenó a las periodistas Catalina Ruiz-Navarro y Matilde de los Milagros Londoño que, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la decisión, rectificaran la publicación Ocho denuncias de acoso y abuso sexual contra Ciro Guerra, presentando la información de manera cuidadosa y conforme los lineamientos expuestos en esa decisión”

⁴⁸[consultado en línea con fecha 14 de febrero 2024]
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1058072>
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=94&modo=2¬a=0&tab=2

Sin embargo, el tribunal constitucional resuelve y para efectos de este trabajo solo haremos referencia al primero y segundo de la resolución“ Lenvantar la suspensión de témenos dispuesta en el Auto del 22 de febrero de 2022. Y revocar las sentencias proferidas, en primera instancia, por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá el 4 de marzo de 2021, que declaró la improcedencia de la acción de tutela presentada por el señor Ciro Alfonso Guerra Picón, y, en sede de impugnación, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 26 de abril de 2021, que concedió el amparo. En su lugar, NEGAR la protección a los derechos al buen nombre, honra y presunción de inocencia pretendida por el ciudadano Ciro Alfonso Guerra Picón contra las periodistas Catalina Ruiz-Navarro y Matilde de los Milagros Landonó, directoras de Volcánicas⁴⁹

A nivel país una de las funas más bulladas fue el caso del director de cine Nicolás López, en que ocho mujeres lo denunciaban por lo diversos medios de comunicación. Los hechos se remontan al año 2018 cuando se denuncia al director de cine, de acoso laboral y abuso sexual. Esto a través de un extenso reportaje publicado en Revista sábado de El Mercurio en que se daba cuenta de crudos testimonios en donde el las obligaba a besarlo o, derechamente, les pedía tocarlas y se abalanzaba sobre ellas. Estas declaraciones si bien es cierto son hechas en el ámbito de denunciar, son testimonio de un delito, pasando a llevar la presunción de inocencia hasta que se declara culpable por una sentencia condenatoria de los tribunales de justicia. “Este reportaje fue fundamental para que la Fiscalía Oriente iniciara una investigación en contra del cineasta con el objetivo de esclarecer el caso que remecía a toda la industria nacional, más aún, porque algunas denunciantes indicaban que López las había obligado a sostener encuentros sexuales, utilizando incluso la fuerza física, cuando ellas rechazaban estas insinuaciones. Fue así como el organismo formalizó al director de cine por los delitos de violación y abuso sexual a mayores de 14 años, lo que habría cometido en contra de cinco víctimas”⁵⁰.

⁴⁹ [consultado en línea con fecha 14 de febrero de 2024] <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=135598&dt=S>

⁵⁰ [Consultado en línea con fecha 25 de febrero de 2024] <https://radio.uchile.cl/2022/04/26/tribunal-declara-a-nicolas-lopez-como-culpable-por-dos-delitos-de-abuso-sexual/Sentencia-causa-rol-17.678.2022>

Se destaca que estos relatos dan cuenta de hechos verdaderos difundidos públicamente, que permitieron movilizar al persecutor para posteriormente sentenciar y hacer justicia a las víctimas. Distinto es el caso cuando terceros incluso ajenos al conflicto se cuelgan de estas situaciones para difundir el delito buscando el repudio y rechazo social al funado.

En síntesis si bien la funa lesiona y se contrapone al respeto de los Derechos Humanos, no existe consenso en los Estados respecto a esta materia, sino que cada ordenamiento jurídico interno soluciona la cuestión conforme a sus criterios inspiradores de las fuentes materiales del derecho y los criterios subjetivos de cada juez.

3.3 Conclusión

Es evidente que dentro de un Estado de derecho se busca regular las relaciones entre las personas en una continua evolución. Así lo deja entre ver la Constitución en su artículo N° 1 inciso 4 que expresa “El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”

Que el Estado se encuentre a disposición de la persona significa que debe ir evolucionando junto con esta para que la servicialidad sea eficaz. Esto implica que la legislación obligadamente se actualice a la realidad imperante de la sociedad. En este escenario los días que vivimos están inmerso en un sistema cada vez más digitalizado y que con ayuda de la tecnología permiten no sólo acceder a la información en sólo segundos, sino que también difundirla velozmente sin considerar consentimiento previo. Esta herramienta tecnológica esencial para el desarrollo de esta era, termina convirtiéndose en una amenaza y el vehículo para infracciones que terminan por lesionar la privacidad de la persona y su honra.

Este trabajo destaca una preocupación constante, sobre como las personas buscan justicia a través de las “funas” públicas, y algunos reconociendo su legitimidad, pero advirtiendo sobre posibles consecuencias peligrosas si se llevan estas prácticas fuera del margen jurídico. Se enfatiza que estas publicaciones pueden afectar el honor y la

seguridad de la parte acusada resultando en amenazas, como también pérdidas monetarias lo que lleva muchas veces a quedar sin trabajo a ser discriminado, agredido y lógicamente todo esto conlleva a un daño emocional.

Asimismo se subraya el riesgo para quienes realizan las publicaciones ya que podrían enfrentar querellas y sentencias condenatorias. De esta manera la recomendación principal es utilizar la vía jurídica que se basa en el debido proceso para buscar justicia. Adicionalmente se hace necesaria una mayor educación a la población para que entienda que la funa es un delito y como tal tiene consecuencias. Aunque el sistema es lento, se garantiza que será siempre llevando el conflicto por un juez natural, imparcial y habrá bilateralidad de la audiencia, garantizando los derechos de cada parte. Se insta a los lectores a buscar una asesoría jurídica profesional y a resolver el conflicto por la vía pacífica.

En consecuencia, todo Estado de Derecho debe procurar la protección de la honra y la privacidad de las personas con normas positivas que ofrezcan una rápida y eficaz solución cuando estos bienes jurídicos se vean amenazados o vulnerados. Lo anterior debe darse sin ambigüedades judiciales en el contexto de la falta de unificación de criterios jurisprudenciales que llevan a decisiones que atienden al grado de vulneración del derecho lesionado y también al criterio subjetivo de cada juez⁵¹.

También en este trabajo se expuso someramente lo que nuestra opinión denominamos "una funa legalizada". Son aquellos casos donde personas jurídicas de derecho público como el Registro Nacional de Deudores al que hicimos referencia y en el ámbito privado el DICOM, están autorizados por la ley que los regula, a informar y poner en alerta a terceros sobre información de carácter sensible que en cierta manera dañan la imagen del sujeto o a lo menos lo perjudican para ejercer ciertas pretensiones.

⁵¹ Fuentes, (2011) p.554

Como futuros profesionales del mundo jurídico podemos concluir dos cosas importantes:

La primera con una mirada crítica ya que debemos admitir que el sistema jurídico actual y como quedó demostrado en este trabajo a través de la jurisprudencia no presenta un criterio uniforme que entregue una adecuada certeza jurídica al conflicto. Destacamos que, si bien el Recurso de Protección soluciona de forma rápida este conflicto, no soluciona el problema de fondo. Las personas generalmente acuden a la funa porque miran al sistema como lento e ineficaz e incapaz de solucionar su problema de esta manera hacen públicos sus descargos.

En segundo lugar, es importante asumir un compromiso profesional que se resume en dos dimensiones:

A.- Primeramente, buscar siempre el camino más eficaz e idóneo a los hechos que se nos presenten, sin sobrecargar los tribunales con demandas o querellas que previo análisis se estiman como inadmisibles o sin el adecuado sustento jurídico. Lo contrario no guardaría armonía con el compromiso profesional de velar y contribuir con la economía procesal.

B.- En segundo lugar, como profesionales del mundo jurídico y comprometidos con el sistema judicial chileno consideramos imperante una norma positiva que defina de forma concluyente los límites de la funa en cuanto a los Derechos Fundamentales vulnerados.

Finalmente es crucial destacar que pese a existir Tratados Internacionales y guardar similitudes entre los ordenamientos jurídicos cada país tiene su propio enfoque y matices legales. En Chile en la actualidad la delimitación de las fronteras y el equilibrio entre la libertad de expresión y la protección de los derechos individuales sigue siendo un desafío.

BIBLIOGRAFIA CITADA.

- Alexy Robert 1993 Madrid p.96, Centro de estudios ediciones constitucionales ISBN.250-0939-2.
- Cea Egaña José Luis, 1999 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Editor ISBN 9562882314, 9789562882316.
- Figueroa G. Rodolfo/ 2014,
Ediciones Universidad Diego Portales 1ra ed. Santiago de Chile
ISBN 978-956-314-286-0
- Meins, Eduardo (2000). "Derecho a la Intimidad y la Honra en Chile" editorial Universidad de Talca, Facultad de ciencias políticas y sociales. Año 6.1
- Navarro Beltrán, Enrique y Carmona Santander, Carlos (2015)
Ediciones Cuaderno del Tribunal Constitucional 1ra ed.
ISBN 210.089
- Nogueira A. Humberto (2003) Universidad Autónoma de México
ISBN 970-32-0886-X
Vivanco Angela 2006. Ed. Universidad Católica de Chile tomo I, Santiago
Chile
ISBN 9561409216

Jurisprudencia

- CS. Garrido Costa Rodrigo Antonio con Saavedra Moscoso Marioly del Carmen (2019, Rol N° 2327-2019) Considerando décimo quinto
- Corte Suprema en causa Pérez/ Mac-kay Rol 25 de mayo de 2020, Rol N° [59.631-2020](#)
- Corte Suprema en causa Maldonado/Gallegos 25 de marzo de 2020
- Rol N° [30293-2020](#)
- Corte de Apelaciones de Santiago Montenegro/Tabilo 5 de junio de 2020 Rol N° 171536-2019
- CS Pavez/Pinochet (2021, Rol 38424-2021)

Jurisprudencia Extranjera

- Sentencia T-329/18 Acción de tutela interpuesta por Mónica Godoy contra Universidad de Ibagué.

Revistas

- “Miguel Enriquez” CEME web producciones, (2005)
- Delgado, Jordi, Palomo, Diego y Delgado, Germán, 2017 Autotutela, solución adecuada del conflicto y reposessión: revisión y propuesta, En:<https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v24n2/0718-9753-rducn-24-02-00265.pdf>
- Daniel Santoro, (2021): *Argentina: la libertad de expresión y el derecho a la investigación periodística*, En: www.diarioconstitucional.cl/2021/01/19/argentina-la-libertad-de-expresion-y-el-derecho-a-la-investigacion-periodistica

Documentos Electrónicos

- <http://etimologias.dechile.net/?funa>
- <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1066775>
- <https://www1.udel.edu/leipzig/254/lasmadres.htm>
- https://www.archivochile.com/Miguel_Enriquez/html/afiches.html
- https://www.archivochile.com/Miguel_Enriquez/html/afiches.html
- [www.archivochile.com/Derechos humanos/FUNA/hhddfuna0008.pdf](http://www.archivochile.com/Derechos_humanos/FUNA/hhddfuna0008.pdf) Microsoft Word - 2000 08 Las 8 funas que causaron polémica
- <https://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2015/07/lectura-nro-04-estructura-de-las-normas-de-derecho-fundamental-alexey-alemania.pdf>
- <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a14.pdf>
- <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n3/art05.pdf>
- <https://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2015/07/lectura-nro-04-estructura-de-las-normas-de-derecho-fundamental-alexey-alemania.pdf>
- <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a14.pdf>
- <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n3/art05.pdf>
- https://lyd.org/wp-content/uploads/2022/10/Libro_Sentencias-Destacadas-2020_FINAL_Capitulo9-1.pdf
- <https://www.diarioconstitucional.cl/author/cap-ariel-wolfenson/>
- <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>
- <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-6696.html>
- <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a14.pdf>
- [Consultado en línea con fecha 25 de enero de 2024]<https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a14.pdf>

- [Consultado en línea diciembre 2023] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-361-19.htm> [Consultado en línea con fecha 30 de enero de 2024]
- <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/10/11/vinculacion-de-datos-de-presunto-estafador-a-sitio-web-con-funas-vulnera-su-derecho-a-la-proteccion-de-datos-personales-resuelve-el-tribunal-constitucional-de-espana/>
- [consultado en línea con fecha 14 de febrero de 2024] <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=135598&dt=S>
- [Consultado en línea con fecha 25 de febrero de 2024] <https://radio.uchile.cl/2022/04/26/tribunal-declara-a-nicolas-lopez-como-culpable-por-dos-delitos-de-abuso-sexual/>