

**DIÁLOGO 9:
FUNAS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

**DIALOGUE 9:
FUNAS (ONLINE DEFAMATION) AND
FREEDOM OF SPEECH**

A continuación, se presenta una versión editada de la conversación sostenida por algunos de los miembros del comité de redacción de la revista con Leslie Ayala, profesora de la Escuela de Periodismo de la Universidad de Santiago de Chile y coordinadora sección Judicial del diario *La Tercera*; Antonio Leiva, profesor del Magíster en Derecho LLM UC; y Pablo Contreras, académico del área de Derecho Público de la Universidad Central, Chile. La conversación se llevó a cabo el 15 de mayo de 2024 en dependencias del Magíster LLM UC.

PARTICIPANTES

Antonio Leiva Rabael
Leslie Ayala Castro
Pablo Contreras Vásquez
Juan Ignacio Piña Rochefort
Estíbaliz Pereira
Francisco Blavi

15 de mayo de 2024

<https://doi.org/10.7764/rda.o.12.8264o>

JUAN IGNACIO PIÑA

Quiero agradecer la presencia de nuestros invitados. Antonio, gracias por esta propuesta de tema. También a Leslie por su tiempo, pues no tengo duda de que estamos frente a la mejor periodista en temas judiciales de la actualidad. Entiendo, Antonio, que nos darás un marco. Después, Leslie, la palabra será para ti. Y después empieza la conversación con libertad.

ANTONIO LEIVA

Primero que todo, muchas gracias a todos los asistentes, pero en particular a mi querido LLM por haber prestado atención a mi artículo «Funas: Orden de abstención y censura previa», publicado en el número 12 de la revista. Dicho trabajo surgió con un sentido evidentemente práctico. En términos de origen, estos son fallos que estoy estudiando regularmente por razones profesionales, pero también por razones académicas. Enseño Derechos Fundamentales en varias universidades, entre ellas en nuestro LLM. Esos cursos los imparto sobre todo a partir de la jurisprudencia, con el propósito de formar opciones prácticas. En la preparación de esos cursos me fui encontrando esta materia, con este hallazgo medio infeliz. A partir de la naturaleza de ese hallazgo, lo profundicé. Me encontré también con literatura de muy buena calidad. Entre esos trabajos científicos encontré el artículo de los profesores Pablo Contreras y de mi querido Domingo Lovera. No puedo dejar de agradecer también al profesor Contreras, que hoy viene a comentar este trabajo.

Bien, sin más rodeos, el propósito de esta exposición es presentar —en algunos minutos— la arquitectura del trabajo y algunas reflexiones sobre ciertos asuntos tratados en el documento.

Lo primero que debe precisarse es que, en términos estilísticos y de género científico, este es un *artículo*, es decir, fue construido con un propósito monográfico. Por supuesto que tiene componentes de opinión, no hay duda, pero no está construido científicamente como un ensayo.

La hipótesis que se defiende consiste en lo siguiente: lo que se ha explicado conceptualmente como órdenes de abstención, pese a que *ad initio* lo parecen, no constituyen censura previa, siempre y cuando satisfaga el test de funcionalidad. Es una hipótesis muy simple. Esto es lo que los tutores doctorales nos piden siempre que hagamos. Parece que nos quieren decir que si uno no puede explicar lo que sostiene en una oración, significa que no tiene la razón.

Lo primero que se aborda en el artículo es una descripción muy legal de los fundamentos institucionales de la libertad de expresión. No era pertinente hacerlo desde la perspectiva histórica, pues no tengo instrucción en esa ciencia, no soy especialista en historia. Lo que hago es presentar —después de cierta investigación, sobre todo las fuentes filosófico-políticas de finales del siglo XVII— lo que parecieran ser los pilares sobre los cuales está construida la libertad de expresión, pero sobre todo las garantías de la libertad de expresión. ¿Cuál es la finalidad que tenía la libertad de expresión en una sociedad democrática de derecho? ¿Y cómo los que —vamos a decir— fundaron esta institución se imaginaron que debía ser protegida, y para qué? Ahí las fuentes principales son Álex de Tocqueville, específicamente en la educación jurídica, sin perjuicio de usar otras fuentes auxiliares.

Luego, propongo una descripción muy sintética de los aspectos más relevantes de la censura previa en la literatura nacional esencialmente. Ahí las fuentes son la profesora Ángela Vivanco y el trabajo del profesor Miguel Ángel Fernández. Este último sintetiza magníficamente el trabajo ya anterior de —se podrán imaginar— el profesor José Luis Cea.

Seguidamente, analizo el contenido que la jurisprudencia y la literatura le han dado al tópico de la funa. Ahí, en las fuentes principales, no puedo sino reconocer el trabajo que el profesor Contreras y mi querido Domingo Lovera publicaron en 2021 en la revista *Derechos* de la Universidad Católica de Lima. Luego, cómo la propia jurisprudencia —sobre todo de los Tribunales Superiores de Justicia y en específico de las Cortes de Apelaciones por una cuestión accidental— ha definido las funas. Debo precisar que el trabajo no se centra en las funas como fenómeno, sino en la juridicidad iusfundamental de las «órdenes de abstención».

Aquí daré una pequeña nota conceptual. De manera casi coloquial, se ha definido la funa haciendo referencia a su etimología mapudungún, es decir, como algo podrido. Sin embargo, en la realidad se recoge la definición que hace la RAE: para ella es un americanismo propio de Chile, que hace referencia al empleo de la libertad de expresión con el propósito de mostrar el descontento frente a las personas o a las instituciones.

Seguidamente, hago algunas notas jurisprudenciales y describo en una nota muy breve el marco judicial en que se da la discusión sobre las funas. Dichos procesos judiciales son acciones de protección. Hay fallos sobre todo de primera instancia. Los fallos de segunda instancia son, normalmente, confirmatorios. Hay algunos fallos con votos disidentes que también son muy impor-

tantes. Aquí está la opinión de Jean Pierre Matus, que es la que despierta el interés en este tema. Esa nota jurisprudencial es la que levanta la sospecha sobre la orden de abstención como una potencial censura previa.

¿En qué consiste la orden de abstención? Se trata de una medida de protección, no de restablecimiento, en casos de funas. Esa diferencia es importante. La orden de abstención es una medida de protección para futuras potenciales vulneraciones al derecho a la honra y específicamente al buen nombre. La Corte, en ejercicio de la potestad que entrega artículo 20 de la Constitución, suministra al actor, no necesariamente al vencedor, la debida protección. Este también es un dato bien interesante. La orden de abstención se dispone con el propósito de evitar lo que se llamó en el artículo la «amenaza probable» de repeticiones de funas para quienes fueron víctimas de ello.

Debo hacer presente —y por supuesto cuento con el escrutinio de quienes hoy nos acompañan— que no me parece relevante para este trabajo la orden que la Corte suele dar de eliminar de la publicación constitutiva de funa. Eso podría ser interesante para otro artículo; sin embargo, me parece que satisface la garantía genérica de la prohibición de censura previa, es decir, no someter el ejercicio de la libertad de expresión a controles *ex ante*. Con la orden de eliminación no se lesiona la libertad de expresión y pareciera ser el restablecimiento del imperio del derecho, que va de la mano con el eliminar la publicación. Esto es bastante coincidente, aun cuando no lo toco, con la privacidad. Pese a que no es el foco de este trabajo, es bastante coincidente con la regulación presente y la regulación futura en materia de protección de datos personales. Las funas también tienen componentes de develación de datos y de intrusión en la intimidad.

Como el director mencionó, uno de los componentes estructurales de la funa es la intrusión o la develación de datos personales, en esta tipología que Hernán Corral usa en su obra *Configuración jurídica del derecho a la privacidad*. Luego, lo que hago es someter a la orden de abstención al test de proporcionalidad en el sentido predominantemente alexiano, aunque no del todo. Esto, con el propósito de demostrar la hipótesis del artículo: si la orden de abstención satisface el test de proporcionalidad, no es censura previa.

La conclusión a la que llego es que, desde el punto de vista técnico, la orden de abstención, cuando está presente la amenaza de repetición de esta conducta —lo que se denomina *amenaza probable*—, es idónea desde el punto de vista teleológico y técnico. También es necesaria, porque no parece haber otra medida que sea menos lesiva para la libertad de expresión y que dé la debida protección a la víctima de una potencial nueva funa. Además, es proporcional

en sentido estricto. Respecto de esto último, la magnitud del sacrificio —o potencial sacrificio— iusfundamental a la libertad de expresión se justifica en cuanto satisface el fin legítimo de evitar la amenaza probable.

Hay además dos cuestiones que me parece importante agregar, que la naturaleza o más bien el propósito del artículo no me permitió desarrollar. Primero, la arquitectura intelectual filosófico-política, sobre todo de las garantías, es decir, de la protección con que se reviste a la libertad de expresión desde sus inicios —estoy pensando desde finales del siglo XVIII hasta hoy—, no ha variado sustancialmente. Las garantías que sometemos a nivel constitucional, en el sentido formal y material de la expresión, a nivel cultural y nacional, son necesariamente las mismas. Sentimos un orgullo fundado en ello. Sin embargo, parece que las redes sociales han introducido categorías y sobre todo fenómenos materiales que aconsejan al menos revisar la cuestión de los fundamentos. ¿Por qué? La libertad de expresión —como la pensamos— está en un mismo concepto de la libertad de información y de la libertad de opinión. Las redes sociales han, vamos a decir, escindido esta unidad conceptual de la libertad de expresión. Han demostrado que es muy distinta la libertad de información, en particular cuando está mediada por el ejercicio profesional del periodismo, con control editorial, de la libertad de opinión. Esto, con independencia de las plataformas en que el periodismo se ejerce: en los medios tradicionales, que están desapareciendo, en la web, lo mismo en las redes sociales (X, Instagram y las demás). Lo importante no es la plataforma, sino la cuestión conceptual. Ello me parece muy distinto a la libertad de opinión expresada por particulares respecto de particulares en un ambiente virtual, como son las redes sociales.

La cuestión sobre la cual está construida, poco mencionada en el artículo, es una primera propuesta sobre una especie de dualismo en materia de libertad de expresión. La separación imprescindible, conforme la realidad construida por las redes sociales, entre la libertad de información en el ejercicio profesional del periodismo y la libertad de opinión en el ejercicio de las redes sociales. En este último caso se observa una ausencia de propósitos públicos. El propósito público de prohibir *ex ante* los controles de las opiniones y de la información de los periodistas profesionales es el control del poder. Controlar al detentador del poder para proteger al destinatario, dicho esto en el sentido de Loewenstein. Esto es lo que está casi literalmente dicho en los ejemplos de Tocqueville, es decir, mantener a la autoridad sabedora de que se encuentra bajo el escrutinio público siempre. Es la manera de someterlo al tribunal de la opinión. Pareciera el fin público detrás de la prohibición de censura previa en el ejercicio de la prensa, eso me parece que no debe ser tocado.

Pero cuando hay una finalidad estrictamente privada, debemos meditar sobre este asunto, aun cuando pueden ser asuntos de incumbencia pública. Por ejemplo, la imputación de delitos, la imputación de un atentado a los derechos fundamentales, las acciones no delictivas pero sí ilícitas del punto de vista jurídico, como el incumplimiento contractual o la imputación de incivildades hechas por un particular en contra de otro particular, no de un poderoso, sino de un igual, me parece que sienta las bases para la apertura de una discusión distinta. En ese sentido, no existe fin público en el atropello a la intimidad o a la privacidad ejercida en las funas. Es una actividad eminentemente de interés privado en su origen, aun cuando sus repercusiones son, por supuesto, públicas, porque impacta en el goce y sobre todo en el ejercicio de derechos fundamentales.

La segunda cuestión que quería destacar, y con esto termino mi primera intervención, tiene que ver con la naturaleza viciosa desde la perspectiva iusfundamental de la funa, es decir, cómo ella termina lastimando derechos fundamentales. Ese es el centro de atención del artículo. Pero hay una cuestión que me gustaría dejar anunciada y que celebraría si pudiéramos discutir en el marco de este coloquio: tiene que ver con la naturaleza viciosa, ahora desde la perspectiva política institucional, de la funa. No sé incluso si «vicioso político-institucional» es el nombre más adecuado. Les ruego me den su opinión. La derivación racional, esto es muy polémico: la renuncia a la violencia como método de relación intersubjetiva antecede a la deliberación racional. Con esto se quiere plantear que usted no puede tener ningún intercambio deliberativo, usted no puede aproximarse a ningún ambiente intersubjetivo si los intervinientes no han explícita o implícitamente renunciado a la violencia.

Esta idea está presente en las obras de John Locke y de John Stuart Mill. Esta idea de la renuncia a la violencia es el requisito para el Estado de derecho. Usted no puede tener deliberación racional, *ergo*, no puede tener regulación sin dicha renuncia. Porque la regulación es la expresión de aquella idea racional que se vive como correcta y justa en una sociedad. Ese es el fundamento de la normatividad desde el punto de vista jurídico. Quería ofrecer una reflexión que me parece muy interesante. Con independencia de las tradiciones filosófico-políticas a las que adhiramos, una renuncia como esta permite que quedemos cubiertos todos: liberales, demócratas, humanistas cristianos, etcétera.

Es importante recordar que en Locke el estado de naturaleza tenía, desde la perspectiva de las garantías que llamaba *derecho natural*, dos expresiones de la libertad. Una se da en el ámbito público, que es la autonomía de los pueblos. Se refiere a la capacidad de los pueblos de escribir su propia historia, es decir, solo las reglas de su propia nación serán las que regían su destino. Y la que

importa en este caso en particular, que es la libertad de índole individual, es decir, como autonomía. Esta dimensión es muy valiosa, ya no solo para los liberales en el sentido clásico, sino también para la tradición democrática para la comunidad. Es uno de los pilares sobre los cuales se construyen las naciones de democracias libres.

Bien, para Locke, lo característico del estado de naturaleza es que cualquiera de los individuos miembros de la comunidad puede hacer justicia con mano propia si advierte un quebrantamiento del derecho natural. La cuestión es que con el surgimiento de aquello que los liberales llaman la *sociedad civil organizada* —que es el Estado, esa facultad pasa de los individuos al Estado—, a partir de ese momento los individuos ya no la tienen y no la pueden ejercer.

Lo característico de todos los miembros de la comunidad política del estado de naturaleza es que cualquiera de los miembros que presenciara algún atentado en contra de esto que luego le llaman el derecho natural, entre ellos la libertad, puede hacer justicia con mano propia. Es decir, es de justicia, usando términos ya más canónicos, pero es de justicia accionar con mano propia. Esto es lo que hoy denominamos *autotutela*. Ello es propio del Estado de naturaleza y no de la sociedad organizada.

La funa, me parece, se comporta desde un punto de vista lógico y operativo como si estuviéramos en el estado de naturaleza. ¿Por qué? Porque el individuo decide hacer justicia con mano propia. Eso supone, me parece, una refutación a la renuncia de la violencia como mecanismo de relación intersubjetiva, y además como la refutación del surgimiento del Estado.

En la tradición liberal clásica específica, donde tenemos el Tratado de Gobierno Civil, Locke sostiene que la violencia individual se sustituye por la potencialidad del uso de la violencia como mecanismo externo por parte del Estado y la suscripción del código social supone esta transferencia del uso de la violencia individual por el depósito en el Estado como único potencial usuario.

Pero fíjese que al otro lado de esa tradición encontramos la tradición democrática. Hay dos cuestiones que son esenciales que debieran refutar la idea de la licitud o de la permisión de la funa en esta tradición. Es importante tener presente que en el supuesto que somos, como decimos aquí, John Rawls en *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, hay tres dimensiones para el uso del término *estado de naturaleza*: una normativa o jurídica que es de corte contemporáneo o anárquico, una situación de convivencia donde hipotéticamente los individuos no están sometidos a ninguna autoridad política; una dimensión cronológica, que hace referencia a las primeras clases de organiza-

ciones políticas en un sentido histórico; y finalmente, una dimensión cultural, que es la que me parece más ambigua, que tiene que ver con redes intersubjetivas, arcaicas, gruesas, de poca sofisticación. Si uno la subsume en estas tres categorías, me parece que el que realiza la funa podría estar perfectamente catalogado en cualquiera de ellas.

Pero hay una cuestión que me parece más polémica. Se trata de lo que se defiende con mayor interés en todo el legado filosófico-político de la tradición democrática: la función redentora del Estado. Recordemos que Rousseau sostiene que los seres humanos en estado de naturaleza son hombres, puede que rudimentarios, pero buenos. Agrega que hay instituciones sociales que los corrompen, como la pobreza y la desigualdad. Se trata de una idea muy disruptiva para una época en que el alma era concebida como intangible. Pero en Rousseau el alma sí es tangible y además puede ser corrompible, y si es corrompible, puede ser educada y, lo que es todavía más disruptivo, esa alma corrompida puede ser redimida por otra institución humana: el Estado.

¿Cuál es el panorama? ¿Cómo se produce esta redención en el Estado? La función redentora del Estado se expresa en remover los obstáculos para la igualdad, para remover los obstáculos de la pobreza y generar las condiciones necesarias para que todos los individuos puedan gozar de sus derechos. En ese orden de cosas, podemos afirmar que lo que hacen las funas es justamente constituirse como una barrera contra la igualdad y la tarea redentora del Estado. Eso es así debido a su componente de autotutela.

Gracias a los presentes. Les agradezco su paciencia y excúsenme por lo larga de esta presentación.

JUAN IGNACIO PIÑA

Muy bien. Muy interesante y nos sirve de fundamental contexto para la discusión. Probablemente las soluciones que hay que buscar deben descansar en estructuras un poco más complejas que la pura intuición. De alguna manera, aquí hay una serie de colisiones subyacentes de las que hay que hacerse cargo, y que probablemente haya que entender antes a cabalidad. Por lo tanto, aquí tenemos una dimensión.

Leslie, *the floor is yours*. Respecto de tu aproximación, nos interesa saber cómo las ves. El impacto que están produciendo hoy día, es decir, las hipótesis de estas funas transformables en cancelación, que por lo mismo terminan afectando la libertad de expresión. Porque aquí hay un círculo vicioso que da muchísimas vueltas, y del que probablemente todavía no tenemos plena conciencia. Y, como te digo, con toda libertad, porque esto es abrir fuego para seguir conversando.

LESLIE AYALA

Bueno, me hubiera gustado que me invitaran no por el tema de las funas, que sí es una consecuencia de mi trabajo, pero no algo que me gusta, lo he vivido, aparte de reportarlo, y quizás como la experiencia que puedo más compartir ahora. Y claro, efectivamente, esta cultura de cancelación, que va aparejada a una funa en términos de redes sociales, lo que más podemos ver, o lo que más impacta, claramente tiene algún tipo de afectación en el trabajo periodístico, principalmente porque yo he vivido con colegas —lo hemos compartido— que no se atreven a tocar ciertos temas o no se atreven a entrevistar a ciertos personajes que están, entre comillas, cancelados por la sociedad, y se exponen dando voz a esa persona.

Un ejemplo reciente es el de Christian Campos, una persona que está denunciada por abuso, que está todavía en un contexto en que la presunción de inocencia es algo a favor de él; sin embargo, hay quienes, sobre todo yo diría grupos que se autodenominan feministas, que sostienen que una persona en esa calidad no puede siquiera ser entrevistada. La exigencia al periodismo hoy, de parte de las redes sociales y de estos grupos en particular, que se organizan también, es que esa persona no debería tener voz. Entonces, ¿qué es lo que pasa con mis colegas? Hay algo que a mí, por ejemplo, no me ha pasado, y quizás tiene que ver con que yo no crecí con las redes sociales, porque soy una persona ya vieja, tengo cuarenta años, o voy a cumplir cuarenta, por ende...

JUAN IGNACIO PIÑA

Nos quedamos muy impresionados.

LESLIE AYALA

A lo que voy es que ya llevo más de quince años y quizá crecí un poco con el tema de las redes sociales; no tanto como ocurre hoy con Twitter —que voy a seguir llamando así, porque no se puede *exear*, así que Elon Musk tendrá que adaptarse a nuestro lenguaje—. Entonces quizá a mí eso como que ya, desde mi primera funa, podría decirlo de una forma, que fue una entrevista a Tea-Time, no sé si se acuerdan, fue vocalista de Los Tetas, una banda con la que yo al menos crecí y de la cual de hecho era muy fan... Por ejemplo, si eso lo hubieran sabido mis *haters* habría sido aún peor para lo que recibí en ese minuto. Yo publiqué una entrevista porque trabajaba para Reportajes en *La Tercera*, por ende, era un texto mucho más largo del que uno puede hacer normalmente, que son las notas informativas que ustedes leen, por ejemplo, en los portales web o en los diarios —que ya no existen, al menos en *La Tercera* el diario en papel ya dejó de existir, solamente tenemos las plataformas web

y el papel digital, que es para los suscriptores, mientras que solo sábados y domingos salimos en papel—. El papel siempre fue limitado, por ende, cuando se le daba el espacio a un personaje, en este caso en Tea-Time —creo que le dimos tres páginas en el suplemento, que salía el domingo—. ¿Qué ocurrió con esta publicación? Bueno, yo lo califico como mi primera funa, porque el personaje estaba funado, es decir, él había sido acusado de violencia intrafamiliar en contra de su pareja, había estado durante todo el proceso judicial en silencio, pero una vez que la Fiscalía decide suspenderlo condicionalmente, o sea, ni siquiera acá hubo una abreviado, no hubo una condena en definitiva, fue a través de un acuerdo con la parte querellante, en este caso su expareja, de suspender el procedimiento, esta persona incluso quedaba sin ningún tipo de cargo posterior a esta solución o salida judicial.

¿Qué dijeron mis editores?: «Vamos por el testimonio», porque ella había hablado bastante en distintas plataformas, televisión, no sé qué, pero él nunca, como se dice, «rompió el silencio». Entonces, como soy obsesiva y no pensé tampoco en las consecuencias... Yo conocía a su abogado, Marco Contreras, que algunos conocerán del estudio de Schürmann; siempre he tenido muy buena onda con él, entonces como que confié en que su cliente hablara: por él nunca iba a hablar en la vida, porque ya había sido funado, ya estaba como muy expuesto, pero logramos finalmente convencerlo. No era una persona que fue al diario, que dijo «yo quiero hablar y limpiar mi imagen»; fue todo lo contrario, un ejercicio de convencimiento. Llegamos al tema de la entrevista y yo me preparé demasiado para ella, porque en esa época el feminismo estaba *full*, todas las periodistas teníamos como un corazoncito verde en nuestro perfil de Twitter diciendo que éramos ultrafeministas, así que me preparé mucho justamente para el escrutinio público.

Fue una buena entrevista, se preguntó de todo. ¿Cuál fue mi problema y mi reflexión posterior a mi funa? Es que me interioricé mucho en la causa judicial y la conocí tanto, tuve acceso a los expedientes, que al final tomé la posición de que había una acusación que no tenía tanto sustento, porque muchas de las personas que declaraban en este juicio —más allá lo que declaraba la víctima— decían que ellos dos eran unos tóxicos con una relación muy violenta y muchas veces esa mujer, que era la víctima, se golpeaba contra las paredes; entonces, lo que vio la sociedad era una mujer ultra mega golpeada por un cantante que, entre las drogas y su relación tóxica, era por supuesto la víctima a todas las luces.

¿Qué pasó? Que en mi ejercicio profesional, al enterarme de toda la investigación y realmente comprender por qué la Fiscalía había tomado esta determinación con un caso de violencia en una época en que, cómo les digo,

el feminismo estaba... no sé si de moda, pero más bien todos y todas éramos feministas —hasta algunos hombres—, como tenía tanta «información privilegiada», siento que mi entrevista en el ejercicio periodístico facilitó incluso la funa. Obviamente después de esa experiencia he tomado muchos resguardos y podría decir que han pasado creo que diez años entre esa entrevista y, por ejemplo, la que le hice hace muy poco a Cristián Campos —que son situaciones totalmente distintas, una es una acusación de violencia intrafamiliar, la otra de abuso, una que tiene que ver con hechos que en ese momento eran presentes y estos con un hecho del pasado—, lo que a mí me dejó como lección es que no puedo, sin entregarle al público el contexto de lo que vi, generar un espacio para una persona que a juicio de estos canceladores, es decir, de las redes sociales, no debería tener voz. No sé si me fui un poco por las ramas...

ANTONIO LEIVA

No, se entiende perfecto.

LESLIE AYALA

Lo que quiero explicar es cómo a Tea-Time no se le debía ni siquiera dar la palabra, a pesar de que ya había salido de su causa judicial, porque era una persona que, como había sido formalizada por violencia intrafamiliar, ya no existía, que ya no podía tener voz, nada, ni a nadie le interesaba conocer su versión de los hechos.

También fue malo el título, debo admitir. Se tituló «Las lecciones de Tea-Time». A mi favor diré que no lo puse yo, no diré quién fue, pero yo tengo editores también, entonces es como la generación de los textos periodísticos, no son como escribir mi diario de vida —o sea, ojalá yo tuviera un diario, sería mucho más picante de lo que podría ser mi mentalidad en *La Tercera*, que es un diario que obviamente tiene un estándar, una línea editorial—. Estas lecciones de Tea-Time no eran las que él nos venía a dar, que fue lo que entendieron las feministas, sino las lecciones que él aprendió después de haber sido justamente cancelado por la escena musical, sus amigos músicos también lo habían dejado de lado, y lo que él quería con esta entrevista... Que de hecho es como una metáfora del muerto que ahora se llamaba el músico, pero como que ahora revivía, fue muy mala idea.

Lo otro es que la gente no lee. La gente vio que *La Tercera* le dio espacio a un violento y de ahí en más surgieron las banderas de feministas cancelando a *La Tercera* y poniendo una imagen, que era yo, la periodista de *La Tercera*, que hasta ese momento gozaba de buena fama en redes sociales. ¿A qué digo

buena fama? A que, por ejemplo, Mónica Rincón siempre «arrobaba» mis reportajes diciendo «qué bueno», «qué seca», «seca *amika*», «qué seca la periodista de *La Tercera* que hizo esto»; y todos: sí, qué seca, qué seca, yo hasta ahí feliz, imagínate, viví una época en que tu firma, es decir, tu producto como periodista... Que ni mi mamá veía, de verdad, mi mamá de repente me dice así como vi en la tele que entrevistaron a Parivet y yo: mamá, fui yo.

El periodismo en esa época era solamente páginas, pero ahora tú a los periodistas los puedes encarar, y ese poder que le dimos al ciudadano, del que un poco tú también hablabas, más allá del cancelador, del NN, las personas te pueden decir cuando están molestas con un artículo y eso es algo que al principio yo no veía, porque viví esa transición, y luego la gente dice: «Lo hiciste mal» o «lo hiciste bien». Estas organizaciones feministas, a propósito de Tea-Time, que me lo recuerdan hasta el día de hoy, hicieron hasta columnas de opinión, en medios obviamente alternativos, sobre qué preguntas me faltaron, por qué lo hice tan mal, y bueno, todo esto dentro del contexto de que lo primero malo era haber buscado su versión de los hechos.

Avanzando respecto al tema, quería compartir con ustedes desde mi perspectiva de periodista, como yo no sé tanto, no citaré a ninguno de los autores que citaste del tema de libertad de expresión. Creo que sí existe una autocensura que no sé si es lo mismo que plantea Matus o Vivanco, no sé, pero tiene que ver justamente con eso que te decía, yo no veo a mis colegas de, por ejemplo, *Ciper* buscando ciertos temas que son temas que van a ser buscados por *La Tercera*, y quizás ellos también van a ver que *La Tercera* no va a buscar ciertos temas que ellos sí buscan. Pero yo creo que también tiene que ver con una censura previa de las nuevas generaciones de periodistas. Si tú ves la redacción de hoy, cuando yo llegué a reportear, hace muchos años —no te vayas a enojar nuevamente, Juan Ignacio, por hacer referencias a años—, empecé en 2003 creo que en *La Nación*, las redacciones estaban llenas de periodistas muy experimentados, no viejos, tú veías las reacciones y eran canosas, eran añosas, porque eran personas que llevaban veinte años, treinta años reportando; obviamente, por lo mismo que hablaba con Pablo, este tema del deterioro de la industria de los medios de comunicación, hizo que todas estas personas, entre que ya no satisfacían sus expectativas esto de ser periodista 24/7, o quizás el tema también de los sueldos, etcétera, hizo que estas generaciones se renovaran. ¿Qué pasa con los cabros, qué veo hoy en las personas más jóvenes que ejercen el periodismo? Que no están dispuestos a hacer un periodismo que arriesgue una funa, por ejemplo, o no están dispuestos a buscar temas que quizá van a generar justamente este debate que estamos teniendo ahora. Yo creo —tampoco es que sienta que me voy a quedar mucho más tiempo en los medios de comunicación— que es un grave riesgo justa-

mente para el derecho de información que tienen los ciudadanos, más allá de nosotros, más allá de una redacción, más allá de los que buscan información, a mí me daría mucha pena —y me encanta la pega de *Ciper*, encuentro que tiene excelentes periodistas—, pero me daría mucha lata que solamente exista el periodismo de *Ciper* y no darle voz a otras personas en una sociedad muy diversa y que yo creo que necesita periodismo tan importante como el periodismo de investigación que hace *Ciper*, así como el periodismo que hacen *El Mercurio* o *La Tercera*, medios independientes que obviamente lo hacen también con rigurosidad. No lo estoy comparando con *Gamba*, que para mí es un medio independiente pero que es opinante absolutamente, ellos la libertad de opinión la están confundiendo con la libertad de información, porque son capaces de difamar o injuriar a una persona utilizando un titular cómico entre comillas; sin embargo, para mí eso no es periodismo, y tampoco lo serían hoy otros medios.

Otra cosa que quería comentar, a propósito de la experiencia, no ya mía como funada, sino más bien lo que he visto en las cortes y en casos que me ha tocado ver. Veo ahora un caso muy entrete, que tiene que ver un poco con lo que hablaba Antonio, que es como *Bebé Reno*. ¿Lo vieron en Netflix? Bueno, es el caso de un acosado y una acosadora, y él presentó un recurso de protección porque... Bueno, es muy entretenido el caso, ojalá lo pueda sacar, pero estoy esperando un poco el pronunciamiento de la Corte para no ser funada porque es una discusión que llegó a la Corte de Apelaciones de Santiago, todavía no se ve, pero este personaje es un músico y él tiene una mujer con la que salió, la conoció a través de Bumble, aplicación de citas para los más... Y ella también es famosa y es *influencer*, es una persona que tiene muchos seguidores, tanto en Twitter como en Instagram. Entonces él sale con ella y con esto que tienen los jóvenes, responsabilidad afectiva, que fueron como dos citas y «chao pescado», ella se lo tomó muy mal, y de hecho tengo los videos de los correos, son como tres correos por día, efectivamente como *Bebé Reno*, o sea una cantidad así como: «Estuve pensando, yo creo que nos debemos casar, ayer soñé contigo, mi mamá me leyó el horóscopo y creo que tenemos que estar juntos para siempre». Bueno, a propósito de este acoso que después involucra su vida privada —si es igual que la serie, porque después empezó a mandar correos a sus papás—, él presentó un recurso de protección que está súper entrete, quizás lo pueden buscar o se los puedo mandar, da cuenta de todo esto. Cuando ella se entera de que se presentó un recurso de protección en su contra empezó a armar una funa en contra de él, no obviamente diciendo que aquí hay falta de responsabilidad afectiva, que eso es lo que ella le imputa en los correos, sino más bien que él le había prometido muchas cosas, que era una persona mala, malvado; ella aprovechó su plataforma, que tiene muchos seguidores, para justamente cancelar a este tipo. Ah, como él le había contado

que tenía un hijo, ella empezó a inventar —según él es invento, yo no quiero ponerme del lado de él, pero también creo...—, lo empezó a acusar de que debía pensión alimenticia, todas las cosas que a un hombre le pueden afectar en el ámbito económico. Él me contó que perdió trabajos por esta funa, porque ella aprovecha sus plataformas, que tienen un eco muy grande, tuvo que cerrar sus redes sociales; él es músico, y las redes sociales le sirven para conseguir trabajo, por tanto, se vio afectada su vida familiar, su vida familiar con su ex, porque ella dice «¿cómo están exponiendo a mi hijo en redes sociales?»; según él está viviendo un infierno, él dijo que me contactó porque creía que yo era la única periodista capaz de sacar esto, yo le dije que por qué creía eso, y él me dijo: «Porque a ti no te importa que te funen»; y yo: «¿Quién te dijo que no me importa? Esto ha sido terapia, amigo, pago un psiquiatra cada dos meses y mis pastillas». A lo que voy es que hasta me buscan porque saben que me van a funar si saco el tema, y claro que me podrían funar, porque si lo saco así tal cual me van a decir que estoy defendiendo a un tipo descriteriado que está funado, no a una persona que también está siendo acosada a través de correos electrónicos y siendo funada en una red social, en la que además él tiene 3.000 seguidores, algo así, y ella tiene 100.000 seguidores, entonces es totalmente asimétrico. Por eso estoy esperando el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, porque me gustaría mucho saber cuándo se meten, porque he visto fallos en los que alguien escribe en Facebook algo y la Corte ordena que efectivamente lo eliminen, pero no hay como mayor ahondamiento en, por ejemplo, cómo esta funa es finalmente una venganza, a propósito de la propia acción de tratar de defenderse de esta persona, porque llega un momento cuando se meten con su familia, que no tiene como defenderse. Es lo que él busca, un refugio en la justicia, que la justicia, más allá de que ella elimine, que le prohíba incluso acercarse a su familia. Les puedo mandar al recurso porque, además, los recursos de protección en la Corte están abiertos, así que no estaría faltando a mi fuente.

Lo último —quizás me he explayado mucho— es el tema de los poderosos. Siento que acá también hay algo que no hemos visto: a mí me da lo mismo que @juanito12345 me diga que soy fea, que soy mala periodista, etcétera, pero creo que hay algo acá de las redes sociales y el tema de las funas que me imagino que se irá regulando con el tiempo, y con las experiencias que tengamos tanto los medios de prensa como con las autoridades. Pero a mí nunca me pasó que un presidente tuviera tanto poder en redes sociales como el actual presidente, obviamente porque es joven, porque es *millennial*, porque también gran parte de su campaña apuntó al tema de las redes sociales. El presidente Boric tiene un componente que él no sé si no se ha dado cuenta, porque yo hablaba con él cuando era diputado y candidato, pero después obviamente ya nunca más volví a hablar con él, y espero que cuando deje de ser presidente,

me gustaría buscar estas respuestas, él no se da cuenta del poder que tiene un tuit suyo para la cancelación, por ejemplo, de un periodista. Ha pasado, aunque no conmigo.

Una vez publicamos dentro de nuestro ejercicio periodístico que él iba a viajar a la Araucanía, creo que era la primera vez que iba a viajar a la región, y nosotros teníamos el itinerario de dónde iba a estar, en la noche duerme en el regimiento no sé cuánto... Ese era el primer itinerario, que seguramente todo está sujeto a modificación, la Araucanía es la Araucanía, sabemos lo que ocurre. No sabemos si quizás al haberlo publicado él cambió de opinión; el tema es que pusimos que iba a dormir en un regimiento, para su gente o sus adeptos, estar tan cercano en esa época, estoy hablando además hace mucho tiempo, quizás era algo que le enrostraron diputados de su misma colisión y él terminó por desmentirnos; yo estoy revelando acá que nosotros teníamos el itinerario que manejaban las policías, el Ejército y toda la gente que tenía que movilizarse en pos de que el presidente de la República estuviera en una zona que sufre el día a día atentados, evidentemente esto tenía que estar muy planificado.

Pero él tomó un tuit de *La Tercera* y nos desmintió con otro tuit. ¿Qué generó eso? Su séquito de seguidores e incluso estas cuentas que apoyan al Gobierno se volcaron en contra del periodista que escribió la nota, que es periodista de mi equipo —yo soy editora de Policía y Tribunales y Víctor Rivera es periodista, cubre el ámbito policial—, y publicaban sus fotos, su dirección, etcétera, y ese fue el poder del presidente. Hasta ese minuto habíamos pasado colados, podría haber existido un desmentido incluso por parte de prensa de Presidencia, estamos sujetos a poder equivocarnos y decir «sabes, cometimos un error, porque en verdad este era el primer itinerario»; pero después lo cambio y lo hizo a propósito de los cuestionamientos de su propia gente, que era dormir en un regimiento; o sea, qué mejor que dormir en un regimiento, que es seguro, me imagino, pero claro, para la gente de izquierda quizás tenía un peso distinto y él lo vio de esa forma y nos desmintió. Pero a lo que voy, la consecuencia de que un poderoso, en este caso el presidente, porque el presidente cuando era diputado nos decía a la prensa que había que fiscalizar al poder, y ahora que él es el poder parece que no le gusta tanto que lo fiscalicen. Pero su poder en redes sociales y su poder de cancelación es algo que, yo creo, amenaza la libertad de expresión, porque no es posible que publiquen nuestras fotos, las fotos de nuestras familias; a mí una vez me publicaron la dirección de mis papás, que tampoco hay que ser tan perito para saber dónde viven mis papás, porque es cosa de ver los rutificadores, sacar un certificado de nacimiento y saben quiénes son. Pero igual es muy impactante, por ejemplo, para gente que está alejada del medio, porque a mí me pueden decir lo que quieran, pero

se meten con mi familia y es otra cosa. Entonces ver también a Víctor ahí, toda esta situación y el poder como utiliza el tema también de la cancelación, porque no creo que sea pueril, puede ser que el presidente estuviera enojado, lo hizo en ese minuto y no supo las consecuencias que tenía, pero a mí me gustaría decirle que esas son las consecuencias y la consecuencia finalmente también arriesga a que los periodistas decidamos, por ejemplo, no meternos con él. Pasó lo mismo cuando fue al estadio, teníamos contabilizado en fotografías con cuántos escoltas andaba, está bien que vaya al estadio y está muy bien que la seguridad del presidente actúe bien y haya cincuenta personas escoltándolo, porque es un estadio y le puede pasar algo; pero salir a desmentirnos también en redes sociales genera siempre eso, entonces también es algo que creo que en algún momento se va a discutir, quizás de mejor forma, y también pedirle las explicaciones correspondientes cuando deje su investidura de presidente seguramente y podamos hablar como hablábamos antes.

JUAN IGNACIO PIÑA

Súper interesante.

ANTONIO LEIVA

Súper interesante.

LESLIE AYALA

No cité a nadie, eso sí, te voy a empezar a citar a ti, Antonio.

JUAN IGNACIO PIÑA

Se ofrece la palabra. Preguntas, comentarios, bienvenidos.

PABLO CONTRERAS

Gracias por la invitación, Antonio, al programa y a la universidad. Quiero felicitar el ejercicio de buena dogmática del texto de Antonio. Aquí hay una reconstrucción sofisticada de enunciados judiciales, y eso es lo que uno espera leer en un texto de esta naturaleza. Quizás voy a defraudar con mis comentarios, ya que la idea de este coloquio es que sea de aplicación. Sin embargo, considero que no hay buena aplicación judicial si no hay buena dogmática. Cuando estamos ante un texto como este, nos permite avanzar una dogmática, una literatura de derechos fundamentales más robusta en todo nivel.

Yo identifico tres temas muy sugerentes en este trabajo, que podrían hacer avanzar la literatura en materia de libertad de expresión y específicamente respecto de la jurisprudencia de funas. Primero, el problema conceptual de las funas; segundo, el problema de la tipicidad iusfundamental de la libertad de expresión; el tercer problema es de aplicación de la teoría de derechos fundamentales y la teoría de los límites a los derechos en estos casos.

El primer problema es respecto del concepto de la funa. Hemos tenido dificultades al utilizar una expresión que abarca distintos tipos de conductas y tendemos a homologarlas todas como funas y automáticamente calificarlas como conductas antijurídicas, por así decirlo, o ilícitas. La jurisprudencia ha establecido que no todas las funas son ilícitas. Hay al menos dos casos de funa que la misma jurisprudencia ha validado: la víctima, por ejemplo, de un caso de violencia sexual que relata su propio testimonio etiquetando al presunto agresor, solo por el hecho de constar en una denuncia, en un acto jurídico-procesal o en el marco de los testimonios de un procedimiento judicial, ese testimonio es validado por las Cortes. Entonces prima el criterio procedimental, bueno o malo. La Corte ha estimado que cualquier persona víctima que relata sus propios hechos, etiquetando incluso al presunto agresor, no realiza una funa ilícita. De hecho, es ilícita cuando utiliza la imagen del presunto agresor, porque se sostiene que afecta el derecho a la propia imagen, pero para fundar la ilegalidad de la conducta declara que la imagen es un dato personal que debe considerarse sensible y que solo puede ser tratado con el consentimiento expreso del titular, conforme a la Ley 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

Hay un segundo caso de funa lícita: la crítica política, que también cabe dentro del concepto genérico de funa. Este sería el caso de la publicación y difusión de imágenes de autoridades o exautoridades con imputaciones sobre su desempeño, integridad o conductas poco éticas.

LESLIE AYALA

¿Estás hablando de Renato Garín? Perdón.

JUAN IGNACIO PIÑA

Ayer se retuiteó una lista larga, salió la profesora Flavia Carbonell, cuyo «pecado» era estar casada con Raúl Letelier, presidente del Consejo de Defensa del Estado. La lista era larga y la retuiteó Axel Kaiser, ya que estamos tirando nombres.

PABLO CONTRERAS

Entonces, no toda funa es un ejercicio de autotutela. En el caso de las funas que sí son ejercicios de autotutela y que son conductas antijurídicas, hay que ver bien cuál es la antijuricidad. La determinación de la afectación del derecho no siempre corresponde a la honra de la persona funada. De hecho, la Corte no fundamenta bien por qué es honra, pero en general la ilegalidad de la conducta de funar se basa en la violación de las reglas de la Ley 19.628, al menos en la jurisprudencia que yo he revisado.

El segundo problema es la tipicidad iusfundamental de la libertad de expresión. El tipo iusfundamental es el enunciado de derecho fundamental que reconoce dicha libertad en la Constitución. Hay una afirmación que se repite en el texto que sostiene que las funas, al ser conductas antijurídicas, no caben *prima facie* en el tipo iusfundamental del derecho. Esto es problemático. Ciertamente es una posibilidad, pero restringe el ámbito de aplicación del enunciado, sobre todo si se considera, bajo la lógica de Robert Alexy —que es la que sigue el autor en el texto—, que la libertad de expresión es un mandato de optimización y, por lo tanto, mientras no exista una calificación de antijuridicidad de esa funa en particular, no es posible descartar *a priori* si esa conducta está fuera del tipo iusfundamental, por ejemplo, como una funa de crítica política o una funa de relato testimonial, en los pocos casos de juridicidad de esa conducta. Si se concibe el enunciado de la libertad de expresión como mandato de optimización, es problemático calificar *a priori* que la funa siempre es antijurídica y, por lo tanto, escapa de la subsunción del tipo iusfundamental.

Ahora, ¿por qué creo que es más problemático todavía? Este trabajo aborda la orden de abstención de funar. ¿Cuál es la orden de abstención? Básicamente, usted en el futuro debe abstenerse de publicar algo como lo que se califica de funa.

Entonces, en ese caso, vale la pena preguntarse si eso constituye o no censura previa. Si el tipo iusfundamental de la libertad de expresión establece la libertad de opinar e informar, ambas sin censura previa, y bajo la literatura dominante, la prohibición de censura previa es parte del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, entonces el texto no problematiza si la orden de abstención afecta el contenido esencial. En todo el artículo no hay mención al contenido esencial del derecho. Se asume que la orden de abstención opera siempre frente una conducta antijurídica. Como he dicho, yo estoy en desacuerdo con eso, hay funas jurídicamente validadas por los tribunales y, segundo, porque incluso si uno aceptara que esta funa en particular puede ser calificada como antijurídica, bajo la lógica de Alexy, debería ser

prima facie subsumible en el enunciado iusfundamental. Si es así, entonces hay una razón de por qué el esquema constitucional favorece la responsabilidad ulterior, porque la prohibición de censura previa es un elemento del contenido esencial.

Por último, creo que hay una contradicción interna en el análisis, porque por un lado se dice que el objeto de ponderación es entre la orden de abstención y la prohibición de censura previa, pero si antes el autor había negado la licitud de la funa y, por lo tanto, no está cubierto en el tipo iusfundamental de la libertad de expresión, entonces, ¿cómo podría darse la colisión? No sería problemático nunca, ni siquiera tendríamos que entrar a ponderar. Pero en este caso tenemos un espacio en donde parece que la funa sí puede ser lícita o puede constituir una afectación de otros derechos, pero dejamos que los tribunales lo determinen. Eso se justifica bajo un esquema de responsabilidad ulterior. La forma en que el ordenamiento chileno encara a la funa ilícita es a través de la responsabilidad civil o la responsabilidad penal. El último punto es dilucidar si esto afecta o no el contenido esencial de la libertad de expresión. Es decir, si validar las órdenes de abstención, como medidas cautelares, podría constituir una afectación del contenido esencial de la libertad de expresión. Aquí se debería aplicar cualquiera de las dos teorías predominantes del contenido esencial al análisis, ya sea la relativa o la absoluta. Yo entendería que el ejercicio de proporcionalidad del texto valida una teoría relativa —de hecho, Alexy es uno de los promotores de la teoría relativa del contenido esencial—. Asumamos ese primer caso, la teoría relativa. ¿Cuál es el contenido esencial de la libertad de expresión? Básicamente, es el resultado de la ponderación.

En ese contexto, uno debe verificar si está bien aplicado el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que prohíbe la excesiva desproporción. En ese nivel del principio de proporcionalidad, yo diría que cualquier esquema preventivo de abstención de opiniones es quizás una de las intervenciones más intensas del contenido iusfundamentalmente protegido de la libertad de expresión. En esto tengo una diferencia con el texto, porque plantea que, dado que el carácter de la funa es en sí antijurídico, entonces la orden de abstención en tanto afectación de la intervención en la libertad de expresión sería leve. Pero me parece que el autor debería inclinarse más por una teoría absoluta del contenido esencial. El texto plantea que si hay una conducta antijurídica como la funa, ella no sería subsumible en el tipo iusfundamental del derecho. Esta idea de demarcación del tipo, *a priori* y en contra de la idea de *optimización*, es típica de una teoría absoluta del contenido esencial. Pero si el argumento sigue una teoría absoluta, entonces es difícil ser coherente en este punto. Si la funa es siempre antijurídica nunca entraría en el contenido ius-

fundamental del derecho y, entonces, ni siquiera hay que ponderar. En otros términos, no hay ningún problema de proporcionalidad. Sin embargo, el autor acepta que la orden de abstención supone una intervención al contenido del derecho y por eso propone ponderar. Pero si uno asume que la prohibición de censura previa es parte del contenido esencial y este sería un contenido absoluto, un contenido esencial demarcado y no ponderable, entonces un esquema de control preventivo —como la orden de abstención— sería lesivo de dicho contenido esencial.

Muchas gracias nuevamente por la invitación, ha sido un placer discutir este tema en mayor profundidad.

JUAN IGNACIO PIÑA

Qué interesante, saltaron muchas cosas.

Parto ofreciendo la palabra para una ronda de comentarios, reflexiones o preguntas.

ESTÍBALIZ PEREIRA

Me llamó mucho la atención el problema de tipicidad que planteaste algunos minutos, y en particular quería preguntar una cuestión más práctica: ¿cuál crees que sería la mejor alternativa para solucionarlo? Porque si bien hay un pequeño avance jurisprudencial, como sabemos, la jurisprudencia no es vinculante propiamente tal y puede haber disparidad en los criterios considerados por las Cortes; pero, a la vez, si tomamos la solución más típica, haciendo que el legislador se encargue de precisar el concepto, el problema podría radicar en quedarnos «cortos» respecto de la definición que contemplan. Al final, el tema de las redes sociales crece cada día más, incrementando la importancia de los datos personales, lo vemos en la práctica conocida como *doxxear*, revelando información privada en redes sociales, la dirección, la familia, etcétera.

LESLIE AYALA

Entiendo que *doxxear* es respecto de una persona que quiere o decide permanecer anónima, pero se publica su nombre, dónde trabaja, entiendo que ese es el concepto.

ESTÍBALIZ PEREIRA

Yo también lo he visto respecto de otro tipo de personas, por ejemplo, un caso típico de funa a un acosador o abusador sexual, como una forma de venganza o *vendetta*, se publica dónde vive, los lugares que frecuenta, etcétera. Entonces, está ese problema en ambas soluciones, que son las que suelen considerarse. ¿Qué consideras al respecto?

FRANCISCO BLAVI

Leslie, da la impresión que comentas sobre la afectación del derecho a informar, sobre la posibilidad de que ciertos intervinientes se inhiban a informar en razón de una funa, por lo que te quería preguntar de qué forma han entendido la funa provocada, la funa espontánea y la funa herramienta en función del periodismo. ¿De qué manera ven —porque efectivamente dices que te afecta y te inhibe, y pareciera que hay algunas funas provocadas y otras espontáneas—, o de qué forma enmarcan o reaccionan a los distintos tipos de funa?

LESLIE AYALA

Yo ya no sabría qué es funa y qué no: para mí, ver una foto mía es una funa. Lo que decía Pablo respecto de cómo se distinguía la funa que se permite y la que no, obviamente que me va a provocar algo emocional mucho mayor a que alguien me conteste y me diga «fea», porque para las mujeres siempre es como eso, lo físico, tiene que ver con tu sexualidad. De hecho, sin ir más lejos, Cristian Campos fue una producción con otro colega, yo soy la editora de tribunales y llevé al editor de espectáculos porque Claudio Vergara tiene mucho conocimiento del mundo del teatro, y aquí había dos dimensiones: una persona que está siendo blanco de una investigación penal, pero a la vez también su trabajo y su mundo ha reaccionado de alguna forma u otra.

Entonces, para que veas cómo funciona el tema de las funas respecto a los periodistas: pese a que la nota estaba firmada por los dos, pese a que en la entrevista aparecían las voces de dos periodistas, un hombre y una mujer, la única que fue fundada por ese trabajo periodístico fui yo; también hay un tema muy fuerte con las mujeres en redes sociales y en el tema de la funa en particular. Trato de decir que a veces igual ando como saltona; lo que sí, nunca he restringido gente, por ejemplo, lo que te permite de Twitter: que, por ejemplo, te puede contestar solamente la gente que sigues, la gente que mencionas, yo jamás utilizo esas herramientas porque creo que si estoy en ese lugar, en ese ring, tengo que ser capaz de abrirme a la exposición.

Entonces, si a mí alguien me dice que no le gustó mi trabajo porque cree que mi entrevista fue deficiente, eso para mí nunca va a ser funa, entiendo también que el escrutinio público es parte de esto; pero sí, obviamente, alguien que más de una vez escribe sobre mi familia... Es más, alguien puso una foto de donde yo vivía y esa dirección no está en el registro del Serval, que es donde sale el rutificador, porque yo hace mucho tiempo vivía en Santiago Centro, entonces era mi nueva dirección y sacaron una foto de mi departamento y me lo tuitearon como diciéndome «sabemos dónde vives». Entonces eso para mí es funa, cuando efectivamente hay algún tipo de amenaza a tu integridad o a tus datos personales, como decía ella. Porque claro, mi nombre aparece en mis redes sociales, yo firmo con mi nombre, pero no tendrían por qué mis papás verse afectados, la dirección de mis papás o incluso mi propia dirección personal, que no he entregado a esa otra gente.

Ahora, ¿qué herramientas tiene uno? A diferencia de las personas que por ejemplo han recorrido tribunales, el fiscal de Copesa solamente ha reaccionado cuando hay amenazas de muerte, porque nosotros no vamos a presentar recursos de protección en contra de lo que se denomina una funa, por esta situación también.

Hablaba Pablo y yo sentía que también a veces hago una funa con mi periodismo porque saco al descubierto, por ejemplo, la causa de una persona que no ha salido a la luz, y también revelo que esa persona, por ejemplo, está acusada de abuso sexual y, como decías tú, que lo hacía la víctima y que ese era un derecho de la víctima. Bueno, quizás también puede ser leída la revelación de una situación de ese tipo.

PABLO CONTRERAS

Disculpa que te interrumpa, pero ¿sabes por qué sería una funa en la jurisprudencia actual? Esto nunca lo aborda la jurisprudencia, pero el artículo 1 de la Ley 19.628 excluye del ámbito de aplicación de la ley los tratamientos de datos que se efectúen en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar. Entonces, cuando un periodista publica que un sujeto es un presunto agresor sexual, y ponen la foto y lo suben incluso por Twitter, en el marco de tus actividades periodísticas, eso no supone un tratamiento ilícito.

LESLIE AYALA

Es bueno saberlo. Solamente cuando vea mis fotos —ahora trato de sacarme las fotos con mucho filtro, para que cuando hagan mi funa al menos me vea bien—. Pero no, hasta el momento son solo esas las que llevo en mi ejercicio periodístico.

El primer comentario que me surge tiene que ver con el dinamismo de nuestra normatividad social y, por lo mismo, el dinamismo de los estándares que usamos para aceptar o no determinadas conductas. Tengo la impresión de que todo el trabajo jurisprudencial está alineado, o debe consistir en encontrar las reglas que permitan encarnar esa normatividad social, por lo tanto, la distinción de qué es lo que cuenta como funa y qué no. Yo preferiría usar esa nomenclatura a decir que hay funas que son antijurídicas y hay otras que no lo son. Mi impresión es que hay algunos ejercicios de la libertad de expresión que cuentan como funa y hay otros que no, y aquellos que cuentan como funa probablemente entran en una esfera más bien de afectación y hay que entenderlas como una agresión, eso significa que de alguna manera rigen todos los principios que se hacen cargo de esa obligación *neminem laedere*, que consiste en no dañar a otros.

Creo, por lo tanto, que los ejercicios de distinción aquí son muy relevantes y yo celebro que eso esté en el meollo del asunto, pues tengo la impresión de que esta normatividad responde a una situación en la que no habíamos estado nunca: en otros términos, nosotros crecimos bajo un paradigma en que las sociedades occidentales democráticas se constituyeron a partir del dogma de que la libertad de expresión era esencial para mantener las condiciones básicas de la convivencia democrática y que, por lo tanto, cualquier afectación a esa libertad ponía en entredicho esas condiciones esenciales. En la posición en la que no nos habíamos puesto nunca, porque no habíamos llegado a momentos evolutivos como en los que estamos hoy, es el caso en que la amenaza a la libertad de expresión fuera consecuencia de la propia libertad de expresión, que es lo que pasa con la cancelación, ese giro de la serpiente comiéndose la cola no lo habíamos imaginado. Porque para algunos clásicos liberales, esta es una de las preocupaciones fundamentales. En *On Liberty*, John Stuart Mill dice que le preocupa la intervención estatal y cómo eso afecta la libertad de los ciudadanos, y por supuesto para eso tiene el principio del daño y, por lo tanto, solo en la medida que usted dañe a otro vamos a limitar su libertad. Sin embargo, tiene una dimensión un poco olvidada, que es fantástica, que dice que le preocupa más la opinión pública, le preocupa la normatividad, y piénsese en las características de la época victoriana, en que la densidad de las convenciones sociales produjeron lo que hoy entendemos como cancelación. Y dice: uno de los principales obstáculos que tenemos para la libertad, más que el Estado, somos nosotros mismos, cuando criticamos al sujeto por la ropa que usa, por la forma en que habla o por las cosas que dice. Esto es fantástico porque, además de explicarla, es una defensa cerrada de la excentricidad inglesa. En *On Liberty* hay una especie de mandato a la gente de ser

un poco excéntrica y, por lo tanto, no entregarse a lo que opinan los demás, porque es una manera de coartar la libertad. Precisamente ese principio que hay detrás está en juego, y no nos habíamos puesto en esa posición.

A mí me tocó estar hace un tiempo en una conferencia de Lionel Shriver, la escritora norteamericana, en Oxford. Ella explicaba el impacto que estaban teniendo las funas y la cancelación en el mundo de la literatura, y básicamente el diagnóstico era muy parecido a lo que decías tú. Ella nos dice que el gran problema que tenemos hoy es que hay ciertos temas que no se pueden tocar, hay ciertos temas que no puedo tocar, pues no se me permite escribir una novela que verse sobre una minoría étnica de la que yo no formo parte. Este es el ejemplo que ponía ella, pues le había tocado conocer de cerca un personaje que era gordo, y los agentes y los editores decían que iba a tener problemas, que mejor reconfigurara algunos de esos personajes para ahorrarse el problema. De esta manera va reconfigurando y limitando incluso la expresión artística que ahora necesita adecuarse a estos cánones con una merma de la libertad absolutamente brutal. Entonces ella decía: ahora me toca presenciarlo cuando estoy vieja, ya tengo editores que confían en mí, ya he vendido lo que tengo que vender y, por lo tanto, nadie me estropea la vida con esto; pero lo que está pasando con los escritores nóveles en este momento es una castración.

Entonces, como digo, de alguna manera estamos en este punto porque no nos habíamos planteado la posibilidad de que fuera la propia libertad de expresión la que fuera atentatoria contra la libertad de expresión, y eso es un cambio cuántico, eso estremece este ambiente de tal manera que las limitaciones a la libertad de expresión empiezan a cobrar sentido, así como en algún minuto no lo tuvieron, después veremos qué cuenta como es proporcional o no, por así decirlo es un doble clic un poquito más sofisticado. Pero nos está poniendo en la posición de que hoy parece legítima la limitación a la libertad de expresión y hay que decirlo, tal como en otros formatos de *neminem laedere*, en otros formatos de no dañar a otro, no hemos tenido problemas históricos con limitar la libertad ambulatoria y otras libertades exactamente igual que fundamentales, porque además tenemos una garantía que antes no teníamos.

Estoy haciendo una evaluación histórica, estoy ofreciendo una tesis. Si creen que esto es al revés, péguenle fuerte si es necesario.

Otra de las características que teníamos era la entronización de la libertad de expresión como un derecho fundamental prácticamente «intangible» a todo evento. Desde ahí nos están forzando a salir en este momento. Eso tenía que ver con que era posible la cancelación de la libertad de expresión, es decir,

esto tenía mucho sentido cuando en el siglo XIX y hasta fines del siglo pasado te podían cerrar el diario y tú podías no tener acceso a que la gente te leyera, te podían censurar una determinada obra y eso impedía que hubiera acceso y, por lo tanto, de alguna manera, si esa era la contingencia, inmediatamente lo que se producía es que había que proteger a todo evento, porque la afectación real a la libertad de las ideas es contingente, es decir, puede tener lugar. Ese no es el mundo en el que vivimos hoy, lo que no circula impreso circula va a circular igual por redes y es absolutamente imparable; por lo tanto, en ese cambio de escenario, también parece cobrar sentido que cuando nosotros digamos «oiga, en este juego, en el que de verdad las contingencias de riesgo son absolutamente brutales, no tengo tanto inconveniente con que algo que era inaceptable antes hoy no me parezca inaceptable». Yo no tengo tanto problema conceptual con estas limitaciones. Y ojo, donde vamos a tener que ser sofisticados, y por eso discusión es tan valiosa, es en encontrar el sistema de reglas que nos va a permitir determinar cómo hacerlo, pero ya no tengo ese problema conceptual que probablemente habría tenido hace veinticinco años. Entonces, es muy interesante esa valoración social que de alguna manera tenemos que transformar, porque, como dices tú, aquí hay efectivamente unos riesgos políticos-institucionales feroces, que son verdad, entonces es bien curioso que vamos a tener que restringir la libertad para protegerla. En fin, reflexiones que me surgieron a propósito de esto.

JUAN IGNACIO PIÑA

Muy bien, estamos pasados en la hora, pero don Antonio, ha sido aludido un poquito, así que concentrémonos para dar clausura.

ANTONIO LEIVA

Lo primero es dar las gracias a todos por sus observaciones. Me faltó un agradecimiento, me acompaña hoy una profesional del periodismo, que es mi señora, tengo que decir esto o me van a funar, esa funa sí que no la quiero, en la otra sé quién me puede ayudar con esa experiencia.

Quiero desplegar me en las palabras del director, tengo una intuición de momento. Creo que es urgente que me dedique a hacer ese nuevo trabajo de investigación. Ya tengo un tema para mi próximo artículo, después de mi tesis doctoral. Estoy convencido —quizás no lo dije con perfecta claridad y a propósito de la tipicidad— de este dualismo entre la libertad de información y la libertad de opinión. Creo que no es lo mismo hoy, en 2024, respecto del entorno y los fundamentos de la libertad de información y opinión. Por eso hice la diferencia con este momento de finales del siglo XVIII o el siglo XIX. Las redes sociales nos empujaron a hacer esta distinción. Por supuesto yo respeto las

opiniones sobre si la cuestión de haber un interés privado o un interés público pueda ser significativa.

Lo segundo es que yo testimonio lo mismo que Pablo: la doctrina tradicional y predominante en Chile entiende que la prohibición de censura previa forma parte del contenido esencial de todo el derecho a la libertad de expresión. Yo no estoy de acuerdo con esta misma afirmación. La prohibición de censura previa es parte de contenido esencial de la libertad de prensa, pero no de la libertad de opinión.

Respecto de la libertad de prensa, ninguna duda. La prohibición de censura previa goza de perfecta salud en cuanto punto del ejercicio profesional de la prensa. Pero en esta materia muestra que desestabiliza el edificio propio de la libertad de expresión, y lo digo así en el texto, quizás con demasiada distancia. Dudo que hoy ese esquema tradicional de fundamentos nos sirva para proteger la propia libertad de expresión y los derechos que se vean afectados. La cuestión de las redes sociales ha sido probablemente uno de los acontecimientos, junto a la inteligencia artificial, más disruptivos para el mundo de los derechos fundamentales que he podido ver en los últimos quince o veinte años. La libertad de expresión, la protección de los datos personales, el derecho a la intimidad, el derecho a la honra, son los primeros que han sido afectados. Pero luego —esto es un hecho— podrían ponerse en peligro otros. Hay algunas cuestiones respecto de los datos de los casos judiciales que vamos a reservar para otra ocasión.

A propósito del caso que mencionaste recién: solo quiero destacar que la distancia que vemos con la paciencia que se debe tener con aquellas cuestiones que están pendientes de fallo expresa que tenemos una vinculación con nuestra institucionalidad estatal que se ha deteriorado. Las personas hoy no confían como antes en las instituciones, y eso queda de manifiesto cuando te metes en lo recóndito de estos expedientes y ves el contenido mismo de las expresiones. Los tribunales lo han sentenciado, no supe cómo resolver la traducción literal del término *desacato*. Este término tiene una aproximación totalmente distinta, pero este desprecio por la actividad judicial forma el núcleo esencial de la funa en estos mismos casos. Ese es un problema que tenemos que resolver, y ahí me parece que las partes tienen dos opciones: tolerar para esperar que espontáneamente se nivele la adhesión al ordenamiento y a las instituciones; o bien, directamente tomar el toro por las astas, tomando la decisión de que no las podemos permitir y que las debemos remodelar.

Quiero reiterar mis agradecimientos por la invitación y a todos ustedes por

la atención que le han prestado a este artículo. Pablo sabe no hay nada más elogioso que, cuando uno escribe algo, alguien lo lea, aunque estemos en desacuerdo.