

| ANTONIO LEIVA RABAEI |

**FUNAS:
ORDEN DE ABSTENCIÓN Y CENSURA PREVIA**

FUNAS:
ABSTENTION ORDER AND PRIOR RESTRAINT

ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO) Leiva Rabael, Antonio. «Funas: Orden de abstención y censura previa». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 12 (2023). <https://doi.org/10.7761/rda.12.63173>

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC Número 12
Diciembre 2023
ISSN: 2452-4344

Recepción: 13 de junio, 2023
Aceptación: 11 de diciembre, 2023

Resumen

El propósito de este ensayo es demostrar que la «orden de abstención» que se determina en los recursos de protección en casos de *funas* es una limitación válida a la libertad de expresión, debido a que satisface el test de proporcionalidad.

Palabras clave: *Funas*, libertad de opinión, censura previa, acción de protección, orden de abstención, proporcionalidad.

Abstract

The purpose of this essay is to demonstrate that the “abstention order” determined in constitutional claim in cases of *funas* (online defamation) is a valid limitation on freedom of expression, because it satisfies the balancing test.

Keywords: *Funas*, freedom of opinion, prior restraint, constitutional claim, abstention order, balancing test.

Antonio Leiva Rabael

Universidad de los Andes
Santiago, Chile
aeleiva@miuandes.cl

Antonio Leiva Rabael es abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales, Chile. Magíster en Derecho Constitucional LLM UC, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Público por la Universidad de los Andes, Chile, y candidato a doctor y becario por la Universidad de los Andes. Trabaja en la firma AltLegal, a cargo del área de litigación pública. Actualmente es profesor de la Universidad Nacional Andrés Bello, la Universidad Alberto Hurtado y del Magíster en Derecho LLM UC en Derecho Constitucional y Derecho Regulatorio.

Universidad de los Andes
Santiago, Chile
aeleiva@miuandes.cl

Antonio Leiva Rabael is a lawyer, with a degree in Legal and Social Sciences from the Diego Portales University, Chile. Master in Constitutional Law LLM UC, Pontificia Universidad Católica de Chile. Master in Public Law from the University of los Andes, Chile. Doctoral candidate and scholarship holder from the University of los Andes. He works at the AltLegal firm in charge of the Public Litigation Area. He is currently a professor at the Universidad Nacional Andrés Bello, Universidad Alberto Hurtado and the LLM UC Master of Laws in Constitutional Law and Regulatory Law.

I. INTRODUCCIÓN: EL DISEÑO INTELECTUAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Es un lugar común describir a la libertad de expresión como «piedra angular» del sistema democrático. Es de esos valores por los que no se siente un amor como el que se profesa por las cosas buenas por naturaleza ni por los bienes que ocasiona, sino por los males que impide.¹ Esto es así porque desde su origen se le atribuyó la tarea de mantener alerta al pueblo y controlar las actuaciones de los detentadores del poder. Hoy —cosa distinta—, la libertad de expresión se ejerce por un universo mayor de individuos, pero su estructura intelectual podría no haber cambiado. Esa incógnita es la que debe despejarse.

Desde el punto de vista funcional, la libertad de expresión se ejerció siempre entre los libros y la prensa. Eventualmente, se agregaron medios de comunicación como la radio y la televisión. En todos estos medios se observan a lo menos dos cuestiones centrales, que podrían sintetizarse incluso en una: su ejercicio preponderante por profesionales de las comunicaciones y el control editorial. Esto no es igual hoy, ninguno de estos elementos está presente en el ejercicio de la libertad de expresión mediante las redes sociales.²

Sin embargo, hay algo que parece no haber cambiado demasiado. En términos de métodos, en ejercicio de la libertad de prensa, el periodismo critica al poder. Quien ejerce el poder se encuentra bajo examen y escrutinio sin descanso. La libertad de expresión obliga a los hombres públicos a comparecer sucesivamente ante el tribunal de la opinión.³

Junto a esa dimensión —digamos— pública de la libertad de expresión, se encuentra su manifestación privada: la libertad de opinión, entendida como facultad de exteriorizar lo que se cree y piensa.⁴ En ella, los individuos pueden —jurídicamente hablando— expresar, ya no información, sino ideas de toda índole por cualquier procedimiento de su elección.⁵ Se trata, en síntesis, de la emisión de valoraciones respecto a cuestiones pasajeras o, como señala la literatura, un punto medio entre la ignorancia y la ciencia.⁶ Allí donde los indi-

¹ Alexis Tocqueville, *La democracia en América* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2019), 226.

² Pablo Contreras Vásquez y Domingo Lovera Parmo, «Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: Análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena», *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica del Perú) 87 (diciembre-mayo 2021): 318.

³ Tocqueville, *La democracia...*, 231.

⁴ Ángela Vivanco, *Curso de derecho constitucional*, t. 2, 3.^a ed. (Santiago: Ediciones UC, 2021), 665.

⁵ Véase por ejemplo el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶ Vivanco, *Curso...*, 667.

viduos tienen libertad de conciencia, el derecho que nos ocupa les permite exteriorizar la visión que profesan sobre sí y el mundo que los circunda. Parece ser esta dimensión del derecho en comento la que más importa aquí.

Tanto a nivel constitucional como convencional, la libertad de expresión solo puede estar sujeta a controles o límites represivos. Este parece ser el siguiente cliché. La clase de exámenes legítimos al que su ejercicio puede estar supeditado es el de las responsabilidades posteriores —civil o penal, por ejemplo—, pero jamás a censura previa.

La necesidad de reconocerle a la libertad de expresión la mayor amplitud que se pueda obliga a que su protección se extienda a cualquier plataforma en la que se ejerza. Sea que se ejercite en un ambiente real o virtual, se alienta en ello la idea de una cierta unidad conceptual.⁷ En ese sentido, el ejercicio de la libertad de expresión es compatible con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.

Así, no se requiere una reforma conceptual de este derecho a causa de la aparición de nuevos medios tecnológicos mediante los cuales este pueda ejercerse. Por ello, los derechos de las personas también deben estar protegidos en internet.⁸

1.1. La censura previa

Está fuera de discusión el valor que tiene para la humanidad el acceso más extenso posible a la información. Pero tampoco parece discutible que este derecho puede y debe ser limitado cuando hay buenas razones para ello, en tanto sea necesario en una sociedad democrática de derecho.

Si se piensa en la libertad de expresión como una espada que pende sobre las cabezas de los detentadores del poder, limitar su ejercicio preventivamente equivale a envainar el sable. Si se piensa en ella como manifestación de la libertad de conciencia, la censura previa equivaldría a enclaustrar moralmente al individuo.

Por ello, ni todos los métodos de control están permitidos ni todos están vedados. Al margen de los clichés, existen buenas razones para imponerle limitaciones previas. Ese es el caso de impedir el acceso de menores de edad a lugares donde esta libertad se ejerce, si

⁷ Eduardo Bertoni, «OC-5/85: Su vigencia en la era digital», en *Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de los periodistas* (Bogotá: Trust for the Americas, 2017), 33.

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, «Informe del Consejo de los Derechos Humanos sobre su período 20 de sesiones», A/HRC/20/2 (14 de noviembre de 2013), p. 26, <https://undocs.org/A/HRC/20/2>.

con ello se protege, por ejemplo, el interés superior del niño. Se verá que este último caso puede no ser el único.

Alentar deslindes preventivos a la libertad de expresión importa —entre otras cosas— proscribir *ad initio* la censura previa. Para estos efectos, la *censura previa* será entendida, conforme la literatura, como

el método preventivo de control de informaciones y opiniones que se aplica a los mensajes antes de que sean emitidos al público, que se realiza de manera regular por funcionarios del Estado y tiene por fin examinar estos mensajes de acuerdo a parámetros valóricos preestablecidos y determinar si el mensaje puede transmitirse o no.⁹

Desde lo conceptual, la censura previa tiene en los tribunales nacionales como internacionales y en la literatura una noción amplia y una restringida.¹⁰ La primera, que aquí parece importar más, consiste en la prohibición constitucional de imponer obstáculos a la libre difusión de expresiones y opiniones.

En su dimensión tradicional pública y privada, ejercida profesional o libremente, la prohibición de la censura previa es *ad initio* iusfundamentalmente correcta. Merece la pena precisar que se usa el término *iusfundamental* para designar a la dimensión regulatoria de naturaleza constitucional de un derecho fundamental.¹¹

⁹ Vivanco, *Curso...*, 671.

¹⁰ Miguel Ángel Fernández González, «Libertad de expresión, censura previa y protección preventiva de los derechos fundamentales», *Revista Chilena de Derecho* 28, n.º 2 (2001): 384-385. Es posible advertir fácilmente que la dimensión amplia y la restringida son tan diferentes entre sí, que parecen pertenecer a institutos diversos y no especies de un mismo género. La versión amplia, la más garantista, podría estar presente en las actividades de cualquier órgano del Estado en el marco de una república democrática. Por otra parte, la versión restringida solo podría ser obra de uno o más agentes del Ejecutivo de Gobiernos de corte dictatorial.

Al costado de esa noción amplia se encuentra una restringida. Ella tendría una textura muy peculiar: la política estatal. En la literatura sobre la censura previa es posible una visión restrictiva si concurren requisitos extraordinarios presentes en gobiernos autoritarios. En esos casos se buscaría —América Latina podría ser un ejemplo sobre ello— deliberadamente intentar impedir que ciertas ideas alcancen sin barreras a la población, debido a que las consideran peligrosas o adversarias a sus intereses.

¹¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 12.

Sin embargo, la ocurrencia de ciertos acontecimientos pone en cuestión que la censura previa nunca sea válida. Uno de esos eventos desdichados son las *funas* en redes sociales. Para estos casos, como se verá, la limitación previa a la libertad de expresión podría llegar a ser una vía iusfundamentalmente necesaria para suministrar la debida protección al afectado por el mencionado abuso. También podría serlo con el propósito de preservar la forma que en una democracia deben abordarse los conflictos: ponerlos en manos de un tercero imparcial y nunca tomar la justicia en manos propias. Determinar si ello es correcto y bajo qué condiciones lo sería es el objetivo de este trabajo.

1.2. Las funas

Si se consideran los precedentes de la jurisdicción de protección, las funas han sido conceptualizadas conforme a su etimología¹² y de la forma que lo describe la Real Academia de la Lengua Española (RAE).

Funa es una palabra proveniente del mapudungún. Designa algo podrido o que se echa a perder. La RAE la define como un americanismo propio de Chile que refiere a «organizar actos públicos de denuncia contra organismos o personas relacionados con actos de represión delante de su sede o domicilio».¹³

Desde el punto de vista jurídico-funcional, debe entenderse la *funa* como:

Publicaciones aisladas o sistemáticas en redes sociales, hechas con el ánimo de causar daño a la imagen del destinatario, provocando reacciones ofensivas e inquisitorias por parte de quienes acceden a ellas.¹⁴

En cuanto al móvil de las publicaciones, los tribunales han entendido¹⁵ que en las funas se observa por parte del autor no solo un ánimo de difusión de la opinión injuriosa, sino además la intencionalidad de persuadir al auditorio, es decir, que se «crea en su veracidad», para de esa manera juzgar al destinatario y obtener colaboración en la funa compartiendo esa publicación.

¹² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, rol 313-2021.

¹³ «Funar», Real Academia Española, Observatorio de Palabras, <https://www.rae.es/observatorio-de-palabras/funar>.

¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 174-2020.

¹⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 1.349-2021.

Otros aspectos constitutivos de las funas son los insultos, las denostaciones y en particular las palabras de contenido peyorativo;¹⁶ las imputaciones de delitos;¹⁷ las expresiones denigrantes y ofensivas;¹⁸ la atribución de haber ejecutado actos constitutivos de violencia intrafamiliar¹⁹ y la divulgación de datos personales o sensibles.²⁰ Cuando se reúnen una o más de estas condiciones, los tribunales han estimado que se está ante un hecho ilegal o arbitrario.

Asimismo, se observa que los tribunales han desestimado acciones de protección en casos en que la publicación misma en redes sociales es controvertida por los incumbentes o es verdadera.²¹ Aun cuando la publicación misma haya causado pesares de diversa índole al destinatario, ellas no son necesariamente calificables bajo este concepto.²²

Pese a lo que podría parecer, esta investigación no tiene como objeto a las funas en sí mismas. Respecto de ellas, no hay duda de que desbordan ilícitamente la libertad de expresión. De ello se sigue que una sentencia peyorativa al autor de esta clase de publicaciones no merece cuestionamientos. El Estado hace bien en impedir y evitar que ocurran.

Sin embargo, la defensa de las víctimas de las funas está sujeta a dificultades. Se han observado ciertas decisiones estimatorias de acciones de protección en casos de funas —incluso algunos rechazos— que, además de ordenar la eliminación de la publicación

¹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 1.349-2021.

¹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2.716-2021.

¹⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 6.938-2020.

¹⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 66.905-2022.

²⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 12.160-2020. Dicho sea de paso, en la sentencia rol 8.816-2021 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la revelación de datos personales fue la *ratio decidendi* del acogimiento de la acción, calificando esa situación como un atentado a la honra, lo mismo que a la integridad física y psíquica. Hay que destacar que se trata de un recurso en que el Tribunal desechó la hipótesis de la imputación inamistosa como un caso de funa, pues no tiene la entidad para lesionar el derecho a la honra.

²¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 103-2021.

²² En la sentencia rol 91.310-2022, la Corte Suprema pareció delimitar sustancialmente el concepto de funas. En el caso de marras, se diferencia entre la perturbación del derecho a la honra y el uso de las redes sociales para expresar reparos al desempeño profesional. En este último caso, se advierte que las expresiones «poco deferentes» no tienen la virtud de vulnerar el derecho a la honra. En este mismo sentido, en el rol 10.4587-2020, el mismo Tribunal sentencia que las publicaciones «poco amables» no son de la gravedad suficiente para vulnerar el derecho a la honra.

viciosa, han prohibido que se publiquen nuevas difusiones en redes sociales de la índole que haya dado lugar a la acción de protección de que se trate. A esas órdenes judiciales se las denomina *orden de abstención*.

Por las razones que se explicarán, estos imperativos judiciales deben ser considerados materialmente y *ad initio* censura previa. Al respecto, en un ejemplo de voto disidente, el ministro Jean Pierre Matus ha razonado:

Carecerían los Tribunales Superiores, por la vía del recurso de protección, de la facultad de proteger ese derecho constitucional [la honra] afectando otro, mediante la censura, directa o indirecta, de las publicaciones que se traten, pasadas o futuras.²³

En esta investigación se sostiene —cosa distinta— que las órdenes de abstención, bajo ciertos supuestos, podrían ser constitucionalmente correctas.

2. ALGUNAS NOTAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS FUNAS MEDIANTE REDES SOCIALES

Lo que corresponde en esta sección del ensayo es revisar los criterios estimatorios de acciones de protección en casos de funas, pero sobre todo una cierta medida de protección al afectado: la orden de abstención.

Corresponderá analizarla científicamente para determinar si tal medida es respetuosa de la libertad de expresión o no. Así, la hipótesis escrutada será que la validez de las órdenes de abstención dependerá de si satisfacen el principio de proporcionalidad.²⁴

2.1. Criterios estimatorios

Por *criterios estimatorios* se entenderán las consideraciones fácticas y jurídicas que llevaron al tribunal a acoger la acción y a adoptar las medidas de restablecimiento y sobre todo de protección. Estos criterios estimatorios se sintetizan en la calificación de los

²³ Sentencias de la Corte Suprema, rol 5.901-2022, rol 21.816-2022 y rol 32.886-2022.

²⁴ En otra ocasión se espera someter a la orden de abstención al examen de otros métodos de razonamiento jurídicos, como la razonabilidad y la garantía del contenido esencial del derecho.

hechos del caso como funas en el sentido descrito, es decir, como un ejercicio ilícito de la libertad de expresión.²⁵

Como introducción general a la cuestión, las cortes han entendido que las funas constituyen —como se mencionó— el ejercicio antijurídico de la libertad de expresión a través de las redes sociales.

La cuestión es que la antijuridicidad de esa conducta se habrá consolidado pese a que haya operado en los hechos el restablecimiento. Ello ocurrirá cuando, por ejemplo, se haya eliminado voluntaria o compulsivamente la publicación. En ese caso, perviven motivos para otorgar la debida protección al afectado.

Los sentenciadores en la materia han dejado de manifiesto con total claridad que la antijuridicidad de las funas tiene su fundamento en lastimar dimensiones individuales de índole iusfundamental. Entre los valores individuales que las funas pueden lastimar, vale la pena destacar el *buen nombre*. Al respecto, en casos de funas, la Corte Suprema ha fallado:

El derecho al buen nombre consiste en el concepto que del individuo tienen los demás miembros de la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales, derecho personalísimo que puede verse afectado cuando —como en el caso de autos— se publican en una red social afirmaciones deshonrosas a su respecto, que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa.²⁶

2.2. Medidas de restablecimiento y protección

En este punto, corresponde anunciar que son dos los grandes grupos de respuestas jurisdiccionales presentes en los casos de estimación de acciones de protección frente a las funas.

²⁵ Para esos efectos, haber eliminado la publicación recurrida y a causa de ello rechazar la acción no ha sido un impedimento para la adopción de medidas de restablecimiento. Existen precedentes en que los hechos del caso son calificados como funas, pese a lo cual la acción es rechazada. El rechazo se debió a que en el intertanto se eliminó la publicación. Sin perjuicio de la eliminación de la publicación, el Tribunal emitió la orden de abstención: que la recurrida se abstuviera en lo sucesivo de hacer nuevas publicaciones de la misma naturaleza en contra de los recurrentes. Por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 12.160-2020.

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema, rol 58.531-2020.

La primera consiste en la orden de eliminar las publicaciones. Esta medida especifica el mandato que aparece en el artículo 20 de la Constitución de restablecer el imperio del derecho para el caso de afectaciones ilegales o arbitrarias.

No se analizará aquí dicha respuesta jurisdiccional. La razón es fácil de explicar: ordenar que una publicación sea retirada de la red social de que se trata no incumbe a la censura previa.²⁷ En efecto, esa clase de limitaciones son conceptualmente restricciones estandarizadas a la libertad de opinión. Constituyen en rigor una especificación del mandato general de solo afectar dicho derecho fundamental a responsabilidades posteriores. Si se entiende a la responsabilidad como principio que compone el Estado de derecho, ella es la obligación de reparar el daño causado. De esa manera, eliminar la publicación es la forma primaria en la que se repara la lesión al derecho fundamental y en sede de urgencia el perjuicio que la publicación le causó al incumbente.

La respuesta jurisdiccional genuinamente conflictiva es la orden de abstenerse de realizar esa clase de publicaciones en el futuro. Esta, a diferencia de la anterior, debe adscribirse por razones conceptuales más bien al imperativo de dar la debida protección al afectado.

La orden de abstención no es por regla general la medida principal o primaria en casos de funa.²⁸ Así, se trata de una medida auxiliar o complementaria a la eliminación de la publicación. Sin embargo, fallos recientes han rechazado todas las medidas solicitadas, entre ellas la eliminación de la publicación, pero acogiendo la acción de protección en caso de funa solo ordenado la abstención.

La cuestión en este punto dice relación con que esta medida, que consiste en la prohibición del ejercicio futuro de la libertad de expresión, en principio entraña un caso de censura. En efecto, sobre la materia la Corte Suprema sentenció:

No es posible disponer la medida prospectiva que requieren las recurrentes [orden de abstención], puesto que una restricción de tal naturaleza importaría infringir la prohibición de censura previa, prevista en el inciso primero del artículo 19 numeral 12 de la Carta Fundamental, sin perjuicio, por cierto, de los diversos tipos de responsabilidades que puedan surgir en caso de reiteración.²⁹

²⁷ Una posición contraria a ese argumento se encuentra en los votos disidentes del ministro Jean Pierre Matus que se contienen en las sentencias citadas en una nota anterior, sentencias rol 5.904-2022, rol 24.846-2022 y rol 32.886-2022.

²⁸ No se ha tenido acceso a una sentencia en que no se haya ordenado o producido la eliminación de la publicación lesiva pero que sí se haya ordenado la abstención, en el sentido de esta investigación.

²⁹ Sentencia de la Corte Suprema, rol 127.230-2020.

Dicho criterio no es estable. Además, aquí se sostiene que el principio correcto es el contrario. La proposición sobre la corrección de esta medida de protección la llamaremos «tesis de la abstención».

Sin perjuicio de ello, la existencia de esta clase de sentencias demuestra la pertinencia, si no la necesidad, de esclarecer si se trata de una solución virtuosa, en el sentido de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

2.3. Observaciones de los casos

En las líneas siguientes se presentarán algunas observaciones sobre las sentencias en esta materia.³⁰

Lo primero que puede señalarse es que la orden de abstención como medida de protección suele ser solicitada expresamente por los recurrentes.³¹ Si bien son los tribunales los que determinan la medida que procede para el restablecimiento y la protección, no parece coincidencia que en los casos estudiados los falladores hayan prestado atención al petitorio específico del libelo.

Otro elemento común es la exigencia de evidencia directa o presunciones³² sobre la existencia misma de la publicación, pero sobre todo de la efectividad indubitada de la autoría de ella por parte de la recurrida. Podría parecer contraintuitivo, pero los tribunales no han relevado en demasía la cuestión de si las afirmaciones del recurrido son verdaderas al momento de la publicación.

Asimismo, debe destacarse la existencia de fallos³³ en los cuales se advierte la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad para dirimir el conflicto presente en casos como

³⁰ Las sentencias analizadas son fallos de primera instancia de acciones de protección, es decir, dictadas por Cortes de Apelaciones, pero que fueron confirmadas en alzada por la Corte Suprema. Todos los individuos analizados tienen en común la orden al recurrido de abstenerse de realizar publicaciones de la índole que provocó la interposición de la acción de protección respectiva.

³¹ Sin perjuicio de lo señalado, en la sentencia rol 17.567-2022 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, el recurrente solo solicitó el restablecimiento en la forma de la eliminación de la publicación, mientras que Corte sentenció la protección mediante orden de no realizar nuevas publicaciones de la índole que motivó el recurso.

³² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1.602-2023.

³³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 9.525-2020.

los que nos ocupan. En ellas, los sentenciadores advierten sobre una colisión de garantías constitucionales entre los derechos ya mencionados. Para esos casos, se advierte la existencia de precedentes que acuden al método de la proporcionalidad para dirimirla.

En otros casos podría no expresarse un genuino análisis del caso conforme al test de proporcionalidad. Sin embargo, es valorable que en sede jurisdiccional se advierta técnicamente la presencia de un conflicto entre derechos fundamentales. De esa circunstancia se sigue de inmediato que este debe ser resuelto conforme las reglas del test en comento.³⁴

Otra característica presente en los casos bajo estudio dice relación con los fundamentos político-institucionales de la ilicitud de las funas. En un grupo de fallos fue posible encontrar fundamentos diferentes de la ilicitud iusfundamental individual para proscribir las funas. Para los tribunales, estas son ilícitas también porque socavan valores esenciales no solo del ordenamiento jurídico, sino también de la vida social organizada estatalmente.

En los precedentes de esa línea, los motivos de reproche brotan de las entrañas mismas del Estado de derecho. En dichos fallos aparece una y otra vez la idea de que los responsables de las funas son individuos que pretenden tomar la justicia en sus manos —en el sentido de autotutela—, que repudian la posibilidad de pasar por las instituciones competentes para resolver las controversias o que abrazan vías de hecho cuando las respuestas estatales les parecen insuficientes.

En esas sentencias se explicita la presencia en las funas de una cierta desidia frente a la justicia institucionalizada y yace un cuestionamiento y subsecuente debilitamiento de la eficacia judicial. En ese orden de ideas, las Cortes han sentenciado:

En nuestro ordenamiento jurídico no se admite la autotutela, por lo que, en definitiva, resulta ilegal que la recurrida exprese por medio de una red social a terceros ajenos el actuar supuestamente inadecuado de la recurrente.³⁵

Aun existiendo constancia de procesos pendientes de resolución entre las partes que versan sobre los hechos denunciados, el recurrente consideró la activación del sistema judicial insuficiente para satisfacer sus requerimientos, lo que implica una

³⁴ No debe perderse de vista que no es el razonamiento de los tribunales sobre dicho conflicto de derechos el que se examina aquí. No nos estamos preguntando si los tribunales han resuelto bien esos conflictos conforme el método de la proporcionalidad. Lo que importa es si la tesis de la abstención satisface o no el test de proporcionalidad siendo de esa manera válida y no constitutiva normativamente de censura previa.

³⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 37.345-2020.

desidia frente a la acción judicial, exigiendo mediante sus publicaciones «justicia» al incitar a quienes reciben los mensajes a cuestionar y poner en jaque la eficacia judicial, situación que en caso alguno debe ser tolerada.³⁶

En este punto se cuenta con cierta claridad respecto de la gravedad conceptual de las funas. Sin embargo, resta por esclarecer la cuestión central de este ensayo, cual es si conforme a la magnitud y entidad de la ilicitud tanto iusfundamental como institucional de las funas, las medidas de garantía construidas sobre la tesis de la abstención son correctas o constituyen, por el contrario, un caso de exceso de poder que en la especie toma la forma de censura previa.

Se postula en el presente ensayo que la corrección constitucional de las órdenes de abstención debe elucidarse mediante el test de proporcionalidad. De esta manera, si la orden no satisface dicho rasero, se estará en rigor frente a un caso de censura previa. Si ello ocurriera, a los Tribunales Superiores les estará vedado disponer la mencionada abstención, pues se estaría ante una hipótesis prohibida constitucionalmente. Por el contrario, si dicha orden satisface el examen de la proporcionalidad, se estará ante una medida iusfundamentalmente correcta que no puede ser catalogada como censura previa.

2.4. Proporcionalidad, funas y redes sociales

Para el efecto antes descrito, se presentará un esquema sucinto de la proporcionalidad como examen. Se enfatizará su dimensión de método de razonamiento jurídico, es decir, de un procedimiento para el análisis constructivo o crítico de decisiones orientado a dotarlas de validez o fundamentar la falta de ella, según sea el caso.

Antes de la descripción de la proporcionalidad, se debe analizar la naturaleza de las potestades de restablecimiento y protección en las acciones de esta clase. Lo anterior, debido a que el objeto que será escrutado conforme la proporcionalidad —la orden de abstención— es una especie que pertenece a ese género. El escrutinio sobre la naturaleza de tales potestades es necesario sobre todo debido a que —como se señaló— la tesis de la abstención es en sí y *ad initio* una limitación iusfundamental al derecho a la libertad de expresión.

Conforme los argumentos que se expresarán, se pueden entender a las normas constitucionales que permiten el ejercicio de las potestades en comento como *principios*. De esa conclusión se sigue que el método para determinar la validez de las especificaciones es la proporcionalidad o ponderación.

³⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 1.349-2021.

2.5. Las potestades de restablecimiento y protección como principio

Las medidas de restablecimiento y de protección son en sí una clase singular derechos fundamentales, denominada *norma competencial de derecho fundamental*.³⁷

Conforme una clasificación muy difundida, los derechos fundamentales pertenecen al género de las normas constitucionales, las que luego se especifican en reglas o principios.³⁸ La diferencia entre una y otras reposa en sus cualidades.³⁹

El estatus de regla o principio depende exclusivamente de la manera en que el constituyente haya modelado el precepto que contiene la norma (orden, prohibición o permiso). La regla tiene como característica un alto grado de especificidad normativa. Ella se expresa en que presenta respecto de su cumplimiento una arquitectura binaria, esto es, que solo puede ser cumplida del todo o no.⁴⁰

Las normas iusfundamentales que importan aquí son los principios. La dimensión en que ellos son importantes es la de su textura abierta en punto a su cumplimiento. Lo característico de los principios es que, conforme el diseño lingüístico del constituyente, no es posible subsumir una sola hipótesis de hecho y advertir luego si la norma se cumplió o no del todo. Cosa distinta es que a un principio siempre es posible adscribirle una pluralidad de hipótesis de hecho. Lo peculiar es que todas esas hipótesis cumplirán de una u otra manera la norma que contienen. Entonces, constatada la multiplicidad de hipótesis que intelectual y semánticamente⁴¹ pueden pertenecer o ser adscritas⁴² a una norma directamente positivada en la Constitución, es obligatorio determinar cuál de ellas es la que satisface en mejor medida la norma en cuestión en el caso concreto. El método para llevar a cabo dicho ejercicio argumental es el test de proporcionalidad.

Aplicando lo recién señalado, una medida en la que existe margen de apreciación por un agente del Estado tiene el estatus de principio. Ello es así porque el margen de apreciación consiste en la potestad de elegir alguna de las varias alternativas jurídicamente válidas. Además, su ejercicio emana de una norma establecida en la Constitución (en la especie, el

³⁷ Alexy, *Teoría...*, 205.

³⁸ Alexy, *Teoría...*, 63.

³⁹ Alexy, *Teoría...*, 65.

⁴⁰ Alexy, *Teoría...*, 68.

⁴¹ Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 119.

⁴² Alexy, *Teoría...*, 53.

artículo 20). Por ello, para que la decisión singular tomada en aplicación de dicha potestad sea válida, debe satisfacer el test de proporcionalidad.⁴³

Dicho lo anterior, resulta más sencillo determinar la razón por la cual las potestades de restablecimiento y de protección están contenidas en una norma constitucional con estatus de principio.

El inciso primero del artículo 20 de la Constitución prescribe que la Corte de Apelaciones respectiva «adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado». Ya en el nivel semántico es posible advertir que la Constitución no establece un tipo específico de las medidas que se pueden tomar para los fines que allí se señalan. Simplemente fija una potestad, una competencia jurídica referida a un derecho fundamental para tomar decisiones que cumplan el requisito de alentar la obtención de un cierto resultado que está positivado en el texto constitucional.

Las potestades con naturaleza de principio son muy diferentes de aquellas que son reglas. En la letra i) del número 7 del artículo 19 de la Constitución, dicho cuerpo normativo confiere a la Corte Suprema una potestad jurisdiccional que tiene el estatus de regla: declarar injustificadamente errónea o arbitraria la sentencia de sometimiento a proceso o la condena, según sea el caso. La Corte Suprema solo puede acoger o desestimar dichas hipótesis. La Constitución previó con precisión lo que allí el Máximo Tribunal podría sentenciar.

Si se compara la ausencia de alternativas en la norma recién citada con la amplitud de medidas que semántica e intelectualmente pueden satisfacer el imperativo de restablecimiento y de protección del artículo 20, brota la conclusión de que en este último caso se está frente a un principio.

2.6. La proporcionalidad y las potestades de restablecimiento y protección

Recién ahora es posible analizar la validez de la tesis de la abstención al son de la proporcionalidad. Para ello, primero se presentarán los aspectos esenciales internos del test de proporcionalidad (los subprincipios que lo componen) y luego ellos serán aplicados a la tesis en comento.

En concreto, lo que se requiere elucidar es si la tesis de la abstención satisface los estándares materiales de idoneidad y necesidad, lo mismo que el argumento jurídico de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Si el resultado es favorable, la limi-

⁴³ Alexy, *Teoría...*, 55.

tación iusfundamental a la libertad de expresión en que consiste no debe ser catalogada como censura previa.

Comenzando con la idoneidad,⁴⁴ toda restricción iusfundamental debe contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Puede observarse que en este subprincipio converge una dimensión teleológica⁴⁵ y otra técnica.

En este subprincipio lo que importa es, primero, la finalidad de la limitación. Aquí lo que se evalúa es la existencia concreta de un fin. Por ello, quedan proscritas las limitaciones iusfundamentales que no cuenten con un objetivo. De lo contrario, se estaría ante un ejercicio desnudo de poder, en este caso estatal. Constatada la existencia de un determinado fin, aquel debe estar permitido por la Constitución. En ese orden, el fin adecuado (idóneo) será aquel que se adapta a los valores de la sociedad en una democracia constitucional, con la Constitución como la fuente de dicho fin.⁴⁶

Sobre la adecuación técnica se exige la utilización de un medio cuyos resultados contribuyan al fomento del fin perseguido. Se examina si el medio escogido es capaz de fomentar el fin buscado en una relación de hecho del tipo medio-fin.⁴⁷ Los medios escogidos deben ser pertinentes para la realización del fin en el sentido que la medida restrictiva incrementa la probabilidad de realización.⁴⁸

En esta materia, lo central es preguntarse qué es lo que alienta la realización del fin constitucionalmente legítimo. El examen de la adecuación técnica comprende indagaciones sobre la relación perceptible o empírica entre el medio y el fin, de manera que el primero fomenta o contribuye al segundo.⁴⁹ Como se observará, lo que se busca aquí es imponer la prohibición de afectaciones ineptas o infecundas a un derecho fundamental, es decir, carentes de resultado, conforme la evidencia y el conocimiento común acumulado. Si una limitación resulta ser satisfactoria en términos de su utilidad, procede examinar su necesidad.

⁴⁴ Bernal, *El principio...*, 693.

⁴⁵ Iván Díaz García, «La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales», *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 36 (2011): 175.

⁴⁶ Aharon Barak, *Proporcionalidad* (Lima: Palestra, 2017), 278.

⁴⁷ Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 43.

⁴⁸ Barak, *Proporcionalidad*, 337.

⁴⁹ Clérico, *El examen...*, 40.

El examen de necesidad busca garantizar la prohibición de imponer afectaciones iusfundamentales excesivas. Dichas afectaciones deben ser lo menos lesivas posibles, es decir, que no se cuente con la disponibilidad de medios que restrinjan menos dañosamente los derechos fundamentales. Si hubiera normativamente ciertos perjuicios iusfundamentales, ellos hubieran sido inevitables con la interposición de otras vías. La afectación a un derecho fundamental es necesaria en la medida que la restricción establecida, comparada con otra tan adecuada técnicamente como ella, afecte menos el derecho restringido.⁵⁰

Al igual que en la idoneidad, el examen de necesidad demanda una relación medio-fin.⁵¹ Para este examen es esencial la existencia de otro medio en rigor idóneo, con el que debe compararse. El medio bajo escrutinio y el hipotético se comparan para determinar si ese otro medio es o no menos dañoso para las posiciones jurídicas amparadas en una norma constitucional. Si ambos son igualmente adecuados para fomentar el fin, debe compararse su onerosidad iusfundamental.

Un punto que debe ser precisado, cuya importancia ha sido relevada con anterioridad,⁵² aunque parezca obvio, es que el medio hipotético utilizado para el referido contraste con el establecido en la ley que es objeto de control debe ser física y jurídicamente posible. Si la alternativa hipotética no es físicamente posible o está jurídicamente prohibida, en rigor no es una alternativa útil.

Si esta restricción al derecho a la libertad de expresión es idónea y necesaria, procede concluir el examen de proporcionalidad con el test de ponderación.

Sin perjuicio de lo que se señaló en otro lugar,⁵³ la forma correcta de describir este subelemento es el de justificar una restricción iusfundamental en tanto la magnitud del sacrificio iusfundamental que ella irroge sea a lo menos equivalente con la magnitud de la satisfacción del fin legítimo que la motivó. Si se considera la afectación a un derecho fundamental como un medio para obtener un propósito, el test de proporcionalidad en sentido estricto es el método para medir cuánta de esa afectación merece ser tolerada para cumplir ese empeño, o bien si ese proyecto resulta excesivo.

⁵⁰ Clérico, *El examen...*, 114.

⁵¹ Clérico, *El examen...*, 102.

⁵² Antonio Leiva Rabaël, *Proporcionalidad y justicia constitucional* (Santiago: Libromar, 2018), 122-123.

⁵³ Leiva Rabaël, *Proporcionalidad...*, 135.

En términos didácticos, en el ejercicio ponderativo se desarrolla por una parte un proceso argumentativo para determinar el cuanto de la satisfacción de un propósito. De ese ejercicio resultará una categorización en alta, media o baja de satisfacción. Ese mismo proceso debe hacerse con la magnitud de la afectación iusfundamental, la que resultará catalogable en alta, media y baja. De esta manera, solo por vía ejemplar, una afectación de alta intensidad a las posiciones iusfundamentales será válida y deberá ser soportada por el incumbente si y solo si se obtiene una satisfacción de alta intensidad del propósito que ella alienta.⁵⁴

2.7. La proporcionalidad y la tesis de la abstención

Con la explicación presentada en el apartado anterior, es posible plantear el examen de proporcionalidad de la tesis de la abstención. Debe recordarse que lo examinado es la orden judicial al autor de alusiones en redes sociales que fueran calificadas como funas de abstenerse en el futuro de efectuar publicaciones como las que dieron lugar a la acción de protección de que se trate. En suma, se busca arribar a la conclusión de si esa clase de medidas restrictivas de la libertad de opinión es proporcional en el ámbito de su ejercicio en redes sociales.

Ninguno de los fallos tenidos a la vista señala explícitamente lo que para efectos de este ensayo es el fin legítimo de la orden de abstención. Sin embargo, conforme ciertas situaciones de hechos correspondientes a los casos singulares, es posible detectar por parte del Tribunal la existencia de una *amenaza probable* por el recurrido de llevar a cabo un acto de naturaleza similar. En ese sentido se ha resuelto:

La recurrida [...] usó herramientas tecnológicas (redes sociales) no solo para imputar a la recurrente actos de hostigamiento, sino conductas de orden sexual, reconociendo haber efectuado una «funa»; antecedentes todos que llevan a inferir una amenaza probable de un nuevo acto de similar naturaleza, por el vínculo de vida entre los involucrados, razón por la cual esta Corte otorgará la protección solicitada.⁵⁵

⁵⁴ Quien ha señalado esta norma, conocida en la literatura como «ley de la ponderación» (por ejemplo, Alexy, *Teoría...*, 138), no ha dicho nada aún de la manera en que se produce la catalogación de la satisfacción del fin y de la afectación en alguna de las mencionadas categorías. No es este el lugar en que quepa una explicación tan específica, pese a lo cual puede señalarse que cada sistema jurídico debe producir sus propios mecanismos para ello. En ese orden de cosas, es posible sostener que la determinación en comento se produce de ordinario en sede judicial conforme las características del caso —por ejemplo, la urgencia de tutela judicial—, la experiencia acumulada, el valor sistémico de los derechos fundamentales en cuestión, el conocimiento científico y los precedentes del mismo órgano en la materia de que se trate.

⁵⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 86.390-2022.

De ello, lo mismo que de la lógica y de la experiencia común acumulada, se sigue que el propósito de la orden de abstención es proteger al afectado por la funa de verse reiterada la conducta ilícita.

Ahora debe identificarse la restricción a los derechos fundamentales que ella entraña o provoca. Es la libertad de opinión la que se ve afectada por la orden de abstención. Debido a que el contenido de la orden versa sobre opiniones que no se han producido, resulta razonable conceptualizarla *ad initio* como un caso de censura previa.

Por lo tanto, para decirlo con total exactitud, el objeto de ponderación —esto es, de la aplicación del test de proporcionalidad— es la colisión entre la orden de abstención y la prohibición de censura previa.

Examinemos primero la amenaza probable desde el subprincipio de idoneidad. En contra de la legitimidad constitucional de la orden de abstención se encuentra el precepto constitucional bajo el número 12 del artículo 19. Este reconoce la libertad de emitir opinión sin censura previa. A favor de su legitimidad constitucional se encuentra que los Tribunales han constatado que las funas no están comprendidas en el derecho fundamental mencionado, pues la exceden.

Es importante destacar aquí que, en los casos de las funas, los Tribunales ya analizaron la colisión entre la libertad de expresión y la honra. Como resultado de ese análisis judicial, se concluyó que las publicaciones no constituían el ejercicio legítimo de la libertad de opinión, sino un abuso de ella.

Por ello, no es posible afirmar que a las funas les sean aplicables las garantías de la libertad de expresión, entre ellas la prohibición de la censura previa. De esta argumentación es posible colegir que, para el caso de las funas, la orden de abstención no está *ad initio* prohibida constitucionalmente, por lo que la amenaza probable es un fin constitucionalmente legítimo.⁵⁶

La orden de abstención parece tener buenas razones a su favor para presumir la legitimidad del fin fijado por el juzgador. La cuestión de dictarse en el marco de una acción que pertenece a la jurisdicción de urgencia es la primera de ellas. Además, al tratarse de una resolución dictada por Tribunales colegiados, es tolerable —dentro de ciertos límites— reconocerles un margen de apreciación de cierta extensión para evaluar y proponer

⁵⁶ No puede perderse de vista que pese a ser un fin legítimo, la orden de abstención podría ser de todas maneras incorrecta iusfundamentalmente, debido a que podría no satisfacer los demás elementos del test de proporcionalidad.

medios aptos para obtener el fin de que se trate en el caso concreto. Finalmente, el último motivo para presuponer su legitimidad es el diseño intelectual que se observa a la potestad constitucional de la que brota.

En cuanto a la idoneidad técnica, el requisito que la orden de abstención debe cumplir es contribuir a amagar la amenaza probable. La orden bajo escrutinio en efecto cumple con el estándar de la adecuación, tanto en sentido débil como fuerte.⁵⁷ La orden de abstención no solo contribuye «de alguna manera» a la satisfacción del fin mencionado, sino que además lo cumple «en la mayor medida posible»: no es viable imaginar —de momento— un medio que empíricamente satisfaga mejor el derrotero de evitar la amenaza probable.

Ahora debe ejecutarse el examen de necesidad. Para ello, es imprescindible encontrar otro medio igual de adecuado, técnicamente hablando, para compararlo con la orden en comento. Así se determinará cuál de ellos es iusfundamentalmente menos lesivo o dañino.

En esta sede y en punto a la necesidad, esa amplitud epistémica se debe limitar de manera significativa. Ello, debido a que un examen sobre la existencia de medios menos dañinos es empíricamente menos extenso.⁵⁸ Por tanto, deben preferirse medios alternativos reales, es decir, medidas que en la realidad se hayan utilizado.

En los casos que se han analizado, la orden de abstención se encuentra por regla general acompañada del imperativo de eliminar las publicaciones que dieron lugar a la acción de protección de que se trate. A la imposición de esta obligación se le llamará simplemente «orden de eliminación». Estas serán las órdenes a comparar.

Entonces, la pregunta es si la orden de eliminación es igual de adecuada técnicamente que la orden de abstención para alentar el fin de evitar la amenaza probable. Ello equivale a preguntarse si la sola eliminación de la publicación logrará evitar la amenaza probable.

La respuesta es no y la razón es sencilla. La orden de eliminación contiene la norma imperativa de llevar a cabo una acción que recae sobre un hecho actual, cual es una publicación que se encuentra en una red social. Allí la orden de eliminación se cumple quitando dicha publicación y se incumple manteniéndola. Sin embargo, si el obligado por la orden de eliminación suprime la publicación, pero ejecuta seguidamente una nueva de la misma índole, en rigor no viola la orden primitiva, pero sí frustra la evitación de la amenaza pro-

⁵⁷ Clérico, *El examen...*, 59-60.

⁵⁸ Leiva Rabael, *Proporcionalidad...*, 123.

bable. Por ello, la orden de eliminación no es igual de idónea técnicamente que la orden de abstención, por lo que no basta para satisfacer la evitación de la amenaza probable.

La otra hipótesis que podemos imaginar para la comparación que se viene presentando es la orden de eliminar la cuenta de red social desde la que se hayan publicado funas. Ello tampoco es igual de adecuado técnicamente. En efecto, el compelido a eliminar una cuenta cumple dicho imperativo terminando su vínculo con el perfil determinado de que se trate. Sin embargo, si creara otro diferente y publicara una nueva funa, en rigor cumpliría la orden de eliminación del perfil, pero no quedaría satisfecha la satisfacción de evitar la amenaza probable.

De lo recién señalado, debe concluirse que la orden de abstención no tiene otra medida igual de idónea técnicamente con la cual compararse. De ello debe inferirse que en sí es una medida necesaria en el sentido de su proporcionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, podría incluso sostenerse que es la menos lesiva de las medidas que alientan el evitar la amenaza probable, porque las demás no la satisfacen con la misma idoneidad.

Finalmente, corresponde realizar el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Para estos efectos, es importante señalar cuál será la estructura argumentativa a utilizar.⁵⁹ Lo primero es determinar las magnitudes, por una parte, de la satisfacción de la evitación de la amenaza probable que se obtiene con la orden de abstención. Luego debe determinarse la magnitud de la afectación a la libertad de opinión que ella irroga. Después de ello, se compararán las magnitudes propiamente tales. Por último, se construirá entre el fin y la afectación iusfundamental lo que la literatura denomina la «precedencia condicionada»,⁶⁰ es decir, determinar, considerando las características del caso, bajo qué condiciones las posiciones iusfundamentales se ven precedidas por la satisfacción del fin de que se trate.

Como consecuencia de lo que se señalará, corresponde afirmar que la magnitud de la satisfacción de la prevención de la amenaza probable que es suministrada por la orden de abstención es de nivel alto. Luego, debe señalarse que la afectación a las posiciones ancladas al derecho a la libertad de opinión es de nivel bajo.

Se afirma que la orden de abstención satisface en magnitud alta la evitación de la amenaza probable, debido a que si se proyecta de manera estable en el tiempo la observancia de la prohibición, el riesgo nunca se materializará. En tanto se cumpla con la prohibición de repetir las publicaciones en comentario, el riesgo que se intenta repeler no se concretará.

⁵⁹ Bernal, *El principio...*, 765.

⁶⁰ Alexy, *Teoría...*, 73.

La afectación de las posiciones iusfundamentales ancladas a la libertad de opinión que importan para esta investigación —cosa distinta— presenta una magnitud baja.

No puede olvidarse que los casos de funas fueron declarados judicialmente como ajenos a la libertad de expresión como derecho fundamental. Como se mencionó, por razones individuales y sistémicas, las funas deben ser tildadas como ilícitas en sí y sobre todo no constitutivas de la libertad de opinión.

Son antijurídicas desde la perspectiva individual porque su finalidad intrínseca es la de lastimar deliberadamente la honra del destinatario, sin perjuicio del efecto nocivo sobre derechos como la integridad física y psíquica. El que funa a otro tiene siempre la posibilidad de acudir a las agencias del Estado para obtener el amparo de sus intereses. Sin embargo, elige voluntariamente hacer justicia por propia mano. No tienen —como se mencionó— la finalidad neta de ejercer un derecho fundamental de manera respetuosa con los derechos fundamentales de los demás miembros de la comunidad.

Las expresiones constitutivas de funa son irregulares también debido a que encarnan un desprecio al principio del Estado de derecho. No puede perderse de vista que los casos de funas que han dado lugar a la orden de abstención no han sido dirigidos a las autoridades estatales, a las políticas públicas o similares. No puede sostenerse que con las funas se está escrutando al poder. Tampoco puede sostenerse que con la orden de abstención se está debilitando el control de los detentadores del poder.

Los Tribunales Superiores de justicia han demostrado que las funas son una forma de autotutela y expresan una conducta que desprecia la subordinación al derecho. No puede sostenerse, por lo tanto, que impedir la repetición de una conducta ilícita pueda restringir más que levemente el ejercicio de un derecho fundamental.⁶¹

Por lo tanto, debe dejarse asentado que la orden de abstención satisface en un nivel alto el fin de evitar la amenaza probable en tanto que produce una afectación de magnitud baja en las posiciones relacionadas con la libertad de expresión.

Finalmente, corresponde aplicar al caso la ya mencionada ley de la ponderación. Lo que se procura es supervigilar que una intervención de gran magnitud en los derechos fundamentales solo puede justificarse argumentalmente en una magnitud igual o mayor en la intensidad de la realización del fin que fundamenta dicha restricción.⁶²

⁶¹ Es posible afirmar que no se está frente a una limitación iusfundamental si la acción que se restringe no es lícita en el sentido de ese mismo derecho fundamental. Esta última posibilidad se pasará por alto y se reservará para una futura investigación.

⁶² Bernal, *El principio...*, 788.

A partir de todo lo ya señalado, debe concluirse que en el caso de las funas la evitación de la amenaza probable es más importante para los derechos fundamentales que la permisión de repetir las publicaciones. Por lo tanto, está justificada en esos casos la imposición de la orden de abstención.

3. CONCLUSIÓN: UNA REVISIÓN DE LA CENSURA PREVIA COMO LÍMITE A LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En este ensayo se han podido demostrar varias cuestiones de interés político, científico y forense para el ejercicio de la libertad de expresión.

Desde el punto de vista político, el ejercicio de la libertad de prensa no ha cambiado demasiado desde finales del siglo XVIII. Desde la perspectiva pública, se ha incluso fortalecido su rol inquisidor del poder estatal. Sin embargo, el cambio más sensible se ha producido en el ámbito privado, de la mano de las redes sociales.

A diferencia del reducido número de personas que podían haber accedido a la prensa en los albores de la república moderna, hoy el decrecimiento —hasta la casi desaparición— del analfabetismo, el incremento exponencial de los niveles de instrucción y el acceso a internet permiten una admisión potencialmente universal a la difusión de opiniones.

Los mecanismos para garantizar la libertad de opinión han sido puestos en tela de juicio. Estos fueron diseñados para defender a los destinatarios del poder de los embates de sus detentadores. Evitar la opacidad y permitir el escrutinio público aconsejaban más allá de cualquier duda razonable ser protegidos mediante —entre otros mecanismos— la prohibición de la censura previa. El agente del Estado debe en principio soportar estoico la revisión de su conducta, incluso si en medio se corriera un cierto riesgo de exceso. Con ello se alienta el principio democrático y la noción del Estado de derecho.

Sin embargo, la estructura intelectual clásica no es útil para los casos representados por las redes sociales. La experiencia común, expresada en los precedentes analizados y los muchos otros que quedan por revisar en futuras investigaciones, demuestra que las redes sociales han sido utilizadas también en forma abusiva, sin perseguir ningún fin legítimo. Los autores de esos abusos no han aplicado las redes sociales para controlar al poder y a los poderosos, sino para lastimar a otros ciudadanos iguales que ellos.

Así resulta pertinente preguntarse si los mecanismos previstos para dotar de justicia el ejercicio tradicional de la libertad de expresión suministran la misma corrección en el caso de las redes sociales o si —cosa distinta— deben ser repensados para permitir la convivencia pacífica y civilizada en una sociedad democrática moderna.

A esta conclusión podrían haber arribado los Tribunales Superiores de justicia. De momento con cierta timidez y no exentos de cuestionamientos al interior del mismo Poder Judicial, comenzaron a disponer lo que aquí llamamos órdenes de abstención. Ellas recaen en conductas que ya fueron examinadas judicialmente y sentenciadas como ilícitas. De esa manera sería posible garantizar el ejercicio de todos los derechos que interactúan cuando se despliega la libertad de expresión. Con esa clase de decisiones, el Estado toma las medidas para cumplir su obligación de respetar los derechos y libertades de las personas, al mismo tiempo que garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.⁶³ Esa obligación no puede menos que incluir la prohibición de repetición.

Por ello resulta relevante examinar la manera en que los Tribunales Superiores de justicia han debido enfrentar el ejercicio de la libertad de expresión mediante las redes sociales.

Las redes sociales vienen siendo el escenario donde se producen grandes encuentros para los derechos fundamentales, pero también enfrentamientos. De estos últimos es de lo que están compuestas las funas. En este artículo se ha querido aportar una descripción actualizada de en qué consisten las funas. Sobre todo, en el nivel forense se han pretendido organizar las concepciones jurídicas y sistémicas que los Tribunales Superiores de justicia han vertido sobre ellas.

En cualquier caso, como se pudo observar, el énfasis no estuvo en las funas mismas. Sería un privilegio poder hacerlo en el futuro. Lo que sí fue objeto de análisis es una clase singular de medidas que los Tribunales han experimentado para dar la debida protección al afectado por ellas: la orden de abstención. El interés argumental y configurador de los derechos fundamentales en dicha orden es aportar en la determinación de si en el caso específico de las funas es jurídicamente correcta.

Como pudo demostrarse, las funas constituyen un ilícito constitucional, no el ejercicio legítimo de la libertad de opinión. En el caso que importa, la orden de abstención es decidida por los tribunales con posterioridad a la conclusión judicial sobre la mencionada ilicitud.

Se debe realzar que en los fallos estudiados la imposición de esta medida no es intuitiva. Por el contrario, es una medida que, luego de atestiguar un exceso iusfundamental realizado por un particular, alienta la provisión de un escenario de resguardo jurídico para la víctima, sin excederse por su parte en la energía estatal necesaria para el logro de ese objetivo.

⁶³ Véase el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para la ejecución del mencionado examen, tuvo que demostrarse antes el estatus de norma iusfundamental de los mandatos de restablecimiento y protección contenidos en el artículo 20 de la Constitución. Esta clase de demostraciones son valiosas, pues permiten extender los contornos conceptuales de los derechos fundamentales como los percibe la comunidad. Esa concepción tradicional muy difundida parece reservar el concepto de derechos fundamentales a las entidades jurídicas depositados en los catálogos, pero no a normas de índole institucional, como son las normas competenciales de derechos fundamentales. Su relevancia radica en que consisten en una competencia para realizar actos de ejecución o limitación de tales derechos. Esta investigación pretende también difundir ante la comunidad científica y forense el concepto de *normas competenciales* de derecho fundamental.

Tan importante como lo anterior fue visibilizar la necesidad de remediar el riesgo de repetición como fundamento de la tesis de la abstención. Si la ocurrencia de las funas sigue su curso, es de suma importancia que la orden de abstención pueda usarse cuando sea necesario. Es esencial para ello que tanto los operadores del sistema como los Tribunales Superiores cuenten con la certeza de que con su empleo se está obrando de forma jurídicamente correcta ante la libertad de expresión, sin quebrantar la prohibición de censura previa. ■

BIBLIOGRAFÍA

-
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
 - Barak, Aharon. *Proporcionalidad*. Lima: Palestra, 2017.
 - Bernal, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
 - Bertoni, Eduardo. «OC-5/85: Su vigencia en la era digital». En *Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de los periodistas*. Bogotá: Trust for the Americas, 2017. https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/OC5_ESP.PDF
 - Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
 - Contreras Vásquez, Pablo y Domingo Lovera Parmo. «Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: Análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica del Perú) 87 (diciembre-mayo 2021): 345-371. doi: [10.18800/derechopucp.202102.010](https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.010)
 - Díaz García, Iván. «La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 36 (2011): 175. doi: [10.4067/S0718-68512011000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-68512011000100005)
 - Fernández González, Miguel Ángel. «Libertad de expresión, censura previa y protección preventiva de los derechos fundamentales». *Revista Chilena de Derecho* 28, n.º 2 (2001): 383-400. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14907>
 - Leiva Rabael, Antonio. *Proporcionalidad y justicia constitucional*. Santiago: Libromar, 2018.
 - Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2019.
 - Vivanco, Ángela. *Curso de derecho constitucional*. Tomo 2, tercera edición. Santiago: Ediciones UC, 2021.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia de la Corte Suprema, rol 58.531-2020.
- Sentencia de la Corte Suprema, rol 104.587-2020.
- Sentencia de la Corte Suprema, rol 127.230-2020.
- Sentencia de la Corte Suprema, rol 5.904-2022.
- Sentencia de la Corte Suprema, rol 24.846-2022.
- Sentencia de la Corte Suprema, rol 32.886-2022.
- Sentencia de la Corte Suprema, rol 91.310-2022.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 8.816-2021.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 17.567-2022.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 9.525-2020.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 3.492-2021.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 1.349-2021.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 6.938-2020.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6.390-2022.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, rol 313-2021.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 12.160-2020.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 474-2020.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 103-2021.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 37.345-2020.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2.716-2021.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 66.905-2022.