

DOCTRINA

Punitivismo digital: La exposición peligrosa de datos personales como delito

Digital punitivism: Dangerous exposure of personal data as a crime

Alejandra Castillo Ara 

Universidad Diego Portales, Chile

RESUMEN Este artículo analiza *de lege lata* la subsunción de las hipótesis de exposición de datos personales en redes sociales (*funas* y *doxing*) y plantea la pregunta *de lege ferenda* sobre la tipificación de la exposición peligrosa de datos personales que pueda afectar la vida, la integridad física o la libertad sexual, entre otros bienes jurídicos. La ausencia de regulación adecuada de datos personales y nuevas tecnologías, así como la irrelevancia de la autodeterminación informativa como bien jurídico autónomo en materia penal, son aspectos también tematizados, de cara a determinar si la afectación de dicho bien jurídico y de otros conculcados, como el honor, deben reclamarse en sede penal o constitucional. Finalmente, se plantea una pregunta excursiva sobre el avergonzamiento digital como castigo estatal formal.

PALABRAS CLAVE *Funas*, *doxing*, autodeterminación informativa, datos personales, injurias y calumnias.

ABSTRACT This article analyzes *de lege lata* the subsumption of the hypotheses of exposure of personal data in social networks (*funas* and *doxing*) and raises the question *de lege ferenda* on the criminalization of the exposure of dangerous personal data that may affect life, physical integrity, or sexual freedom, among other legally protected interests. The absence of adequate regulation of personal data and new technologies, as well as the irrelevance of informational self-determination as an autonomous legal interest in criminal law, are also issues discussed in this paper, to determine whether the infringement of this legal interest and other violated legal interests, such as honor, should be claimed in criminal or constitutional courts. Finally, an excursive question is posed on digital shaming as a formal punishment from the State.

KEYWORDS *Funas*, *doxing*, informational self-determination, personal data, slander and libel.

Introducción

Las redes sociales fueron inicialmente percibidas como un avance positivo en la visibilización y la facilitación para la agrupación de personas con intereses y problemas afines, muchas veces con el elemento cohesionador de la injusticia social histórica. Con el tiempo, sin embargo, esto se ha traducido en la creación de pequeños foros romanos en los que, con un dedo para abajo o un dedo para arriba en los tan deseados y temidos *likes*, pueden destruir la reputación y la vida de una persona. Junto con ello, el uso de estas vías y métodos no se ha restringido a los grupos que buscan reivindicación histórica, sino que han sido utilizados por aquellos que, incluso con afiatado empoderamiento social, difunden el odio a través de bots, en contra de —precisamente— estos grupos discriminados.¹

Las redes sociales ayudaron, sin duda, a muchas mujeres a abrirse sobre experiencias traumáticas vividas en contextos laborales y en circunstancias de abuso de poder. Como afirma Hörnle (2019: 145), el movimiento *#Metoo* «levantó el velo» sobre un abuso de poder histórico que existía no solo en la industria del cine, sino todo tipo de interacción entre hombres y mujeres, ante el cual el sistema legal formal y la sociedad en su conjunto no lograron dar una respuesta adecuada. Asimismo, la rapidez e inmediatez en la difusión de la información nos han permitido como sociedad llegar de manera a veces más fidedigna a hechos que, de no existir las redes sociales, tal vez permanecerían en el desconocimiento público. Ejemplo palmario de esto es la muerte de una mujer iraní de 32 años, Mahsa Amini, quien en septiembre de 2022 fue detenida por la policía moral en Irán por no llevar correctamente el *hiyab* y falleció poco después por un supuesto infarto. Este suceso fue difundido casi en tiempo real a través de redes sociales. Las protestas de miles de mujeres y la denuncia social de las estrictas normas del Estado iraní que obligan a las mujeres a cubrirse fue algo que el mundo vivió y de lo que tomó conocimiento a través de las redes sociales.

El conocimiento del fenómeno, en este caso, no es la novedad; más bien, la novedad radica en que ahora disponemos de una fuente de información de acceso inmediato, a menudo sin el filtro de un periodista o un reportero, como en los medios tradicionales (televisión abierta, radio, etcétera). Sin embargo, la exactitud y la parcialidad son puntos de discusión relevantes para cualquier canal de comunicación; incluso en el ejemplo de Habermas (2002) sobre la interacción comunicativa en tiempo real entre *alter* y *ego*, de manera directa y de uno a uno, se pueden producir malentendidos

1. Cuestión que recientemente fue explicitada en el informe de las Naciones Unidas del 19 de marzo de 2021: «Recomendaciones formuladas por el Foro sobre Cuestiones de las Minorías en su 13.º período de sesiones en relación con el tema “Discurso de odio, medios sociales y minorías”», disponible en <https://tipg.link/NTIR>. De hecho, la interacción en los medios sociales ha sido reconocida como la herramienta utilizada para organizar movimientos sociopolíticos; pero, para bien y para mal, también el crimen organizado y atrocidades como el genocidio se hacen a través de los medios sociales (Skobel, 2021).

determinados por las perspectivas cognitivas y experienciales de los dos interlocutores. Estas dificultades se acrecientan si se trata de interlocutores indeterminados, masivos, cultural y cognitivamente dispares que existen en el mundo digital. Nadie controla quién accede o no a este mundo cibernético, volviéndolo especialmente democrático pero sesgado a la vez.

Facebook, Instagram, Tik Tok, Whatsapp, Telegram, etcétera, son mucho más que meros canales de comunicación entre familiares y amigos. A veces son bitácoras de la vida de las personas y, lamentablemente, también una fuente de descarga de denuncias y de creciente *vigilantismo*. Este término, tomado del inglés *vigilantism* (Galleguillos, 2021), es el nombre que recibe el fenómeno de vigilar al otro, como una suerte de policía de la moral cibernética, con una brújula —ciertamente autogestionada y autopercebida— clara e incuestionable sobre el bien y el mal; lo justo e injusto. El punto de partida de este artículo es que el ejercicio no regulado de actos punitivos cibernéticos no solo no hace justicia a las víctimas o a quienes dicen serlo, sino que es un fenómeno que puede incitar a actos aún más violentos que las denuncias, lo que pone en riesgo otros bienes jurídicos, como la vida, la integridad física o la libertad sexual, entre otros. Por lo demás, el hecho de no hacer frente a este tipo de acciones podría conducir a una erosión de la libertad y la seguridad de todos los ciudadanos del Estado de derecho, debido al debilitamiento del sistema de justicia formal (Ferrajoli, 2006).

Este trabajo intenta determinar si es que existe *de lege lata* una respuesta satisfactoria para los supuestos de punitivismo digital: *funa* y *doxing*, que se explicarán en el siguiente apartado; o bien, *de lege ferenda*, si es que este tipo de conductas revisten características particulares que hagan necesario presentar una regulación diferenciada, especialmente, cuando se trata de la exposición peligrosa de datos personales. Esto es, el llamado más o menos sutil a tomar represalias en contra de una determinada persona al exponer sus datos personales, entendiendo que estos son, como los define el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y la Ley 19.628, del 28 de agosto de 1999, en su artículo 2 f), aquellos «relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables». Es decir, datos personales serán, por ejemplo, nombre, dirección, foto, RUT, etcétera, de una persona natural.

Punitivismo digital: Concepto y formas

Las denominadas *funas*,² escraches, *doxing* (o *doxxing*) y *flagging*³ (Loveluck, 2020), enmarcadas en el concepto macro de «cultura de la cancelación» (Clark, 2020; Jancik, 2020)⁴ —entendida como el reproche a través de las redes sociales de un comportamiento socialmente incorrecto, pero no necesariamente contrario al derecho (Cabrera y Jiménez, 2020)—, son un fenómeno digital cada vez más habitual en Chile y la manifestación de este creciente vigilantismo (Galleguillos, 2021). Es lo que en este trabajo se llamará punitivismo digital o lo que Cigüela (2020: 26) denomina *soberanía punitiva*, que se traduce prácticamente en linchamientos de personas,⁵ como una suerte de sistema de justicia paralela que vive y se organiza de manera informal en redes sociales.

2. Aun cuando las *funas* han adoptado mayor relevancia luego de ser utilizadas por la vía digital, su génesis se remonta a las protestas fuera de las casas de genocidas en la época de la dictadura. Jancik (2020: 52) señala sobre esta práctica, que «está ligada al surgimiento de la agrupación HIJOS (Hijos/as por la Identidad y la Justicia, contra el Olvido y el Silencio) en los años noventa, en el marco de la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura [...] el *escrache* es para HIJOS un instrumento de visibilización en la escena pública de los responsables de la represión, especialmente de aquellos más *anónimos* que continuaban su vida con normalidad». Es decir, las *funas* o *escraches* se iniciaron como un reproche previo a lo digital, pero el impacto y la relevancia que hoy tienen viene dado, precisamente, por el uso de esta vía, sin perjuicio de que, como es lógico, pudieran seguir ocurriendo al margen de lo digital. Cabe también destacar que la palabra *funa* es esencialmente utilizada en Chile, mientras que en otros países el término más extendido es *escrache*. *Funa* es una palabra que vendría «del mapudungún y significa podrido», así al menos lo señala Ríos (2023: 273).

3. *Flagging* se refiere al llamado de atención general que se pretende denunciar, es «levantar las banderas» sobre una situación que parece injusta o molesta, pero no constituye una conducta en concreto como sí podría decirse de la *funa* o el *doxing*. Así también, entre *funa* y *doxing* existen ciertas diferencias y matices, aún no concluyentes, debido a lo reciente del fenómeno. Lo que se puede observar es que en el caso de la *funa* pareciera que se trata más bien de una denuncia que busca —con o sin base jurídica— dar cuenta de «un acto público de repudio» (Ríos, 2023: 273). Se busca afectar el honor de la persona *funada*. Mientras que en el *doxing*, si bien también se busca algún tipo de resultado en la exposición, debido a la explicitación de datos de la persona, este implicaría una invitación más concreta a la toma de represalias.

4. Si bien la denominada «cultura de la cancelación» es un fenómeno patente casi a nivel mundial y se trata de un concepto utilizado en la interacción social digital habitual, cuesta determinar si se está en condiciones de construir una dogmática asentada sobre este fenómeno digital. Una definición que puede resultar aún más clarificadora se encuentra en Martínez (2021: 2-3), quien señala: «La cultura de la cancelación es un término controvertido que tiene su origen principalmente en plataformas de medios sociales como X, Facebook y otros espacios en línea donde el único propósito es generar compromiso social. Este término ha venido a englobar las opiniones masivas de usuarios en línea que se unen para condenar comportamientos y acciones negativas. Un ejemplo notorio es el movimiento #MeToo, un *hashtag* de las redes sociales que se ha convertido en un lugar donde compartir sus historias personales. Este ejemplo en particular ha sido una sensación desde que el *hashtag* empezó a circular por las plataformas y luego por los medios de comunicación más tradicionales».

5. Algo que Cigüela (2020: 26), de la mano de la teoría de Girard, vincula con el denominado *populismo penal* y los pánicos morales como motores de estos grupos que buscan generar un colectivo que reacciona frente a crisis o supuestas crisis en esta especie de justicia paralela.

La modalidad más común consiste en el relato de una situación, considerada por la persona que expone como nefasta, inmoral o ilegal, que es la *funo o escrache*; o bien, la exposición de datos personales que debieran ser anónimos, con la finalidad más o menos sutil de invitar a los destinatarios de ese mensaje a tomar represalias en contra de esa persona, denominado *doxing*,⁶ también definido como la «publicación maliciosa de la información de alguien» (Mac Allister, 2017: 2.451) y considerado «una forma de acoso cibernético» (Mac Allister, 2017; Anderson y Wood, 2020: 205).⁷ Ambas formas de manifestación comparten como característica que se trata de formas reactivas a alguna conducta ya sea indeseada o directamente delictiva que es, para quien expone —y, lógicamente, desde su cosmovisión—, a lo menos, moralmente reprochable (Clark, 2020). La jurisprudencia chilena ya ha sindicado a esta forma de denostación pública como una forma revisitada de autotutela,⁸ la autotutela digital o el control social informal (Hörnle, 2019), en que se busca el castigo mediante la mera exposición con el fin de que esta persona pierda su reputación (Cabrera y Jiménez, 2020); o bien, provocando de manera tácita o explícita al castigo físico por parte de un grupo indeterminado de personas. Ejemplo de esto es el caso del semanario *Charlie Hebdo* en París, donde doce personas murieron producto de un ataque terrorista luego de publicar caricaturas de Mahoma en sus tiras cómicas. Esto provocó la ira de ciertos sectores del mundo musulmán, quienes a través de Facebook y otras redes hicieron continuos llamados a tomar represalias contra el diario y el caricaturista en particular, lo que generó uno de los ataques terroristas más emblemáticos del último tiempo en Europa (Contreras y Lovera, 2021).

6. La definición de *doxing* en la literatura abarca un espectro bastante amplio y va desde la de una exposición con una exigencia de finalidad intensificada: humillar, amedrentar, etcétera; hasta la concepción más básica recogida por el *Oxford Dictionary* sobre revelar información con cierto carácter de anonimidad sobre una persona con alguna intencionalidad maliciosa. Como sea, parece que la revelación de información que debería permanecer anónima es lo característico del *doxing*. Con todo, la definición que se utiliza en este trabajo va más allá y puede incluso implicar una invitación al daño a la persona sobre la que se revela la información. Para más definiciones sobre *doxing*, véase, Douglas (2016).

7. Bajo la legislación chilena, ninguna de las formas de punitivismo digital queda cubierta por las hipótesis de delitos cibernéticos conforme a los delitos introducidos por la Ley 21.459 del 20 de junio de 2022. Ni la exposición de datos de un tercero, ni la denostación pública pueden subsumirse dentro de las hipótesis de los delitos cibernéticos que reconoce nuestro legislador, pues no se trata de un ataque a la integridad de un sistema informático (artículo 1), ni de un acceso o interceptación ilícita (artículos 2 y 3, respectivamente), entre otros. Por supuesto que la situación variaría si es que en un caso concreto la exposición de datos se realizara a raíz de un delito cibernético, pero no es la problemática tratada en estas líneas.

8. En este sentido, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 3.492-2021, 1 de febrero de 2021; Corte Suprema, rol 2.682-2019; Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, rol O-4.729-2020; y sentencia de la Corte Suprema, rol 58.531-2020, 7 de agosto de 2020. Comentado también por Henríquez y Rojas (2020).

En Chile, los afectados por esta autotutela digital pueden y suelen recurrir a herramientas constitucionales como el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República, en tanto recurso inmediato de tutela de los derechos fundamentales para el resguardo de sus derechos (Aldunate, 2008). No obstante, la vía penal también ha sido un recurso utilizado por quienes se han visto afectados por este tipo de conductas, lo que da cuenta de la falta de claridad sobre la vía adecuada para su resolución, así como si todas las hipótesis de este nuevo abanico conductual quedan cubiertas por la normativa vigente en sede constitucional o penal, si existe una necesidad de regulación especial en ese ámbito.

Denostar, exponer, ridiculizar o señalar a una persona como delincuente en las redes sociales es una conducta cuya respuesta, cuando se ha optado por la vía penal, tampoco es clara. Si se tratara del ejercicio de la libertad de expresión del artículo 19 número 12 de la Constitución (Herrera, 2016), lo difícil sería delimitar entre ejercicio legítimo (cubierto eventualmente por el artículo 10 número 10 del Código Penal) e ilegítimo de ese derecho con consecuencias penales en sus modalidades de injurias (artículo 416 del Código Penal) o calumnias (artículo 412 del Código Penal). Sin embargo, aun cuando se conciban los casos de autotutela digital como cubiertos por estos tipos, algunos supuestos de la exposición de datos personales, como el ejemplo de *Charlie Hebdo*, podrían considerarse como casos más cercanos a la instigación o la proposición que a la injuria.⁹ La autotutela digital, entendida como un llamado a tomar represalias en contra de una determinada persona, que sería impune toda vez que la instigación no es punible de manera autónoma en la legislación chilena (salvo casos aislados como el artículo 6 letra c) de la Ley 12.927 o el artículo 393 ter del Código Penal) ni tampoco bajo el concepto de *proposición*, toda vez que —aunque escasamente tratada— tampoco cumpliría con el requisito de especificidad de esta figura ni con la exigencia del doble dolo (Polittoff, Matus y Ramírez, 2004a).

Los problemas evidentes del sistema de justicia informal

El denominado «sistema informal de justicia» en el plano digital plantea varios problemas, unos más evidentes que otros. En primer lugar, se trata de una plataforma de comuni-

9. Incluso se ha llegado a negar la opción de subsumir los casos de *funa* en la normativa sobre injurias y calumnias, por considerar que las redes sociales no son mecanismos idóneos de difusión, bajo el entendido de que las injurias proferidas a través de páginas personales de redes sociales, como Facebook, serían proferidas en «espacios privados». Así al menos lo señaló la sentencia del Juzgado de Garantía de Rengo, rol 2.512-2021, 28 de diciembre de 2021. Es por esta razón que el Boletín 5.040-07, del 6 de junio de 2022, incorpora al artículo 418 inciso final la siguiente frase: «Se aplicará la pena establecida en el inciso primero de este artículo al que difunda por redes sociales cualquier acto o expresión contra el honor de otra persona», para prevenir cualquier objeción sobre el carácter de medio idóneo para la comisión de los delitos contra la honra.

cación que no controla en absoluto la veracidad del relato de la víctima o de quien se considera como tal (Skobel, 2021). Se lee lo que la persona que expone quiere que se lea.

En segundo lugar, no es una narración objetiva, porque la persona señalada como autora de una acción inmoral o ilegal no tiene oportunidad de defenderse (Hörnle, 2019). No hay, en principio, un contrapunto sobre el relato ni tampoco un derecho a réplica necesariamente. La persona puede, por ejemplo, comentar una publicación o hacer la suya propia de descargo, pero posiblemente no tenga el mismo alcance que tuvo la publicación formulada por la persona que inició la exposición. En un proceso penal formal, la posibilidad de que la otra persona ejerza su derecho a defenderse se enmarca en la igualdad de armas en el proceso, que se manifiesta como aspecto central del derecho fundamental a un juicio justo, y la máxima *audi alteram partem* (escucha a la otra parte), que sirve de fundamento para encontrar la verdad procesal (Ruggeri, 2017). ¿Puede ser fiable una narración unilateral? Una persona razonable diría que no, y una afirmación contraria sería inquisición pura.

En tercer lugar, hay pocas posibilidades de revertir el daño causado a la reputación de alguien cuando la reputación de esta persona ha sido destruida pública y masivamente, una consecuencia común del llamado «lado oscuro de las redes sociales» (Baccarella y otros, 2018: 432 y ss.). Mucho peor es el caso en que la exposición de alguien no termina con el relato de una historia, la *funa*, sino que se complementa con el *doxing*, en que ya no se trata solo de un daño reputacional, sino que directamente de una amenaza más o menos sutil a la integridad física de la persona, de un ataque a su intimidad o, en el peor de los casos, de poner en peligro su vida. No hay otra forma de leer el sentido y alcance de esa exposición de datos.

En cuarto lugar, como ya se ha mencionado, este sistema informal de justicia carece de garantías jurídicas para la persona acusada y funciona más como una inquisición que como un juicio. Podría decirse que en este contexto, más que «inocente hasta que se demuestre lo contrario», el principio que rige el *vigilantismo* es «culpable y en realidad no importa lo que luego se demuestre o no» (Hörnle, 2019), ya que revertir el daño de marcar o *doxear* a alguien no es una obligación legal ni una tarea fácil. Por último, cabe destacar que la interacción en redes sociales es esencialmente subjetiva, ya que no existen normas ni códigos de conducta vinculantes.¹⁰ Además, al funcionar como un sistema informal de justicia, no hay absolutamente ningún control sobre lo que se está

10. Excepcional es el caso de Alemania, que cuenta con una ley para mejorar el cumplimiento de la normativa (Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken [NetzDG, 2017]), destinada a combatir los discursos de odio, las noticias falsas (*fake news*) y otras materias asociadas a la nueva realidad de las comunicaciones, a través del mundo cibernético en las redes sociales. Esta ley obliga, entre otras cosas, a que las plataformas de medios sociales con más de dos millones de usuarios deban establecer un procedimiento transparente para moderar contenidos ilegales (incluye la incitación al odio); eliminar los contenidos que hayan sido identificados como ilegales en un plazo de 24 horas; e informar periódicamente las medidas adoptadas.

juzgando, lo que se ve agravado por una característica esencial del mundo digital que es la rapidez de las comunicaciones —que lleva un *doxing* o *funa* en segundos a niveles globales— y por el anonimato que rige en este mundo (Glenny, 2012; Castillo, 2017). Por lo tanto, existe un mayor riesgo de demonizar o criminalizar conductas que no son ilegales o incluso reprochables, salvo para un pequeño grupo de personas, lo que también podría convertirse en actitudes digitales discriminatorias o de linchamiento popular avalados por el mero fin de esparramamiento de quienes lo realizan (Galleguillos, 2021).

Los derechos involucrados y la vía adecuada de tutela: ¿Problema penal o constitucional?

Tanto la hipótesis de *funa* como la de *doxing* pueden y han tenido, en Chile, una respuesta penal y constitucional sin establecer un criterio claro sobre cuándo procede una y cuándo la otra.¹¹ Salvo casos aislados en que la Corte Suprema (rol 63.010-2020) ha señalado de manera expresa que debe conocer el asunto la justicia ordinaria por importar «elementos propios de la responsabilidad civil o penal» (Contreras y Lovera, 2021), son numerosos los recursos de protección que se han resuelto en la materia, aun cuando no se pueda establecer un criterio cuantitativo claro.¹² No es tampoco pretensión de este trabajo entregar una respuesta concluyente sobre la cuestión, sino dar cuenta de un fenómeno que ocurre y entregar nociones indiciarias sobre las eventuales implicancias de adoptar una u otra vía.

Cuando se han impugnado a nivel constitucional tanto las *funas* como el *doxing*, a través del recurso de protección del artículo 20 de la Constitución, los derechos que suelen alegarse como vulnerados en esta sede son el derecho a la integridad síquica (artículo 19, número 1 de la Constitución); el respeto y protección de la vida privada y honra de la persona y su familia; la protección de datos personales (artículo 19 número 4 de la Constitución) y, por último, el derecho a la propiedad, específicamente el derecho a la propiedad sobre la propia imagen (artículo 19 número 24 de la Constitución). La *funa* sería una situación abusiva de la libertad de expresión de las personas y la afectación del honor o la intimidad de las personas su límite (Contreras y Lovera, 2021).

Pero el honor es el derecho que mayor relevancia parece tener y es ese mismo derecho el que se ha estimado como afectado en sede penal, impugnando la *funa* o *doxing* a través de las figuras correspondientes a dicho bien jurídico. El honor será entendido

11. Navarro (2002), por ejemplo, sostiene que, en el caso de la protección del honor, la protección penal y constitucional son idénticas, no habiendo una distinción ni respecto del contenido del honor ni de la gravedad de su afectación.

12. Así, por ejemplo, véase la sentencia de la Corte Suprema, rol 38.424-2021, 17 de junio de 2021; sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 3.492-2021, 1 de febrero de 2021; sentencia de la Corte Suprema, rol 1.256-2020, 6 de mayo de 2020; sentencia de la Corte Suprema, rol 90.737-2020, 11 de diciembre de 2020.

en estas líneas como concepto objetivo, relativo a su aspecto social, en tanto «fama, crédito o buen nombre» (Matus y Ramírez, 2021: 380; Etcheberry, 1997: 152; Henríquez y Rojas, 2020); es decir, «la apreciación o estimación que los demás tienen acerca de las cualidades personales de sus semejantes» (Vera, 2022: 550). Sin perjuicio de que existe también una concepción del mismo en su dimensión subjetiva, vinculada a una percepción interna de la persona humana,¹³ y teniendo en cuenta que para efectos de la afectación producida en esta cultura de la cancelación es central el aspecto objetivo como el consecuente «trato social». Es decir, el honor está indisolublemente relacionado con la percepción social que tienen terceros de una persona.¹⁴ Por lo mismo, es que el trato que se da a las personas no debe permitir «el insulto gratuito ni las descalificaciones personales innecesarias hechas solo con el propósito de ofender» (Matus y Ramírez, 2021: 380).¹⁵ Ese sería, por consiguiente, el límite al ejercicio de la libertad de expresión y, por tanto, a la pertinencia del artículo 10 número 10 del Código Penal, el ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación, en este caso el derecho a expresarse libremente.

La extralimitación de este ejercicio de libertad de expresión puede, *prima facie*, encontrar dos respuestas: o se trata de la afectación de un derecho fundamental de un tercero, en este caso la privacidad y la honra, y es la Corte de Apelaciones competente la llamada a conocer del asunto y la acción pertinente es el recurso de protección (artículo 20 de la Constitución); o se trata de una injuria (artículo 416 y ss. del Código Penal) o calumnia (artículo 412 y ss. del Código Penal) como figuras que protegen esencialmente el honor, donde es la justicia ordinaria la que debe resolver el problema.

Si se trata de un llamado explícito a tomar represalias de un mal que constituya delito, podría configurar el delito de amenazas (artículo 296 del Código Penal); o bien podría tratarse de un mal que no constituya delito, pero que solo sería punible en caso de ser condicional (artículo 297 del Código Penal). La hipótesis más factible en los supuestos aquí revisados es la de amenazas no condicionales propias del artículo 296 número 3 del Código Penal. Es decir, en que la exposición de datos se hace con la finalidad de propinarle un mal a la persona, pero sin imponer una condición para evitarlo. Luego, para el supuesto de la amenaza condicional, parece que la hipótesis de la amenaza no

13. Vera (2022: 550) distingue tres dimensiones de la acepción subjetiva del honor, a saber: «a) lo que la persona en realidad vale; b) lo que la persona cree que vale; y c) la voluntad de afirmar el propio valor o mérito frente a los demás».

14. Aun usados indistintamente los términos honor y honra, se ha entendido a la honra como el señalado aspecto subjetivo; mientras que al honor, en tanto aspecto objetivo. Sin embargo, estos términos se suelen utilizar de manera intercambiable (Charney, 2016).

15. Matus y Ramírez (2021) consideran también la sanción penal a las expresiones que afectan el honor de un grupo de personas indeterminadas en tanto incitación al odio del artículo 29 inciso tercero y 31 de la Ley 19.733, que escapan al estudio de este trabajo, pues se trata de supuestos más cercano a los supuestos de crímenes de odio o incitación al odio que el supuesto del punitivismo digital.

condicional del artículo 297 del Código Penal sería la más razonable, en que la amenaza podría formularse en los términos siguientes: «Max Munster, profesor de Derecho de la Universidad X, domiciliado en Y, no paga la pensión alimenticia. Si no la paga de aquí a tres días, voy a ir a denunciarlo ante las autoridades». Esta formulación no suele ser la habitual en las *funas* o el *doxing*, sino más bien una mera exposición del tipo: «Max Munster, profesor de Derecho de la Universidad X, domiciliado en Y, no paga la pensión alimenticia». En este caso no se podría subsumir en el citado artículo 296 del Código Penal; pero tampoco sería susceptible de subsumirse en el artículo 297 del Código Penal, pues no hay formulación de mal, sino simplemente exposición de datos.

De igual modo, si se formulara un mal, sea constitutivo de delito (supuesto que se trataría del número 3 del artículo 296) o no (correspondiente al artículo 207 del Código Penal), la amenaza formulada de manera genérica sigue siendo difícil de subsumir en las hipótesis que contempla la regulación chilena. Primero, porque el acaecimiento del mal «debe ser o parecer [...] *dependiente de la voluntad* de quien hace el anuncio [...] de modo que no hay amenaza en anunciar males provenientes de la naturaleza [...] o de terceros cuya conducta no sea ni aparezca como imputable a la voluntad de quien hace el anuncio» (Hernández, 2019: 358). Exigencia que difícilmente se puede cumplir en la exposición de datos personales con invitación concreta a realizar un mal, pues ese mal no dependerá efectivamente de la voluntad de quien formula la exposición, sino del que acoja esa propuesta como propia y propicie el mal, cuya motivación puede ser incluso diversa a la que originó esa exposición. Así, en el ejemplo anterior, puede ser que quien va y golpea a Max Munster, a raíz de la exposición que formula la persona sobre el no pago de pensiones, lo haga motivado por el color de piel de Max Munster y no por su comportamiento indecente respecto de sus dependientes. En ese caso, la persona que expone no tiene el control eficaz sobre el mal, de hecho, ni siquiera exigía una golpiza, sino que simplemente estaba dando cuenta de una situación de incumplimiento de obligaciones. Segundo, la amenaza para que sea típica debe cumplir con el requerimiento de la seriedad. Cuestión que, si bien se ha discutido sobre si se debe tratar de un mal que se pueda irrogar realmente (Garrido, 2010) o uno que no necesariamente se pueda o quiera irrogar (Matus y Ramírez, 2021), lo relevante sería que para el destinatario se trate de un anuncio que «permita tomarlo en serio» (Hernández, 2019: 359).

Más allá de la discusión sobre la seriedad en los casos que aquí se analizan de *funa* y *doxing*, la interpretación sobre la seriedad, especialmente en el caso del número 3 del artículo 296, debiera leerse bajo la concepción de las amenazas como delitos que atentan contra la seguridad personal de la persona amenazada, por lo que algún sustrato de factibilidad en el acaecimiento del mal debiera existir con —en palabras de Hernández (2019: 359)— «notas de realidad». Una hipótesis que Hernández rechaza es que la exposición de datos personales o el relato, en tanto *funa* o *doxing*, se trate de una afectación más que un efecto síquico. Por lo mismo es que si bien existe cierta vinculación con

amenazas, lo cierto es que se trata de conductas de eventual relevancia típica distintas. Por lo demás, la amenaza no va dirigida a terceros, sino que a la persona a la que se quiere intimidar o imponer exigencias dependiendo del caso. Entonces, la figura de la exposición peligrosa de datos parece ser una hipótesis de inducción genérica.

Sin criterios decisivos sobre cuándo es correcta la vía constitucional y cuándo la vía penal, la incertidumbre sobre quién debe conocer de la extralimitación de ese límite de la libertad de expresión sigue pendiente, y es algo para lo que se pretende dar directrices en este trabajo; no obstante, las vicisitudes prácticas del uso de acción de protección no son objeto principal de desarrollo ni se pueden abordar en profundidad en estas líneas.

Un buen ejemplo de esta falta de claridad es una sentencia de 2021 de la Corte de Apelaciones de Rancagua en la que se puso de relieve que la exposición de los datos personales de un individuo equivale a un «acto de autotutela», por lo que ordenó a la recurrida eliminar, en el plazo de tres días, todo contenido escrito o fotográfico publicado para deshonar o desprestigiar al recurrente y abstenerse de realizar en el futuro nuevas publicaciones de este tipo.¹⁶ Pero aun cuando lo considera una situación de autotutela, entendida como la solución del conflicto de manera directa sin intervención estatal aunque, aparentemente, acompañada de un componente violento (Delgado, Palomo y Delgado, 2017) —que en materia penal se entendería como agresión—, constató la vía constitucional como la solución correcta. Sin perjuicio de que, si se tratara de una autotutela no cibernética, existiendo una agresión física, probablemente lo habría remitido a la justicia ordinaria.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en la causa rol 373-2023, del 20 de junio de 2023, también acogió un recurso de protección que tenía más ribetes de delito de injurias, calumnias o amenazas que de ataque al honor recurrible por la vía de la acción de protección. Se trata de un caso en que la expareja de la recurrente expuso sus datos personales, junto con su fotografía, en Instagram y Facebook, donde escribió palabras que la denostaban públicamente, lo que incluso motivó su despido

16. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 3.492-2021, 1 de febrero de 2021, considerando cuarto: «Que, atendido que la finalidad de esta acción no es determinar la existencia de los hechos que se imputan a las recurridas, sino adoptar los resguardos necesarios para hacer cesar los efectos de un acto que puede ser arbitrario o ilegal que afecte sus derechos, es pertinente tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico no se admite la autotutela, por lo que, en definitiva, resulta ilegal que las recurridas adviertan por medio de una red social a terceros ajenos el actuar supuestamente ilegal de la recurrente, porque con ello ha visto afectada su honra y su integridad síquica, al publicarse sus datos personales e incluso exhibiendo su fotografía, atendido el alcance que poseen las redes sociales en la actualidad». En este mismo sentido, véase la sentencia de la Corte Suprema, rol 2.682-2019, al señalar que publicar los datos personales de alguien implica un «acto de autotutela que contraría el ordenamiento jurídico»; Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, causa rol O-4.729-2020; sentencia de la Corte Suprema, rol 58.531-2020, 7 de agosto de 2020.

por parte de su entonces empleador, por tratarse de una foto donde aparecía con su uniforme de trabajo. La publicación contenía, además de los datos personales de la recurrente, un mensaje que señalaba: «Vayan a darle *nanai* a la princesa para que aprenda ¿Quién se suma? [sic] ¡Nos sumamos varios!», lo que motivó una serie de amenazas hacia su persona y hacia su hija de once años. Este caso pareciera, *prima facie*, estar más cercano a la instigación que al mero descrédito de una persona. Esta publicación tiene por finalidad «encender la mecha del delito» (Roxin, 1997) en otra persona e invita a tomar represalias, con pretensiones que exceden la mera afectación de la honra. Este caso resulta incluso más evidente que el anterior en términos de tratarse de un caso penal y no constitucional, a pesar de que fue resuelto en esa sede.

Si uno entiende a la acción de protección como una acción destinada a tutelar los derechos fundamentales de las personas en casos de su afectación por parte del aparato estatal, principalmente, pareciera ser que la vía más idónea —aunque no perfecta— para este tipo de casos fuera la vía penal, que es la herramienta que entrega nuestro ordenamiento jurídico como el medio idóneo para resolver conflictos entre particulares cuando exista afectación de un bien jurídico protegido por esa vía. Si se entiende que lo que se está afectando son bienes jurídicos entre personas naturales en su rol civil, y no por parte del Estado hacia particulares (Aldunate, 2008), se debería resolver en la justicia ordinaria. La subsunción natural en materia penal de este tipo de conductas sería en injurias (artículo 416 y ss. del Código Penal) o calumnias (artículo 412 y ss. del Código Penal), dejando a las amenazas fuera —en la generalidad de los casos—, pues ahí tendría que haber una interpelación directa a la persona y no un llamado a terceros. Sin embargo, la jurisprudencia chilena ha sido inconsistente en considerar a las *funas* como una actividad que *de lege lata* pudiera ser perseguida en virtud estos tipos penales y se ha entregado a la sede constitucional como el camino apto para la solución de este tipo de conflictos.¹⁷

Un punto a favor del uso de la acción de protección —además, por supuesto, de la rapidez y falta de formalidad aparejada al recurso— es que el derecho a la intimidad (artículo 19 número 4 de la Constitución) y el derecho al honor se reconocen como una limitación a la libertad de expresión en sede constitucional, lo que vincula también a la protección de datos personales como objeto de protección (Contreras y Lovera, 2021). Sin embargo, a nivel penal estos tribunales no reconocen el derecho a la protección

17. Véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 243-2021, 16 de agosto de 2021, considerando decimocuarto; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.307-2018, 14 de mayo de 2018; y sentencia del Juzgado de Garantía de Rengo, rol 2.512-2021, 28 de diciembre de 2021. Incluso se ha llegado a afirmar en tribunales que si se da publicidad a un proceso pendiente a través de alguna red social no puede haber injuria, porque ello supondría prejuzgar el resultado del juicio al que se alude. Una lógica totalmente contraria al principio procesal en el ordenamiento jurídico chileno de que la inocencia se presume mientras no se demuestre lo contrario (sentencia del Juzgado de Garantía de Valparaíso, rol 14.398-2019, 29 de enero de 2020).

de datos personales como tutelado penalmente, sino un genérico daño a la intimidad (Contreras y Lovera, 2021) de manera bastante vaga. Y, tal como ya se señaló en estas líneas, algunas de las hipótesis de *funa* o *doxing* se tratan efectivamente de un problema de datos y del derecho a la autodeterminación informativa que, en el área penal, al menos en Chile, es un bien jurídico inexplorado.

Así también, resulta favorable para la elección de la vía constitucional el hecho de que las injurias y calumnias sean delitos de acción penal privada, lo que lo vuelve, en definitiva, un delito propio de personas que pueden acceder a cubrir los costos de la representación privada. Cuestión que debería cambiar, en caso de tipificarse de manera autónoma la exposición peligrosa de datos personales, de modo de hacer la opción penal una alternativa democrática de reclamo.

La vía penal: Cuándo sí, cuándo no y en qué términos

Si bien *de lege lata* no existe claridad sobre la sede en la que se debe interponer la acción para los casos de *funa* o *doxing*, en este trabajo se defiende la idea de que el elemento definitorio de competencia lo debería entregar el elemento personal de la conducta. Es decir, entre quiénes se produce el conflicto. Se reivindica así la interpretación tradicional de la acción de protección como herramienta para proteger a los individuos de la vulneración de sus derechos fundamentales por parte del aparato estatal. Esta interpretación permitiría también combatir de manera mediata la creciente inflación de este recurso como sustituto de la justicia ordinaria (Nogueira, 2010) si se trata del Estado, pues es la acción de protección la vía adecuada. Pero, si se trata de un particular contra un particular, deberá ser la justicia ordinaria penal la que conozca del caso. Se reservaría, eso sí, la eventual procedencia de la acción de protección también para supuestos en que se produzca un conflicto entre particulares, pero cuya conducta no esté cubierta por los tipos penales existentes de injuria, calumnia o la casi impropio amenaza, como sería el caso de la exposición de datos personales peligrosa en tanto instigación genérica.

Y es que dentro del fenómeno *punitivismo digital*, si bien las conductas comparten elementos basales, como la falta de confianza en el sistema punitivo formal; la necesidad de inmediatez en la visibilización —dudosamente en la solución del aparente conflicto—; y el uso de la publicidad para esta especie de linchamiento social, entre otras características, existe un abanico de conductas diversas dentro del mismo fenómeno y no todas quedan cubiertas por la normativa penal vigente. En otras palabras, entre *funa* y *doxing* puede haber desde conductas penalmente irrelevantes hasta homicidios calificados si se usa, por ejemplo, una red social para coordinar la muerte de alguien.

Grosso modo, se pueden identificar las hipótesis que a continuación se señalan:

- Una primera conducta, que denominaré *funa* simple, consiste en la exposición del nombre y datos de una persona, señalando que alguien ha realizado algo malo,

molesto o incluso inmoral, pero que no se trata de una conducta constitutiva de delito. Ejemplo de esto puede ser el llamado *manspreading*¹⁸ en el metro que, aunque molesto, no es un hecho delictivo; o el caso de la persona que fruto de su prepotencia se salta la fila del supermercado; las personas que en una falta de civilidad abrumante escuchan música con parlantes en vez de audífonos en el transporte público; personas que no ceden el asiento al más necesitado, etcétera.

- La segunda conducta, que denominaré *funa* delictiva no judicializada, se trata del supuesto en que la persona ha cometido —presuntamente— un hecho delictivo, como un robo, un hurto, un acto de exhibicionismo, abusos por sorpresa, violación, etcétera. Ejemplo de esto es el caso de quien ve a alguien que, asume, está robando billeteras en el metro, lo filma y lo sube a redes sociales a modo de advertencia y, claro, reproche. La persona que expone no ha judicializado ni va a judicializar el hecho, pues ni siquiera ha sido víctima, y si lo fuera tampoco lo ha hecho ni va a hacer.
- La tercera hipótesis, que llamaré *funa* delictiva judicializada, se trata de alguien que supuestamente cometió un hecho delictivo, pero que ya está judicializado; no obstante, no satisface las expectativas (de celeridad, dureza del castigo, etcétera) de la persona que expone a través de redes sociales al supuesto agresor o agresora, pudiendo o no ser la víctima quien expone.
- Por último, el *doxing*: cualquiera de los casos aquí planteados varía y muta si sobrepasa el mero relato de hechos, que suele ir asociado a algún tipo de exposición de datos personales y que debería poder subsumirse en las ya mencionadas hipótesis de injuria o calumnia, si lo que existe excede de un mero relato sobre la irritación (en el supuesto 1) o bien de un hecho delictivo (2 y 3) experimentado por la persona que expone o terceros vinculados con ella, y se realiza un llamado, más o menos sutil, a tomar represalias en contra de esta persona. Si este mensaje fuera formulado de manera directa, verosímil y de manera tal que no se pueda colegir que sea producto de la mera exaltación podría configurar el delito de amenazas de los artículos 296 y ss. del Código Penal (Politoff, Matus y Ramírez, 2004b: 196), pero que no suelen ser los casos que aparecen en la jurisprudencia nacional. Esto sugiere que se trata de una hipótesis delictiva en la que las figuras de *funa* o *doxing* parecen difíciles de subsumir, pues ese mensaje directo falta, especialmente, porque el mal suele no estar especificado. Este es el caso del citado fallo señalado de la Corte de Apelaciones de Concepción, donde la persona que expone invita a quienes leen a «darle un *nanai*» a la persona expuesta. Esta es,

18. *Manspreading* es el término que se usa para señalar a los hombres que se sientan con las piernas excesivamente abiertas, en general, en espacios o transporte públicos, obstruyendo la posibilidad de que otras personas accedan a dicho asiento (Galleguillos, 2021).

claramente, una forma irónica de invitar a agredir a esta persona, pero en que no aparece amenaza concreta de mal.

El primer supuesto, en el que no se comete ilícito alguno, sino que simplemente se ejerce una conducta molesta, en principio, solo se dejaría subsumir en la hipótesis de las injurias del artículo 416 del Código Penal, entendida como expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, en este caso, por realizar a su vez una acción u omisión que a la persona que expone le resulta deleznable. Para Matus y Ramírez (2021: 381), «todo trato social que importe la desconsideración del otro como un igual en la vida social, su descalificación como persona habilitada para la participación en la vida social, igual en dignidad y derechos», pudiendo incluso subsumirse en alguna de las hipótesis de las injurias graves del artículo 417 del Código Penal, especialmente la del numeral 3, por tratarse de «un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado» —esto es lo que Etcheberry (1997: 173) denomina «injuria difamatoria»— o bien el numeral 4: «[las] que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueran tenidas en el concepto público por afrentosas». El mecanismo para la ejecución de la injuria es abierto, por lo que el tipo se puede satisfacer con dibujos, fotografías, mensajes, etcétera, siempre que exista cierta especificidad sobre la atribución de un hecho en concreto que se considere delictivo. Aunque siempre quede abierta la posibilidad de las denominadas injurias leves del artículo 419 del Código Penal en tanto tipo residual de las injurias.

El segundo supuesto es un caso que pareciera corresponderse con la hipótesis de calumnias del artículo 413 del Código Penal, es decir, la imputación de un delito determinado pero falso que pueda perseguirse de oficio, siempre que se trate de un delito de aquellos que se persiguen de oficio, claro. De no ser ese tipo de delito, es decir, aquellos que sean de acción privada o previa instancia particular, o que se encuentren prescritos, se podría igualmente subsumir en el tipo de injurias, especialmente el señalado número 2 del artículo 417 del Código Penal. Lo particular de las calumnias es que, a diferencia de las injurias, se considera que, además de una afectación del honor, se podría producir una afectación a la administración de justicia, en tanto bien jurídico protegido, tal como lo haría el falso testimonio, pero solo en el caso de que se tratara de una denuncia o querrela calumniosa, pues de trataría de un abuso del sistema de justicia (Matus y Ramírez, 2021). Con todo, a diferencia de la injuria, para imputar la calumnia y satisfacer el tipo penal se exige un grado de especificidad superior. Es decir, no bastaría con, por ejemplo, señalar a un hombre como *violador*, sino que habría que establecer con mayor detalle la ejecución del delito, es decir, a quién y cuándo violó. Si se comete una imputación genérica, se estaría ante un supuesto de injuria, no de calumnia (Etcheberry, 1997; Matus y Ramírez, 2021).

El tercer supuesto da cuenta también de la comisión de un hecho delictivo, con la diferencia de que ese hecho ya se encuentra judicializado. En este caso, los tribunales

han resuelto de manera dispar. Ejemplar al respecto es una sentencia de 2020 del Juzgado de Garantía de Valparaíso,¹⁹ en que se sobreseyó definitivamente a la imputada por el delito de injurias, por considerarse que la publicación en redes sociales sobre la violencia sexual de la que fue víctima no constituye delito al no afectar la honra de la persona expuesta, basados en la existencia de un proceso pendiente y fundamentado en un —muy discutible— enfoque de género que legitimaba dicha conducta.²⁰ En igual sentido resolvió el Juzgado de Garantía de Rengo, que absolvió al imputado del delito de injurias por considerar que la comunicación a través del sitio web Facebook de la agresión sexual de la que había sido víctima y la violencia de género ejercida por el querellante en contra de su madre no fue realizada con *animus injuriandi*, entendido como el «dolo propio de la injuria» (Etcheberry, 1997: 168), sino que con una finalidad de descargo emocional.²¹ Cuestión digna de revisión *de lege ferenda*, toda vez que, aun cuando no se quiera afectar la honra de manera directa y el fin de la persona sea, por ejemplo, ganar mayor atención propia o bien el mero placer de divertirse a costa de la denostación ajena, siguen siendo motivos de denostación, lo que ocurre es que el fin primario es la diversión a través de la denostación, pero no debiera por ese motivo de suyo excluirse el *animus injuriandi* (Viollier y Salinas, 2019).²² Especialmente, considerando que la valoración de ese elemento subjetivo adicional es, por cierto, subjetivo y contextual (Vera, 2022), ya que la afectación al honor va a depender de la apreciación que tenga la persona ofendida de ese descrédito o humillación (Matus y Ramírez, 2021). Vera (2022), de hecho, ilustra esto con el acto injurioso que constituye una ofensa en el país del autor que profiere la injuria, pero no en el de la persona injuriada, caso en el cual no existiría el acto injurioso. Esto es relevante, pues, finalmente, lo que pareciera definitorio en la injuria no es el *animus injuriandi* de quien la ejecuta, sino la percepción *injuriatus* de quien la recibe. Con todo, tratándose del delito de calumnias, este requisito no estaría presente.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso²³ acogió un recurso de protección en contra de una persona que sindicaba a un hombre que había sido su profesor de patinaje en la infancia como violador y abusador sexual, hechos por los cuales había sido imputado y sobreseyó. La Corte consideró que la *funa* era una manifestación de

19. Sentencia del Juzgado de Garantía de Valparaíso, rol 14.398-2019, 29 de enero de 2020.

20. La Corte Suprema ha señalado que si se trata de casos en que se han producido actos de violencia sexual y los datos personales del acusado se comparten en internet, el señalamiento público de una persona como violador o abusador afecta a su honra, aun cuando haya un juicio pendiente. Véase Corte Suprema, rol 1.256-2020, 6 de mayo de 2020; así también, sentencia de la Corte Suprema, rol 90.737-2020, 11 de diciembre de 2020.

21. Sentencia del Juzgado de Garantía de Rengo, rol 2.512-2021, 28 de diciembre de 2021.

22. En el mismo sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 243-2021, 16 de agosto de 2021; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.307-2018, 14 de mayo de 2018.

23. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 13.0178-2022, 18 de diciembre de 2022.

autotutela y señaló que la afectación a la honra de la persona se ve agravada precisamente debido a la publicidad y rápida difusión aparejada a las redes sociales. Señala la Corte:

No cabe otorgar a nadie el derecho de juzgar y condenar por sí, mediante una imputación imposible de refutar, y además de amplia difusión, hechos reprochados y reprochables a nivel social, porque eso implica no solo un acto de autotutela, sino que además impide una defensa, difundiéndose de manera eficiente una vulneración del derecho constitucional antes referido que resulta ilegal, porque la ejerce quien no utiliza mecanismos legales para ello y sin un previo proceso regularmente tramitado.²⁴

La pregunta es si, habiendo un proceso pendiente, ya terminado o bien no aún iniciado, varía en algo que se trate de un caso de autotutela. La respuesta parece evidente: que exista un proceso pendiente, acciones penales disponibles no utilizadas o un proceso ya terminado no altera la calidad de injuriosas de las declaraciones. Pues, si existiere un proceso o bien hubiera acciones no iniciadas, igualmente se debe considerar la presunción de inocencia, consagrada a nivel constitucional en nuestro ordenamiento, y, de tratarse de un caso ya resuelto, pues hay cosa juzgada. La única incidencia que podría tener la litispendencia o las acciones no iniciadas es que la persona querellada por calumnias podría hacer valer la *exemptio veritatis* del artículo 415 del Código Penal, esto es, la exención de pena si prueba la veracidad de los hechos considerados calumniosos. Excepción que solo podría hacerse valer en la hipótesis de las calumnias, mas no de las injurias y siempre que el proceso esté aún en curso (Matus y Ramírez, 2021).²⁵

Por último, el cuarto supuesto (la realización de un llamado a tomar represalias o bien con información suficiente que dé cuenta de dónde encontrar a la persona con la finalidad de *manifestarle el descontento*, a través de una invitación a amenazar o a adoptar medidas físicas) podría subsumirse en una hipótesis de instigación, como ya lo ha destacado alguna literatura (Skobel, 2021). Sin perjuicio de que, bajo la legislación chilena, la incitación como conducta autónoma sin un delito determinado asociado (Bustos y Hormazábal, 2004) no constituye un hecho punible. El castigo de la inducción como delito autónomo existe en casos especialmente aislados y los más emblemáticos son la instigación del artículo 6 letra c) de la Ley 12.297, considerado un delito contra el orden público; y la inducción al suicidio recientemente incorporado en el artículo 393 ter del Código Penal, modificación introducida por la Ley 21.523 del 31 de diciembre de 2022.

Dado que *de lege lata* se trata de un supuesto de inducción genérica impune, de acaecer un delito consecutivo, el castigo plausible del inductor debe analizarse bajo las

24. En este sentido también véase la sentencia de la Corte Suprema, rol 112.349-2020, 15 de marzo de 2021.

25. Opinión contraria sostiene Charney (2016), quien es de la idea de que la *exceptio veritatis* también operaría en el supuesto de las injurias, lo que poco sentido tiene si se piensa que las injurias son hechos valorativos subjetivos y no fácticos, como sí sería el supuesto de las calumnias.

reglas generales de la inducción. Por cuanto el llamado genérico a cometer un ilícito no está tipificado como delito en la legislación chilena, su punibilidad dependerá de si se verifica o no el delito inducido y, en ese caso, deberán constatarse los requisitos generales de la inducción, entendida como determinar dolosamente a otro a ejecutar un hecho doloso (Bustos y Hormazábal, 2004).

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que para que se configure la instigación (o inducción), esta debe cumplir ciertos requisitos, a saber:

- Debe recaer sobre una persona libre. Es decir, la persona destinataria del mensaje debe ser capaz de culpabilidad, de lo contrario se trataría de una autoría mediata, donde habría un instrumento, no alguien que goce de libertad de la voluntad.
- Debe tratarse de una instigación directa y determinada respecto de quien será autor ejecutor de la acción que se instiga y directa, pues se proscribía la inducción de la inducción (Matus y Ramírez, 2021). La instigación debe ser específica respecto al hecho delictivo que se instiga, por lo que, si no existe un llamado claro a golpear, amenazar, matar, etcétera, no cumpliría con este requisito. Así también, la doctrina ha señalado que la instigación requiere del llamado.
- Doble dolo, referido a la conducta de determinar a otro a delinquir (causar en otro una resolución delictiva), por una parte, y a la realización y consumación de un determinado delito cometido por una persona determinada, por otra (Murmán, 2021). De hacerse efectivo el ataque concreto (lesión física, muerte, amenaza o cualquier otra hipótesis delictiva), claramente la vía adecuada de solución del conflicto sería la vía penal y no constitucional y habría que determinar luego si la persona que hizo el llamado a las represalias puede o no ser considerada instigadora conforme a las reglas generales del artículo 15 número 2 del Código Penal.

Discutible *de lege ferenda* es el caso en que se detalle el delito que se pretende sea ejecutado por terceros, sin que medie la determinación de la persona, pero concurriendo todos los demás requisitos. Cuestión que sería la hipótesis más frecuente de *doxing*, una instigación indeterminada impune en la ley chilena. Es decir, la exposición de datos personales de manera genérica. Este supuesto sí que podría conocerse en sede constitucional debido a la ausencia de respuesta en sede penal, no obstante que considerar su tipificación en tanto delito autónomo es necesaria, cuestión que se revisará en el siguiente apartado.

Una afectación a los datos personales desmarcada de los delitos de odio

Junto con la normativa ya analizada, coexiste el artículo 31 de la Ley 19.733, del 4 de junio de 2001, que castiga una especie de delito de odio o incitación al odio, que es la conducta de publicar o difundir publicaciones o transmisiones por cualquier medio

de comunicación social con la intención de promover el odio o la hostilidad hacia personas o grupos por razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad. Conducta que si bien es similar a la aquí analizada *funa* no lo es tanto al *doxing*, pues no se trata de una presentación de datos de la persona en cuestión, sino que es una conducta no equiparable a la exposición de los datos de una persona con ánimo de denostarla y al impacto reputacional que esto tenga, ya que la motivación parece crear una diferencia en la conducta. El citado artículo 31 exige una intención criminal especial basada en la raza, el sexo, la religión o la nacionalidad. Se trata de un reproche a la esencia de la persona, no a su conducta, que es el caso de una *funa* o *doxing*. El odio como motivo en relación con la animadversión a un colectivo (Salinero, 2013) falta en el supuesto de la *funa* o *doxing*, que está pensado como represalia individual motivada por una situación particular. Si se tratara de un supuesto de incitación al odio contra un colectivo, sí que se subsumiría en el artículo 31 de la citada ley, pero no ya de una *funa* o *doxing* como se entienden en estas líneas.

Por otra parte, sí pareciera ser que tanto la *funa* como el *doxing* son conductas que en su esencia se relacionan con la protección de datos personales. Chile cuenta con la Ley 19.628, del 28 de agosto de 1999, que regula la protección de datos de carácter personal, entendidos de acuerdo con el artículo 2 letra f) de dicha regulación como «los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables». Esta normativa no solo es insuficiente por estar desactualizada en comparación con su equivalente europeo y con los avances tecnológicos, sino también ineficaz por la falta de mecanismos de control preventivo y represivo a nivel administrativo. El actual proyecto de ley de protección de datos (junto con los Boletines 11.092-07 y 11.144-07) no parece ser prioridad parlamentaria y, aun cuando se apruebe, presenta ya considerables deficiencias, especialmente desde el punto de vista de los requisitos de autorregulación y de supervisión y control de la autorregulación, así como debido a la ausencia de normativa pertinente para las hipótesis relativas a la protección de datos entre particulares.

Según el artículo 4.1 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (2018), que inspira el actual proyecto de ley chileno asilado en el Congreso, se entiende por *datos personales*:

Toda información sobre una persona física identificada o identificable (*el interesado*); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, síquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Si bien es cierto que esta normativa tiene por finalidad regular el tratamiento (uso, almacenamiento, transferencia, etcétera) de datos personales correspondientes a

personas naturales por parte de personas jurídicas, empresas públicas o privadas con o sin fines de lucro (artículos 1, 2 y 3 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea), fue creada a modo de presupuesto mínimo de regulación como punto de referencia para la normativa interna de los países de la Unión Europea. Por lo mismo, aun cuando existiera en Chile una regulación de datos personales razonable, igualmente el supuesto de la *funa* o *doxing* no estaría cubierto, salvo que se trate del caso en que una persona jurídica sea la que ejecuta el ilícito, cuestión que tendría —si se sigue la analogía europea preponderante en la regulación— solo consecuencias administrativas, mas no penales.

De hecho, los derechos afectados también varían, pues aunque la *funa* o *doxing* pudieran implicar un riesgo para la vida o la integridad física, si mutan en su versión instigadora revisada con anterioridad, vulneran basalmente la honra; mientras que en el supuesto de los datos personales, si bien se dice que de forma basal se protege la vida privada y la dignidad de la persona, como aspectos de lo que los alemanes denominan el libre desarrollo de la personalidad (Valls Prieto, 2016), lo que en realidad se protege es la autodeterminación informativa, hasta el minuto irrelevante penalmente en Chile.

A nivel comparado, sus contornos tampoco son del todo pacíficos ni desarrollados, pues si bien el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge el derecho a la autodeterminación informativa, no presenta mayor desarrollo jurisprudencial.²⁶ Si bien es cierto que, en un principio, la autodeterminación informativa era parte integrante de la privacidad y del libre desarrollo de la personalidad, con los avances tecnológicos y la nueva regulación, se trata de un derecho que ha ido generando contornos propios y es considerado un derecho autónomo: la libertad conferida a los individuos de decidir o controlar (Escobar, 2023; Corte Suprema, rol 58.531-2020) qué hacer o no con sus datos personales (Franzius, 2015; Contreras, 2020).²⁷

Fue el Tribunal Constitucional alemán el primero que entregó una definición sobre el contenido de la autodeterminación informativa, afirmando que consiste en «la protección del individuo contra la recopilación, almacenamiento, uso y divulgación ilimitada de sus datos personales».²⁸ Si bien la regulación de protección de datos a nivel europeo sentó las bases de los requerimientos mínimos a nivel supranacional, dado que la cláusula reguladora del artículo 84 Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea era una cláusula abierta de penas mínimas y deberes

26. Hasta el bullado caso *Schrems II*, sobre la eventual imposibilidad de Facebook de seguir operando en la Unión Europea por transferir datos a Estados Unidos, país que no contaba con los resguardos necesarios para proteger los datos personales de los habitantes del viejo continente, el desarrollo de la autodeterminación informativa había sido más bien escueto. Véase la sentencia del caso *Maximilian Schrems con Facebook Ireland Limited*, Tribunal Superior Regional de Viena (*Oberlandesgericht*), 11 R2153/20f, 154/20b, 28 de diciembre de 2020.

27. También en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 103, 21 [33].

28. Sentencia BVerfGE, 65, 1, 15 de diciembre de 1983 (traducción propia).

de tipo administrativo, los países de la Unión Europea luego incorporaron a nivel nacional esta regulación con algunas variantes. Alemania es el exponente principal del lado más severo de ese estándar mínimo regulatorio, pues es el único país que contempla sanciones penales para la infracción del reglamento: primero, con el parágrafo 42 *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG), que incorporó en su regulación original el 2018; y el 2021 con un nuevo parágrafo en el Código Penal alemán, el parágrafo 126a StGB. El parágrafo 42 BDSG regula la transmisión o el facilitar el acceso a terceros no autorizados de manera dolosa, a datos personales que no son generalmente accesibles a un gran número de personas con una finalidad comercial; o bien a quien trate datos personales que no sean accesibles de manera general sin estar autorizado para ello, obtenga datos mediante engaño y a cambio de pago o con la intención de enriquecerse a sí mismo o a otro, o bien dañar a un tercero.

La jurisprudencia no es numerosa y la provincia de Bayern es la de aplicación más estricta. Una reciente resolución judicial del Tribunal de Distrito de Aschaffenburg (*Amtsgericht*) condenó a un funcionario del Registro Civil alemán en virtud del parágrafo 42 BDSG, por haber filtrado información sobre dos interesados a un amigo suyo, quien, producto de un altercado previo, requería ubicarlos para tomar venganza. Fue condenado a una sanción punitiva de 50 euros al día durante 90 días, lo que supone una multa de aproximadamente 4.000 euros (AG Aschaffenburg, Urteil v. 26 de julio de 2021-303 Cs 112 Js 14.331/20).²⁹

Por su parte, el ya mencionado parágrafo 126a StGB se aleja de la regulación estándar de los datos personales y escapa de la constelación tradicional de protección de particulares frente al abuso por parte de personas jurídicas, sancionando la «difusión peligrosa de datos personales» entre personas naturales (*Gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten*). En alemán, se conoce comúnmente como la norma de la «lista de enemigos» (*Feindeliste*) (Schneider, 2021). Este apartado sanciona a quien públicamente, en una reunión o mediante la difusión de contenidos, como pueden ser las redes sociales, difunda los datos personales de un tercero. Esta difusión de datos debe realizarse de forma inadecuada y, según las circunstancias, con la intención de exponer a esta persona o a una persona cercana a ella a un delito dirigido en su contra u otro acto ilícito que afecte la autodeterminación sexual, la integridad corporal o la libertad personal del individuo. También podría tratarse de un delito que afecte a un objeto de valor significativo. Todas estas conductas serán castigadas con penas de prisión de hasta dos años o multa.

Esta norma no es simplemente una regulación de protección de datos personales que protege la mera autodeterminación informativa, sino que se fundamenta en una protección de la paz pública (*öffentlicher Frieden*), ya que el origen y la razón de regular

29. Sentencia del Tribunal de primera instancia de Aschaffenburg, 26 de julio de 2021, 303 Cs 112 Js 14.331/20.

esta exposición de datos personales fue la puesta en peligro de políticos por parte de extremistas radicales (Schneider, 2021).³⁰ Esta regulación se anticipa a la conducta punible de la instigación porque aún no se ha producido el delito contra la persona cuyos datos se exponen. La conducta consiste en exponer los datos personales de un tercero, generando un peligro para esa persona o sus cercanos. Se trata, por tanto, de un delito de peligro abstracto, en tanto se crea una situación de amenaza a un bien jurídico que se considera como suficientemente grave, por lo que no requiere un daño real o lesividad del interés jurídicamente protegido (Maldonado, 2006), sino que un adelantamiento de la punibilidad por entender que existe un riesgo razonable de su futura afectación. En este caso, el riesgo de que esta persona o sus cercanos sean víctimas de algún delito cometido en su contra o cualquier acto ilícito dirigido contra su autodeterminación sexual, integridad física, libertad personal o contra algún objeto de valor significativo de su pertenencia.

Precisamente, la hipótesis aquí planteada sobre *doxing* —exposición de datos personales con un llamado a través de redes sociales de manera más o menos sutil a tomar represalias en contra de una persona— es un adelantamiento de la sanción penal, pues no se ha producido aún el delito con que se amenaza, pero existe, ciertamente, un peligro para algún bien jurídico de protección intensificada. Se podría decir que es un estadio de acto preparatorio o bien de instigación genérica, obviando la hipótesis de proposición por faltar los requisitos de concreción del comportamiento delictivo, del elemento subjetivo en cuanto al dolo y por considerársele un tipo de uso aún más aislado que la instigación (Politoff, Matus y Ramírez, 2004a). Se trata de un estadio relevante de peligro, donde se admite la punibilidad de acuerdo con la progresión en tanto incremento del injusto (Mañalich, 2021: 83). Algo similar ocurre con la conducción bajo los efectos del alcohol, donde todavía no se ha producido —en sentido estricto— un daño, pero existe un alto riesgo de que se produzca. La diferencia es que la exposición de datos es un acto intencionado, en el que el dolo está definitivamente presente; mientras que en la conducción bajo los efectos del alcohol u otros delitos graves de peligro, la conducta es sobre todo imprudente.

El parágrafo 126a StGB se desmarca también de la mera protección de acceso a datos personales y se centra en su difusión y publicidad, aspecto que fue explícito en la discusión del proyecto de ley (Deutscher Bundestag, 23/21, 8 de noviembre de 2021). En realidad, si bien el fundamento de la regulación era la paz pública en términos de terminar con las *listas negras* hacia políticos como enemigos, con tonos más o menos

30. El asesinato del político Walter Lübcke en 2019 en la puerta de su casa por un extremista de ultra-derecha, así como los hallazgos de listas de enemigos a manos de los denominados *Reichsbürger*, que se definen como grupos de personas que no reconocen al Estado alemán como legítimo y que suelen identificarse con la extrema derecha, se reconocen como los motivadores de esta regulación. Su traducción literal sería «ciudadanos del Reich/emperador» (Deutscher Bundestag, 23/21, 8 de noviembre de 2021).

sutiles de instigación, también se puede decir que esta norma protege, tal vez de manera más intensa, aunque menos intencionada que la paz pública, la autodeterminación informativa de las personas.

La propuesta

Hasta acá se ha discutido y ponderado el eventual alcance y pertinencia de las vías que hoy existen para sancionar los casos de *funas* o *doxing*, y hasta el momento las respuestas han sido insatisfactorias. Entre otras razones, porque no hay claridad sobre cuándo debiera tener lugar la sede constitucional mediante acción de protección y cuándo la sede penal en la hipótesis de injurias, calumnias u otra, dependiendo de si se concretó un delito en particular subsecuente, que incluso podrían ser amenazas o muerte. Sin embargo, parece ser que el criterio sobre el retorno más bien reservado del recurso de protección de la mano de una concepción —si bien hoy casi superada— sobre la función de los derechos fundamentales, en tanto herramientas que protegen a los particulares de la afectación estatal, debiera ser el criterio basal para entender que sí se trata de una afectación que proviene por parte de un particular, pues es la justicia ordinaria de orden penal la llamada a dirimir el conflicto de manera primaria. Por ello, la acción de protección quedaría reducida solo a la eventual afectación estatal y al supuesto de ausencia de regulación penal; sin perjuicio de que se podría considerar también una vía plausible el caso en que, debido a la necesidad imperativa de una medida por parte de la justicia de cara a evitar un mal mayor, por ejemplo, ante una amenaza inminente de bomba, se acuda a esta vía por su efecto expedito indiscutible, pero esos serán, ciertamente, casos aislados.

Cuáles son esos casos y el detalle constitucional excede las pretensiones de este trabajo, que tiene una perspectiva más bien penal sobre la exposición de datos personales de manera peligrosa. No obstante, asentar a la acción constitucional de protección como la regla general produce la superposición de competencias con la justicia ordinaria o, peor aún, permite «rehuir de la justicia ordinaria» (Lovera, 2017: 179), desencadenando así también una saturación del sistema de administración de justicia y de esa vía como idónea para subsanar casos que debieran ser de competencia de los tribunales ordinarios.³¹

31. Esta aplicación directa de la Constitución aparece muy bien explicada por Lovera en su capítulo «Destinatarios de los derechos fundamentales», donde defiende la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, no obstante, su necesaria aplicación o integración en el sistema de derechos, pero de forma limitada y no como forma de huida de la justicia ordinaria. Esto lo ilustra muy bien con referencia a la eficacia procesal directa que se produce a través del recurso de nulidad en materia de proceso penal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, que permite solicitar la nulidad del proceso, la sentencia o ambos si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Esta sería una instancia en que los derechos

Resuelto lo anterior, si se trata de una hipótesis de injurias o de calumnias va a depender del contenido del mensaje. Si se imputa un delito que se pueda perseguir de oficio, será una calumnia; de lo contrario, será una injuria. Pero esta respuesta de manera más bien simple no cubre, sin embargo, el ya tematizado *doxing* (la exposición de datos de un tercero), donde no existe la imputación de un hecho injurioso o calumnioso, pero que sí permite dejar a esa persona a disposición de quien lee una invitación más o menos sutil a tomar represalias en su contra o cualquier acción que implique un riesgo para su vida, integridad física o sexual. Algo análogo al mencionado parágrafo 126a StGB, las listas de personas consideradas no gratas. Este sería también el caso de la exposición de datos personales con finalidades, por ejemplo, ridiculizadoras o humillantes, supuestos que también deberían quedar cubiertos por una eventual regulación análoga al parágrafo alemán (Puluhulawa y Husain, 2021).

Estos casos no son en Chile *de lege lata* punibles y la propuesta *de lege ferenda* de este trabajo es que deberían serlo, pero no como formulación genérica en tanto reconstrucción de la instigación o de la proposición, sino que como supuesto de regulación especial, análoga a los ya mencionados casos excepcionales de regulación de la punibilidad de la inducción autónoma. En términos sistemáticos, debiera tratarse de una regulación de la parte especial del Código Penal, con lógica sistemática en el Libro Octavo, «Crímenes y simples delitos contra las personas». Junto con, por cierto, una exigencia de apego a los requisitos genéricos propios de la inducción, con cierta flexibilidad dependiendo del efecto concreto que tenga la formulación peligrosa, pero cuidando la utilización política de la figura como «ley mordaza» (Serrano, 2021), similar a lo que ocurre hoy con el uso y abuso del artículo 6 letra c) de la Ley 12.927, del 6 de agosto de 1958 (Villegas, 2023). Es decir, la regulación debe operar solo de manera tal que se trate de una real afectación de la autonomía informativa de una persona natural, con consecuencias plausibles reales para su vida, integridad física o autonomía sexual. No debieran comprenderse los discursos sociales, que sí se debieran enmarcar dentro de la libertad de expresión.³²

Una regulación ideal supondría que existiera una normativa adecuada de datos personales análoga al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea,

fundamentales se extienden al proceso penal, pero donde estos son vulnerados por el Estado, no un particular. Señala Lovera (2018: 181): «Los derechos fundamentales se hacen valer contra la persecución criminal del Estado y no en contra de otros particulares (no obstante, en última instancia, otro particular resulte de alguna forma imperado por la decisión que se adopte al respecto)».

32. Salvo la eventual negación de violaciones a los derechos humanos en épocas de dictaduras o en el contexto de crímenes de lesa humanidad u otros delitos internacionales propios de la Corte Penal Internacional, cuestión que dudosamente se comprendería dentro de la libertad de expresión y podría, en algunos casos, enmarcarse en el negacionismo o en crímenes de odio si se tratara de un apuntamiento a un grupo particular por, por ejemplo, su raza, nacionalidad, orientación sexual, etcétera. Discusión que, lamentablemente, excede los límites de este trabajo.

similar al proyecto que hoy descansa en el Congreso, pero con ajustes administrativos que el proyecto chileno no contempla, con fuerte énfasis en la autorregulación, pero también en la supervigilancia administrativa efectiva. Es decir, con una entidad de supervigilancia regional que se encargue realmente de la prevención, corrección y sanción de las infracciones en esta área. Eso, sin embargo, dista tal vez de la capacidad administrativa real chilena. Pero, a su vez, medidas preventivas sí se pueden adoptar de la mano de los servidores y plataformas, a modo de bloqueo de información cuando se trate de exponer datos personales y sobre todo datos sensibles de terceros.³³

El pretexto de la volatilidad o la naturaleza intangible de la vida en línea no debiera ser excusa para una omisión de regulación porque las consecuencias en la vida fuera de línea son manifiestas (Mac Allister, 2017). Así también, hay que tener en consideración que aun cuando no se concrete ningún delito en particular, en tanto lesión de acuerdo con su concepción tradicional, la denostación pública puede traer consecuencias importantes para la salud mental de las personas, cuestión que también debiera considerarse en una eventual tipificación (Mac Allister, 2017).³⁴ Una reciente resolución de la Corte Suprema sobre *ciberbullying* a través de una *funa* en una universidad confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre un recurso interpuesto por un estudiante en contra del establecimiento universitario, debido a un incumplimiento del reglamento interno al no tomar las medidas adecuadas para prevenir y erradicar el *bullying* en el establecimiento. La Corte sostuvo que, al no intervenir, la universidad permitió actos contra los estudiantes que constituían violencia psicológica, intimidación o acoso. La resolución señala que es deber del establecimiento proteger el derecho al honor, la igualdad ante la ley y a la educación del estudiante recurrente.³⁵

33. Entendidos conforme al artículo 2 letra g) de la Ley 19.628 como «aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o síquicos y la vida sexual».

34. Conocido es el caso del programador Alec Holowka, quien luego de ser expuesto en redes sociales como un abusador sexual y agresor por su pareja de ese entonces, Zoë Quinn, se quitó la vida (Cabrera y Jiménez, 2020). La misma causa habría tenido el suicidio del coreógrafo inglés, Liam Scarlett, de 35 años, quien había sido informado por la Royal Opera House de que había motivos para iniciar un proceso disciplinario por supuestos abusos y fue cancelado en redes sociales. Mención aparte merecen personajes públicos que han sido cancelados y cuya carrera ha sido amenazada o directamente destruida, como es el caso del actor Kevin Spacey, denunciado por abusos sexuales, quien en juicio posterior fuera declarado inocente; o, a nivel nacional, el caso del actor y director de teatro conocido como Willy Semler, quien fuera acusado por una expareja de violencia física, sexual y psicológica en su contra, denuncia que fue desestimada en el sistema formal de justicia, según informó la prensa nacional (Ignacio Hermosilla, «Fiscalía habría desestimado denuncia en contra de Willy Semler por supuestos actos de violencia sexual», *Biobío Chile*, 19 de agosto de 2023, disponible en <https://tipg.link/Mq8E>).

35. Corte Suprema, rol 57.392-2022, 1 de diciembre de 2022, considerando octavo.

Excurso: El avergonzamiento como castigo formal

Más allá de los problemas de subsunción penal que corresponda en caso de *fun* o *doxing*, en términos prácticos, la mera exposición de alguien en las redes sociales acusada de un comportamiento ilícito es —en este sistema informal de justicia— acusación y castigo (Hörnle, 2018). Es decir, aun cuando no se genere esa invitación o no se pretenda encender la mecha delictiva de un hecho típico subsiguiente, la exposición de los datos personales es en sí denigrante y vergonzosa y, en algún punto, sancionadora. Por lo mismo, parece lógico preguntarse por su eventual instauración legítima bajo las teorías tradicionales de la pena (Maurach y Zipf, 1994; Roxin, 1997; Kindhäuser, 2011; Hörnle, 2017; Gropp, 2015; Wessels, Beulke y Satzger, 2021; Murmann, 2021); es decir, examinar seriamente la posibilidad sobre la eventual instauración formal del avergonzamiento público digital (lo que los norteamericanos denominan *public shaming*) y su eventual legitimación a la luz de los fines de la pena (ya sea de manera individual o conjunta de aspectos preventivos generales o especiales y retributivos), equiparable a una pena privativa de libertad o multa. Alguna doctrina ha afirmado el especial efecto disuasorio del avergonzamiento público, efecto que podría ser útil para reducir los delitos a nivel social o particular, pero también en el área de la reinserción y, evidentemente, del control social (Goldman, 2015; Muir, Roberts y Sheridan, 2021).

En principio, no hay fundamento para considerar que la vergüenza pública afecte en mayor medida los derechos fundamentales de la persona que otras sanciones legales, como el encarcelamiento. La vergüenza pública podría ser un castigo legal apropiado si se regula. Especialmente, de cara a la resocialización de la persona en términos de garantizar el derecho al olvido digital. Las redes sociales, o el castigo legal a través de las redes sociales, funcionarían ya no como un sistema informal de castigo, sino como uno formal. Si se considera que una de las funciones expresivas del castigo es avergonzar o deshonorar,³⁶ y siempre que el Estado no actúe con crueldad con el delincuente ni vulnere sus derechos de forma desproporcionada, se podría defender esta nueva herramienta penal en la imposición de penas o, a lo menos, explorar su eventual utilidad, que parece acercarse mucho más a un concepto de justicia restaurativa como respuesta al delito, fuera de la dimensión de condena, sino que de acuerdo entre autor y víctima como castigo reparador. Si bien no en la línea del avergonzamiento, en la doctrina chilena, Carnevali (2022) ha planteado de manera reiterada la insuficiencia e ineficacia de la pena concebida como puro retribucionismo y la necesidad imperativa de buscar nuevos caminos para el castigo, debido —entre otras cosas— a su carácter estigmatizador para el autor y nulo o poco restaurador para la víctima.

El 2014, el Noveno Circuito de Estados Unidos validó los castigos de vergüenza

36. Cuidando, desde luego, que no se cumpla el miedo de Beccaria (2015: 47) sobre el castigo, de manera que este pierda el carácter de tal y se transforme en espectáculo.

pública en la decisión *Estados Unidos con Gementera*, donde el tribunal confirmó la libertad condicional del tribunal de distrito, que exigía a un convicto de 24 años pararse fuera de una oficina de correos durante ocho horas y llevar un cartel que decía: «He robado correo. Este es mi castigo». Aunque humillante, el Noveno Circuito consideró que la condena penal estándar es intrínsecamente humillante y el tribunal de apelaciones concluyó que el juez del tribunal de distrito impuso la sanción con fines legítimos de rehabilitación, disuasión y protección del público, y que la sanción estaba razonablemente orientada con el objetivo principal de rehabilitación del condenado (Goldman, 2015). Sin embargo, el condenado reincidió en el mismo delito un mes después. Las preguntas en este caso son dos: ¿cambiaría la conducta si se tratara de un avergonzamiento público más extensivo a través de redes sociales debido al impacto y permanencia que tienen? ¿Habría variado su actitud reincidente si se hubiera sancionado el hecho con pena de cárcel o con multa? La respuesta, desgraciadamente, excede las posibilidades que otorgan estas líneas, pero valga decir que las reincidencias tras las condenas privativas de libertad, al menos en Chile, son considerables.³⁷

Los detractores del avergonzamiento público como sanción se aferran a su ineficacia como forma de castigo, por su incapacidad comunicativa. Se cree que no estaría acorde con el punto sensible motivacional de los destinatarios de las normas, pero también por su carácter inhumano y degradante (Goldman, 2015). Ambas cuestiones, si bien atendibles, también son extrapolables a los castigos ya legitimados existentes. No hay respuesta estatal más dura, degradante y autoritaria que la privación de libertad de una persona, que irradia a otros aspectos de la mera privación de libertad ambulatoria: mermas en la salud, libertad sexual, desarrollo de la vida familiar, etcétera (Ressler, 2017). Desde ese punto de vista, la vergüenza pública no parece ser más inhumana ni dura, pero aun así sigue pareciendo contraintuitivo que el aparato estatal revindique a la humillación o vergüenza como efecto inmediato de la pena y no como ocurre con las penas privativas de libertad donde el avergonzamiento es consecuencia asociada indisoluble, pero no la pena inmediata deseada.

Conclusión

El fenómeno del punitivismo digital es una realidad que parece no decaer a nivel nacional, con más dudas que certezas sobre las respuestas y medidas adecuadas para responder a quienes ven afectada su reputación, su salud mental, su libertad, etcétera, por la exposición en medios digitales. La intensificación y expansión de este fenómeno, además de dañar a los particulares, representa una merma en la credibilidad y solidez

37. Según un informe de reincidencia, en 2007, el 50,5 % de las personas egresadas del sistema cerrado volvió a ingresar en calidad de condenado dentro de los siguientes 36 meses posteriores al egreso (Morales y otros, 2012: 32).

del sistema de administración de justicia, pues da cuenta de que no se lo considera una vía idónea; o bien, una vez que ya ha operado, habiendo sentencia absolutoria o condenatoria de por medio, igualmente persiste una sensación de impunidad, al menos por parte de quienes adoptan estas medidas punitivas. Sea como sea, la cosa juzgada, la prescripción y, sobre todo, el sistema de justicia formal existen, entre otras razones, para no volver al estado de naturaleza del *Leviatán*, ni siquiera digitalmente. Y aun cuando los motivos de descontento por parte de quienes exponen los datos personales de terceros por la vía digital puedan ser atendibles, no deja de ser una forma de autotutela, proscrita en un Estado democrático de derecho moderno.

A la pregunta sobre la respuesta adecuada para los reclamos por una eventual *fun* o *doxing*, la respuesta basal es que siempre que se trate de una afectación que se produzca entre particulares, la respuesta adecuada deberá ser la penal, ya sea en tanto injurias o calumnias; o bien, de concretarse un delito subsecuente, bajo las reglas propias de ese delito, donde quien expuso en redes sociales podrá ser instigador, conforme a las reglas generales del artículo 15 número 2 del Código Penal. Sin embargo, la exposición de datos personales peligrosa, la hipótesis de *doxing*, siendo impune *de lege lata*, sí que podría resolverse mediante una acción de protección; no obstante, considerarse adecuada *de lege ferenda* una regulación especial de datos personales, análoga al mencionado parágrafo 126a StGB con límites claros de cara a no politizar la figura como delito de expresión. La autodeterminación informativa es un bien jurídico que se debe proteger y la exposición no consentida de datos personales es una afectación de este.

Finalmente, sobre el excursus relativo al castigo formal por la vía del avergonzamiento público digital, no existen datos concretos para establecer conclusiones fehacientes sobre si es o no una vía idónea para efectos de prevenir, sancionar y reparar, así como resocializar al delincuente, pero tampoco parecen haber argumentos sólidos consistentes para no explorarlo como castigo posible. La objeción sobre la afectación de derechos fundamentales y su falta de idoneidad por lo humillante que resulta un castigo de esta naturaleza pierde fuerza si se compara con el castigo estándar, usualmente, la privación de libertad ambulatoria, que es igual o más humillante y afecta otros derechos de manera mucho más intensa. Sin embargo, sí resulta contraintuitivo legitimar el avergonzamiento como fin primario del castigo, cuestión que no obsta a que con una perspectiva de justicia restaurativa, más que avergonzamiento, lo que se busque sea el perdón público y una declaración de arrepentimiento a través de medios digitales controlados. Sea como sea, dado el valor que se le asigna hoy a la reputación y buen nombre, el uso de la vía digital como vía reparatoria ponderada puede ser una vía para explorar.

Referencias

- ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ANDERSON, Ian A. y Wendy Wood (2020). «Habits and the electronic herd: The psychology behind social media's successes and failures». *Wiley Consumer Psychology Review*, 4 (1): 1-17. DOI: [10.1002/arcp.1063](https://doi.org/10.1002/arcp.1063).
- BACCARELLA, Christian, Timm F. Wagner, Jan H. Kietzmann e Ian P. McCarthy (2018). «Social media? It's serious! Understanding the dark side of social media». *European Management Journal*, 36: 431-438. DOI: [10.1016/j.emj.2018.07.002](https://doi.org/10.1016/j.emj.2018.07.002).
- BECCARIA, Cesare (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- BUSTOS, Juan y Hernán Hormazábal (2004). *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta.
- CABRERA, Karen y Carlos Jiménez (2020). «La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2 (10): 277-300. DOI: [10.5354/0719-2584.2021.60421](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.60421).
- CARNEVALI, Raúl (2022). «Justicia restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 35 (1): 303-322. DOI: [10.4067/So718-09502022000100303](https://doi.org/10.4067/So718-09502022000100303).
- CASTILLO, Alejandra (2017). «La sistemática general de los delitos cibernéticos y los delitos cibernéticos propios en el derecho penal alemán: La necesidad de una regulación diferenciada». *Derecho Penal y Criminología*, 7: 32-62.
- CHARNEY, John (2016). «La tensión entre la libertad de emitir opinión y la de informar y la honra de las personas: Importancia y límites de la *exceptio veritatis*». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 29 (2): 175-193. DOI: [10.4067/So718-09502016000200008](https://doi.org/10.4067/So718-09502016000200008).
- CIGÜELA, Javier (2020). «Populismo penal y justicia paralela: Un análisis político-cultural». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22 (12): 1-40. Disponible en <https://tipg.link/NTm3>.
- CLARK, Meredith D. (2020). «Drag them: A brief etymology of so-called «cancel culture»». *Communication and The Public*, 5 (3-4): 88-92. DOI: [10.1016/j.emj.2018.07.002](https://doi.org/10.1016/j.emj.2018.07.002).
- CONTRERAS, Pablo (2020). «El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena». *Estudios Constitucionales*, 18 (2): 87-120. DOI: [10.4067/So718-52002020000200087](https://doi.org/10.4067/So718-52002020000200087).
- CONTRERAS, Pablo y Domingo Lovera (2021). «Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: Análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena». *Derecho PUCP*, 87: 345-371. DOI: [10.18800/derechopucp.202102.010](https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.010).
- DELGADO, Jordi, Diego Palomo y Germán Delgado (2017). «Autotutela, solución adecuada del conflicto y repossession: Revisión y propuesta». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 24 (2): 265-289. DOI: [10.4067/So718-97532017000200265](https://doi.org/10.4067/So718-97532017000200265).

- DOUGLAS, David M. (2016). «Doxing: A conceptual analysis». *Ethics and Information Technology*, 18 (3): 1-12. DOI: [10.1007/s10676-016-9406-0](https://doi.org/10.1007/s10676-016-9406-0).
- ESCOBAR, Javier (2023). «Redes sociales y expectativa legítima de privacidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 12: 1-25. DOI: [10.5354/0719-2584.2023.69893](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2023.69893).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997). *Derecho penal: Parte especial*. Tomo 3. Santiago: Jurídica de Chile.
- FERRAJOLI, Luigi (2006). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- FRANZIUS, Claudio (2015). «Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung». *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 3: 259-270.
- GALLEGUILLOS, Sebastián (2021). «Digilantism, discrimination, and punitive attitudes: A digital vigilantism model». Tesis master of Arts in International Crime and Justice, John Jay College of Criminal Justice, City University of New York. DOI: [10.1177/17416590211017937](https://doi.org/10.1177/17416590211017937).
- GARRIDO, Mario (2010). *Derecho penal*. Tomo 3. 4.^a edición. Santiago: Jurídica de Chile.
- GLENNY, Misha (2012). *Cybercrime: Kriminalität und Krieg im digitalen Zeitalter*. Múnich: Dt-Verl.-Anst.
- GOLDMAN, Lauren M. (2015). «Trending now: The use of social media websites in public shaming punishments». *American Criminal Law Review*, 52 (2): 415-451.
- GROPP, Walter (2015). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín, Heidelberg: Springer.
- HABERMAS, Jürgen (2002). *Teoría de la acción comunicativa II*. Ciudad de México: Taurus.
- HENRÍQUEZ, Karina y Herman Rojas (2022). «Funas: ¿Conflicto de derechos entre la libertad de expresión y el derecho a la honra? (SCS rol 58.531-2020)». En Alex van Weezel y otros (editores), *Sentencias destacadas 2020: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2019): «Comentario (al artículo 296)». En Jaime Couso y Héctor Hernández (directores), *Código Penal comentado: Parte especial* (pp. 349-377). Santiago: Legal Publishing.
- HERRERA, Paloma (2016). «El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5 (1): 87-112. DOI: [10.5354/0719-2584.2016.41268](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2016.41268).
- HÖRNLE, Tatjana (2017). *Straftheorien*. Tübinga: Mohr Siebeck.
- . (2019). «#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?». En *Letra: Derecho Penal*, 6 (9): 144-167.
- JANCIK, Ivana (2020). «Feminismo y punitivismo. Análisis del surgimiento de funas a varones en Argentina». *Némesis*, 16: 49-59.
- KINDHÄUSER, Urs (2011). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos.
- LOVELUCK, Benjamin (2020). «The many shades of digital vigilantism: A typology of online self-justice». *Global Crime*, 21 (3-4): 213-241. DOI: [10.1080/17440572.2019.1614444](https://doi.org/10.1080/17440572.2019.1614444).

- LOVERA, Domingo (2017). «Destinatarios de los derechos fundamentales». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Derechos fundamentales: Temas de teoría general*. Santiago: Lom.
- MAC ALLISTER, Julia M. (2017). «The doxing dilemma: Seeking remedy for the malicious publication of personal information». *Fordham Law Review*, 85 (5): 2.451-2.483.
- MALDONADO, Francisco (2006). «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal». *Estudios de la Justicia*, 7: 23-63. DOI: [10.5354/rej.voi7.15082](https://doi.org/10.5354/rej.voi7.15082).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021). «Peligro concreto y peligro abstracto: Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal». *Revista Chilena de Derecho*, 48 (2): 79-100. DOI: [10.7764/R.482.4](https://doi.org/10.7764/R.482.4).
- MARTÍNEZ, Alix (2021). «Uncovering the dirt on cancel culture: An in-depth analysis of publishing's relationship with controversy». *Book Publishing Final Research Paper*, 58.
- MATUS, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2021). *Manual de derecho penal chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf (1994). *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Astrea.
- MORALES, Ana María, Nicolás Muñoz, Gherman Welsch y Jorge Fabrega (2012). *La reincidencia en el sistema penitenciario chileno*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana, Hanns Seidel Stiftung y Universidad Adolfo Ibáñez.
- MUIR, Shannon R., Lynne D. Roberts y Lorraine P. Sheridan (2021). «The portrayal of online shaming in contemporary online news media: A media framing analysis». *Computers in Human Behavior Reports*, 3: 1-12. DOI: [10.1016/j.chbr.2020.100051](https://doi.org/10.1016/j.chbr.2020.100051).
- MURMANN, Uwe (2021). *Grundkurs Strafrecht*. Múnich: C. H. Beck.
- NOGUEIRA, Humberto (2010). «La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México». *Ius et Praxis*, 16 (1): 219-286. DOI: [10.4067/So718-00122010000100009](https://doi.org/10.4067/So718-00122010000100009).
- POLITOFF, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2004a). *Lecciones de derecho penal chileno: Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2004b). *Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial*. Santiago: Jurídica de Chile.
- PULUHULAWA, Moh. Rusdiyanto U. y Riski Husain (2021). «Body shaming through social media as a digital crime in the era of disruption». *Jambura Law Review*, 3 (1): 112-123. DOI: [10.33756/jlr.v3i1.7200](https://doi.org/10.33756/jlr.v3i1.7200).
- RESSLER, Jane S. (2017). «#worstplaintiffever: Popular public shaming and pseudonymous plaintiffs». *Tennessee Law Review*, 84 (4): 779-832.
- RÍOS, Catherine (2023). «Sobre las funas feministas y el delito de injurias». En José Ángel Fernández y Rocío Lorca (editores), *Feminismo y derecho penal* (pp. 287-308). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal: Parte general*. Madrid: Civitas.

- RUGGERI, Stefano (2017). *Audi alternam partem in criminal proceedings: Towards a participatory understanding of criminal justice in Europe and Latin America*. Cham: Springer.
- SALINERO, Sebastián (2013) «La nueva agravante penal de discriminación: Los “delitos de odio”». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 41: 263-308. DOI: [10.4067/S0718-68512013000200008](https://doi.org/10.4067/S0718-68512013000200008).
- SERRANO, Isabel (2021). «¿Es el terrorismo de palabra un límite excesivo y desproporcionado al derecho fundamental a la libertad de expresión? El caso español». *Estudios Constitucionales*, 19 (1): 236-264. DOI: [10.4067/S0718-52002021000100236](https://doi.org/10.4067/S0718-52002021000100236).
- SKOBEL, Eva (2021). *Regulierung nutzergenerierter inhalte auf sozialen netzwerken*. Trier: Digital Recht. DOI: [10.25358/openscience-6196](https://doi.org/10.25358/openscience-6196).
- VALLS PRIETO, Javier (2016). «Nuevas formas de combatir el crimen en internet y sus riesgos». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18: 1-36.
- VERA, Jaime (2022). «Delitos contra el honor». En Luis Rodríguez Collao (director), *Derecho penal: Parte especial*. Volumen 1 (pp. 547-586). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLEGAS, Myrna (2023). «Ley de Seguridad del Estado y delitos contra el orden público». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 36 (1): 307-327. DOI: [10.4067/S0718-09502023000100307](https://doi.org/10.4067/S0718-09502023000100307).
- VIOLLIER, Pablo y Matías Salinas (2019). «La tipificación de los delitos de injuria y calumnia y su efecto inhibitorio en el ejercicio de la libertad de expresión en Chile». *Anuario de Derechos Humanos*, 15 (1): 41-63. DOI: [10.5354/0718-2279.2019.49201](https://doi.org/10.5354/0718-2279.2019.49201).
- WESSELS, Johannes, Werner Beulke y Helmut Satzger (2021). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C. F. Müller.

Agradecimientos

La autora agradece las observaciones realizadas por la ayudante de investigación del Departamento Penal de la Universidad Diego Portales, Rocío Benavides, y los valiosos comentarios de las partes revisoras del trabajo.

Sobre la autora

ALEJANDRA CASTILLO ARA es abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Adolfo Ibáñez, magíster en Derecho y doctora en Derecho por la Albert-Ludwig-Universität Freiburg de Alemania. Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Su correo electrónico es alejandra.castillo@udp.cl.

 <https://orcid.org/0009-0004-9519-6356>.

La *Revista de Chilena de Derecho y Tecnología* es una publicación académica semestral del Centro de Estudios en Derecho, Tecnología y Sociedad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que tiene por objeto difundir en la comunidad jurídica los elementos necesarios para analizar y comprender los alcances y efectos que el desarrollo tecnológico y cultural han producido en la sociedad, especialmente su impacto en la ciencia jurídica.

DIRECTOR

Daniel Álvarez Valenzuela
(dalvarez@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rchdt.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rchdt@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).