



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**“AUTOTUTELA: FUNAS POR DELITOS SEXUALES Y SU CONVENIENCIA (O NO)
EN UN ESTADO DE DERECHO”**

Memoria para optar al grado de Licenciada y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Valeria Parada Godoy
Gonzalo Fuentes Suárez

Profesor Guía
Luis Abbott Matus

Santiago de Chile

2020

Índice

Introducción	3
CAPÍTULO I: Justicia por mano propia.....	5
1. Autotutela.....	5
2. Funa.....	12
2.1 Delitos sexuales	14
2.1.1 El Delito de Violación.....	17
2.1.2 El Delito de Estupro	19
2.1.3 El Delito de Abuso Sexual.....	21
2.2 Lo público	25
CAPÍTULO II: ¿Por qué castigamos?.....	28
1. Repaso histórico	28
2. Teorías de la pena	29
2.1 Retribución	30
2.2 Prevención	32
2.3 Incapacitación	38
3. Castigo y venganza.....	42
Capítulo III: Funas en un Estado de Derecho.....	52
1. ¿Por qué surgen las funas?.....	52
2. Judicialización de la funa.....	65
2.1 Recurso de protección	65
2.2 Delito de injurias y calumnias.....	83
Conclusiones.....	94
Bibliografía.....	97

Introducción

La justicia por mano propia ha proliferado destacadamente en la última década en Chile y es que las redes sociales han configurado un nuevo espacio público, cuya masividad en el acceso y facilidad para hacer circular sus contenidos crean un escenario inmejorable para acusar ante la comunidad a quien se considera ha actuado de forma ilícita o injusta.

Previamente, no era difícil encontrar en los medios masivos de comunicación como la televisión, por excelencia en los programas matinales, denuncias por no pago de arrendamiento de bienes inmuebles por largos periodos, en que el arrendador no percibía las rentas a las que tenía derecho, e incluso peor, algunos constataban que las chapas o cerraduras eran cambiadas por el arrendatario.

Con contrato en mano las personas afectadas expresaban su rabia y malestar ante esta situación, para que luego algún abogado o abogada integrante del espacio matutino, por un lado, confirme lo injusto de la situación y por otro, incentive al dueño a que busque asesoría jurídica y así sean los tribunales los que resuelvan el conflicto, evitando que se agudicen ciertos episodios de violencia acontecidos con oportunidad de previos intentos presenciales de cobro.

En efecto, toda persona formada en derecho sabe que la autotutela está prohibida, permitiéndose solo de forma excepcional, teniendo como ejemplo paradigmático en el ámbito penal la legítima defensa que se puede ejercer al verse afectada o amenazada gravemente nuestra integridad.

Con el surgimiento de los estados naciones los individuos ya no pueden abordar sus disputas mediante la autotutela, contexto en donde vencerá el más fuerte, quien en consecuencia impondrá al otro la solución que estime pertinente. Actualmente, si una persona considera que ha sido vulnerada en sus derechos por otra, no puede sino acudir a los tribunales de justicia, donde será el juez de forma imparcial quien pondrá término a la desavenencia, mediante una sentencia, tras un proceso debidamente reglado, el que permite que todas las partes con intereses en él presenten sus descargos, tal como se consagra constitucionalmente en el Art. 19 n°3 inciso quinto.

Es así como se ha erigido el proceso como el mecanismo idóneo para asegurar el bienestar y la paz social de una comunidad. Sin embargo, este no está exento de problemas pues, por una parte, en el ámbito civil se extiende largamente en el tiempo y supone la contratación de un abogado, costos que muchas veces las personas, o los dueños en lo ejemplificado antes, no están dispuestos a solventar o simplemente, aunque quisieran, no pueden.

Por otra parte, en lo penal, esfera que más nos importa para este trabajo, y en particular las víctimas de violencia sexual, además de tener que costear apoyo jurídico, deben lidiar con una sensación de impunidad que desalienta a las mujeres a iniciar un proceso de esta índole. Pero la presión por necesidad de justicia ciertamente no desaparece, de modo que se buscan alternativas, ahora desinstitucionalizadas las que se han canalizado en los últimos años en las funas, objeto de estudio de nuestra investigación.

Comenzaremos con una revisión general de la autotutela como mecanismo de solución de conflictos, para luego acotar el espectro observando una manifestación en específico como es la funa por delitos sexuales, tratando de conceptualizarla y notando sus elementos, especialmente lo relativo a la ignominia o humillación pública que se produce por la acusación informal de la víctima, lo que develará el contenido retributivo que implica este fenómeno.

Luego abordaremos los diversos factores que explican el surgimiento de esta reacción social ajena al debido proceso, tales como la sensación de impunidad asociada a estos delitos, cómo es que esta llega a configurarse y cómo se conjuga con una nueva oleada feminista, que promueve en la comunidad una mayor disposición en otorgar veracidad a los relatos de las víctimas.

Finalmente, analizaremos sus implicancias dentro de un sistema de Estado de Derecho, en tanto se vulneran principios clásicos del Derecho Penal liberal que nos rige como son el principio de inocencia y el debido proceso, dando cuenta de cómo han respondido los tribunales en la judicialización de estos casos, vía acción de protección por afectación al derecho a la honra e interposición de denuncias por el delito de calumnia.

CAPÍTULO I: Justicia por mano propia

1. Autotutela

Con el paso de los años, las sociedades han evolucionado en forma creciente y progresiva gracias a los diversos avances tecnológicos, descubrimientos científicos, así como también de las distintas maneras de relacionarse entre las personas, las cuales están cada vez más interconectadas. Esto ha generado que los conflictos que surgen se vayan complejizando, impulsando a que el derecho tenga la obligación de ajustar su ordenamiento para así mantener la paz social.

En ese sentido, a lo largo de la historia las diversas instituciones procesales han debido establecer distintos medios de solución de conflicto asociadas muchas veces a la época y al desarrollo de las sociedades en las que se encuentra. En este escenario conflictual, el Estado ha tomado la responsabilidad de asumir las desavenencias a través del establecimiento de un sistema jurídico ordenado en el cual se le atribuye jurisdicción a ciertas entidades, como lo son los tribunales de justicia que, siendo imparciales e independientes en el ejercicio de sus funciones, permiten mantener una armonía social.¹ De esta forma la Constitución Política de la República de 1980 establece en su artículo 76 que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales de justicia, estableciendo expresamente una independencia en sentido positivo² al indicar que la estructura del Poder Judicial no debe estar subordinada jerárquicamente a los otros Poderes del Estado, siendo esto repetido en el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales.³

¹ Delgado Castro, Jordi, Palomo Vélez, Diego, & Delgado, Germán. (2017). AUTOTUTELA, SOLUCIÓN ADECUADA DEL CONFLICTO Y REPOSSESSION: REVISIÓN Y PROPUESTA. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(2), 265-289 pp. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000200265>

² A este respecto, podemos reconocer una independencia en sentido negativo consagrado en el artículo 4 del Código Orgánico de Tribunales, el cual hace referencia a la prohibición del Poder Judicial de inmiscuirse, as u vez, a la independencia de los demás Poderes del Estado al señalar que “es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”, siendo a su vez resguardado por el artículo 222 del Código Penal.

³ Artículo 12 COT: El Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Así, se ha considerado que esta solución, en la cual las partes en disputa acuden a que un tercero, luego de la tramitación de un proceso, emita una decisión que debe acatar, resulta ser la más adecuada a las sociedades de nuestra época, estimándose como el medio más normal de resolución de conflicto. Es por ello, que, con el transcurso de los años, se ha prohibido como regla general ejercer justicia por mano propia como medio de solución de conflictos, ya que dicha tarea se encuentra entregada a organismos reglados.

De esta manera se logra establecer una serie de reglas que permiten conformar el derecho como un modelo de expectativas protegidas, en donde, las personas al conocer las normas que los rigen para la solución del conflicto pueden saber cuál debiese ser su propio comportamiento y el de los demás en situaciones particulares.

Por consiguiente, y dado que se promueve la solución pacífica de conflictos, se espera que los individuos abandonen toda clase de resolución distinta, especialmente considerando para estos efectos todo comportamiento de iniciativa personal, directa y violenta en contra de otra persona sin acudir a un tercero imparcial.

Sin perjuicio de ello, podemos reconocer que en nuestro ordenamiento jurídico coexisten tres medios de solución de conflictos, vale decir, la *autotutela*, establecida para casos excepcionales, clasificándola para estos efectos en autodefensa autorizada como lo es el caso de la legítima defensa que se explicará a continuación y, autotutela tolerada, en circunstancias de guerra defensiva; la *autocomposición*, al considerarse la renuncia, mediación, conciliación, desistimiento, allanamiento, transacción y avenimiento; y la *heterocomposición*, medio por el cual se solicita, principalmente la intervención de los tribunales de justicia. Para efectos de este trabajo, nos centraremos en el primero, conforme al cual se logra ejercer justicia por mano propia.

La autotutela se ha definido como un medio de solucionar los conflictos por uno mismo, considerándose la solución más primitiva dentro del espectro disponible que tiene el individuo para resolver sus controversias, puesto que el asunto se pretende solucionar sin recurrir a nadie directamente, e incluso se acude al uso de la fuerza por los propios interesados.

Lo que caracteriza a la autotutela no es la preexistencia de un ataque ni la inexistencia de un determinado procedimiento, sino la concurrencia de dos elementos:

por un lado, la ausencia de un tercero imparcial distinto de los sujetos en conflicto; y por otro, la imposición de la decisión por una de las partes a otra, siendo la primera generalmente la parte “más fuerte” dentro del conflicto.

La propia evolución de este medio de solución no resulta indiferente al avance de las sociedades modernas, ya que, en una etapa muy primitiva de nuestra historia, alrededor de la época medieval, la autotutela, en virtud de la cual el titular de la situación o derecho asume su defensa mediante la fuerza, fue autorregulada por quien la ejercía, siendo un ejemplo de ello, el establecimiento de la Ley del Talión, la cual es uno de los primeros acercamientos en el mundo a la justicia retributiva, ya que a través de la norma jurídica se impone un castigo que se identifica o asemeja al crimen cometido, pudiendo aplicarse el pasaje bíblico de “ojo por ojo, diente por diente”.

En ese sentido, a medida que avanzan las sociedades y la forma en que se regulaban las relaciones entre particulares, llegando a la época moderna, es el Estado quien se apropia de la facultad sancionadora, prohibiendo la justicia por mano propia, y la canaliza en el proceso, una respuesta más refinada conforme a esta nueva etapa histórica.

Desde este punto de vista, se ha considerado que la autotutela puede llevar a consecuencias extremadamente graves, ya que en una sociedad en la que conviven un sinnúmero de personas con características diversas, podrían existir particulares que no puedan defenderse por sí mismos, así como también, una parte dentro del conflicto podría posicionarse por sobre la otra que se encuentra en desventaja, ejerciendo en algunos casos una fuerza desmedida que daría origen a más conflictos, tanto a nivel particular como a nivel social. Incluso, se llega a considerar que el establecimiento de la autotutela como regla general o siquiera la permisión de una mayor aplicación dentro de la sociedad, podría ocasionar un retorno al estado de naturaleza en los términos planteados por Hobbes, en que cada cual adjudica el derecho según le parezca conveniente.

De esta forma, se logra reconocer que nuestro ordenamiento prohíbe la autotutela, siendo sancionada tanto penal como civilmente, estableciéndose en la Constitución Política de la República, principalmente en sus artículos 1; 19 n°1, n°2; n°3 y 76 que todo conflicto debe ser resuelto a través de un tribunal competente; así como

también en el artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 1 del Nuevo Código Procesal Penal. La ley por su parte, prohíbe la fuerza tanto en la legislación penal como civil; así en el Código Penal se tipifica, por ejemplo, como delito en su artículo 440 respecto del robo con fuerza, como también en el Código Civil afectando la validez del acto acorde a lo señalado en el artículo 1456 cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

Ahora, sin perjuicio de lo anterior en nuestro sistema jurídico se han establecido ciertas excepciones a la prohibición de la autotutela, permitiéndola en situaciones muy específicas. Una de ellas es la legítima defensa propia; de parientes; o de terceros, establecidas en el artículo 10 número 4, 5 y 6 del Código Penal respectivamente. En todas estas hipótesis se debe cumplir con determinadas circunstancias referentes a que están exentos de responsabilidad criminal “El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- 1) agresión ilegítima;
- 2) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y;
- 3) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

El fundamento de la legítima defensa es permitir a una persona agredir a su atacante, realizando conductas que fuera de este contexto están prohibidas. De manera que es considerada una institución relevante dentro de nuestro ordenamiento, ya que se estima que es prácticamente una licencia para ocasionar daño a otra, pudiendo llegar incluso a provocar la muerte de la persona agresora en situaciones de un fatal peligro inminente.

Es por ello, para que opere la legítima defensa, se deben satisfacer determinados presupuestos para así dar aplicación a la norma permisiva, contando como causa de justificación del actuar que cancela o desplaza la aplicación de la norma prohibida. Cabe destacar, que el defensor que también es considerado como destinatario de la norma, debe tener en cuenta los demás medios que tendría a disposición en la situación en particular, debiendo tener capacidad para motivarse por la norma y evitar a toda costa la comisión de algún tipo de injusto. Sólo en casos en

donde no tenga otros medios legítimos posibles, podrá acudir como última ratio, a la legítima defensa.

En ese sentido, a grandes rasgos como presupuesto objetivo que se exige para que opere esta causa de justificación, es que la agresión de la que se está siendo víctima, sea real, es decir, que el defensor no se haya imaginado la agresión en cuestión. En segundo lugar, que la agresión sea ilegítima, o no autorizada por el ordenamiento jurídico. En tercer lugar, que la agresión sea actual o inminente, existiendo un peligro que afecta gravemente algún bien jurídico protegido por el ordenamiento como, por ejemplo, la propiedad o la vida.

En cuarto lugar, debe haber por parte del defensor, una reacción defensiva racional, ya que las restricciones de la legítima defensa se plantean acorde a las características que debe tener tanto la agresión como la reacción defensiva, estableciéndose que la reacción realizada fue la única que tenía a disposición el defensor para poder proteger los bienes jurídicos afectados. Por último, se requiere una falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende, así, por ejemplo, en caso de la legítima defensa de terceros, se requiere además que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Estos requisitos que se exigen dan cuenta que para que la norma prohibitiva deje de cumplir sus efectos prohibiendo completamente una determinada conducta, deben existir razones contrapuestas y de peso en favor de la permisión de la norma, vale decir, debe haber fundamentos que justifique su establecimiento. En ese sentido, el Derecho entra a tomar un rol importante en la protección ya sea del autor del acto, de la víctima o de la generalidad, ya que se considera que en estas situaciones “el agresor y el defensor no se hallan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico, pues mientras el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma”.⁴

Es por ello que en casos de legítima defensa, en donde actúan las normas permisivas, el Derecho se inclina en favor del defensor para actuar en contra del agresor, ya que se considera que el primero se encuentra imposibilitado de acudir a los medios estatales de tutela, dada la urgencia de la situación, y así el ordenamiento

⁴ Horvitz, María Inés. 2018. Apuntes del Curso Derecho Penal III Parte Especial. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

permite defender en la medida de lo posible los bienes jurídicos que se encuentran lesionados a causa de una agresión ilegítima, prevaleciendo de esta forma, el Derecho por sobre el injusto.

Lo anterior, da cuenta también de la evolución que ha tenido en la historia la concepción de la legítima defensa, ya que, por ejemplo, en el Derecho Romano era considerada como un derecho individual originario, pero que con el tiempo se fue limitando a la protección de la vida y la integridad física. Luego, en el Derecho Germánico se basaron en que la legítima defensa debía tener una perspectiva colectiva de defensa del ordenamiento jurídico, ya que, al defenderse el individuo, éste estaba representando a la comunidad para que así el derecho prevaleciera. Hoy en día en cambio, la mirada que se tiene respecto de la legítima defensa implica que el agresor y el defensor, no se encuentran en una posición igualmente válida por el ordenamiento jurídico, ya que mientras el defensor niega el Derecho al cometer un acto injusto, el defensor por otro lado lo afirma, al reaccionar en contra de él. De esta forma, surge el aforismo hegeliano “el Derecho no tiene por qué ceder al injusto”.⁵

A través de esta situación se logra demostrar que, si bien nuestro sistema jurídico permite en ocasiones particulares la autotutela, a través de la legítima defensa, la mantiene bastante restringida y regulada. Esto porque se deben cumplir determinados presupuestos que a la luz de lo expuesto son más bien estrictos y considerablemente limitados.

Asimismo, se logra advertir que nuestra legislación entonces trata de mantener a toda costa la validación de la norma jurídica, pero tiende a que los particulares, en la mayoría de los casos, puedan acudir a una solución a través de los tribunales de justicia, que les permita proteger sus bienes jurídicos para así, poder desenvolverse libremente en la sociedad, permitiéndoles generar expectativas que están protegidas por la misma.

Sin perjuicio de ello, en el último tiempo ha surgido una nueva forma de ejercer justicia por mano propia que no está contemplada por el ordenamiento. Es más, esta surge a causa del descontento por parte de la ciudadanía que considera como

⁵ *Ibíd.*, 22 p.

insuficientes o erróneas algunas decisiones de los diversos operadores jurídicos en determinados casos, que analizaremos más adelante.

Se ha demostrado con los años, que el sistema judicial y las instituciones asociadas a la administración de justicia han sido inoperantes para responder a las denuncias o querellas ejercidas por las víctimas, en especial en casos de delitos sexuales, tales como violación, estupro y abuso sexual,⁶ en los que se requiere alcanzar un estándar de prueba considerablemente alto, más allá de toda duda razonable, en los que, dada la naturaleza misma del delito, hace muy difícil y en muchos casos hasta imposible, lograr satisfacer el estándar probatorio exigido. Éste hecho, sumado a los múltiples movimientos sociales que han surgido en torno al feminismo, ha dado pie al surgimiento de la funa, la cual se ha construido en base a la satisfacción por parte de la víctima de delitos sexuales para generar un repudio social contra su victimario.

Asimismo, acorde a las cifras de los casos policiales registrados por la Subsecretaría de Prevención del Delito,⁷ en donde una denuncia o una detención puede contener uno o más participantes, se reconoce que, con el paso de los años, el número de detenciones y denuncias generadas en caso de delitos sexuales, no ha disminuido, es más se ha mantenido con en el tiempo. Así se demuestra, ya que en 2010 por ejemplo hubo en total 458 detenciones y 1917 denuncias; en 2012, 475 detenciones y 1858 denuncias; y en 2015, 328 detenciones y 1622 denuncias. Adicional a ello, debemos considerar que estas cifras hacen referencia a un número estimado, más nunca exacto, ya que, no comprende los delitos no denunciados y de los cuales no es posible tener registro alguno.

Ahora bien, dentro de estas estadísticas, debemos considerar que la tendencia respecto de las víctimas del delito de violación, son en mayor número mujeres, siendo un 88,47%, a diferencia de los hombres, que comprenden el 11.53%.

En ese sentido, si cruzamos las variantes de sexo y edad que son víctimas de violación respecto de los últimos 10 años, sobresalen las personas de entre 18 y 29

⁶ Éstos delitos serán definidos y explicados con más detalle en su correspondiente título.

⁷ Estadísticas Delictuales de la Subsecretaría de Prevención del Delito, periodo 2005 - 2015. <http://www.seguridadpublica.gov.cl/estadisticas/datos-por-sexo-y-edad/>

años, nuevamente, con un claro predominio de víctimas mujeres, mientras que el grupo de hombres, entre los más atacados se encuentran los menores de 14 años. Estas cifras, lamentablemente no son una sorpresa, ya que es sabido por gran parte de la ciudadanía que el número de violaciones se ha mantenido con el paso de los años y que las víctimas de este tipo de delitos son en mayor número, mujeres. Estos hechos dan cuenta que existe una escasa respuesta por parte del ordenamiento jurídico, ante este tipo de delitos, así como también la inoperante reacción por parte de los gobiernos de turno para establecer políticas públicas adecuadas a la realidad nacional. Además, tampoco se ha implementado en la ciudadanía una correcta educación sexual que permita prevenir delitos de esta naturaleza.

Es por ello, que se han generado y resurgido diversos movimientos sociales como lo es el movimiento feminista, por ejemplo, que han tratado de dirigir a la ciudadanía hacia un camino con mayor prevención y erradicación de la violencia sexual hacia las mujeres, dejando de lado ciertas tradiciones y prácticas que hasta hace muy poco tiempo, se consideraban propias de nuestra sociedad, que en su conjunto constituyen manifestaciones del patriarcado. Por estos mismos acontecimientos, han surgido las funas como un medio para dar respuesta a lo que, hasta el momento, las instituciones no han logrado satisfacer.

2. Funa

Un tipo de autotutela, la que es objeto de estudio de esta investigación es la funa, palabra cuyo origen etimológico corresponde al mapudungun y significa “podrido, pudrirse (funan)”⁸ o “abono”⁹, el que primitivamente comprendía desechos orgánicos como el excremento animal o sustancias podridas, que fertilizan la tierra. Así, es bastante transparente el contenido más bien negativo o perjudicial que se atribuye a la persona que es funada.

⁸ Zúñiga, Fernando. 2006, Mapudungun el habla mapuche. Santiago: Centro de Estudios Públicos 293 p.

⁹ Diccionario Mapuche, 2018. Ministerio de Salud. <http://www.bibliotecaminsal.cl/wp/wp-content/uploads/2018/01/006.Diccionario-Mapuche.pdf>, 43 p.

Pero hoy la palabra se entiende de un modo distinto, así, inicialmente conceptualizaremos la funa como *un acto público de reproche mediante el cual se imputa a una persona un actuar injusto*.

En el sentido ofrecido, la funa tiene una notoria primera manifestación en Chile a fines del siglo pasado, la que se va gestando luego de la detención del dictador Augusto Pinochet Ugarte en Londres, en octubre de 1998, en que manifestantes por los derechos humanos se congregaron en vigiliadas y diversos encuentros.¹⁰ Por lo anterior, crearon la organización “Acción, Verdad y Justicia (HIJOS Chile)” y en 1999 realizaron la primera funa en contra de Alejandro Forero Álvarez, médico cardiólogo ex agente de la Central Nacional de Informaciones (CNI).

Desde este primer hito, las funas consistían principalmente en protestas públicas en que se acudía al lugar donde se encontrase la persona objetivo y allí se vociferaba su nombre, datos y los delitos cometidos, que en el caso anterior, se le acusaba de facilitar herramientas químicas para su administración en prisioneros políticos, para su tortura y posterior desaparición.

Estas acciones tenían un propósito claro y el lema que se utilizaba era bastante decidir “si no hay justicia, hay funa”, pues graves crímenes cometidos en dictadura quedaban impunes, la vía institucional no daba respuesta a los anhelos de justicia, principalmente, para los familiares de las víctimas de estas severas vulneraciones de derechos.

Asimismo, las funas tienen como antecedente en Latinoamérica los “escraches” argentinos, los que surgen también a consecuencia de los asesinatos y desapariciones efectuados por la dictadura de Videla, con una notoria diferencia, en que las actividades, tales como una aglomeración constante de gente fuera del domicilio del acusado o en lugares públicos, “pintatones”, cánticos, entre otras, eran más intensas en tanto podían durar días e incluso semanas.

Teniendo presente el origen histórico del concepto, ahora corresponde conceptualizar el preciso objeto de estudio de este trabajo, así entenderemos la funa

¹⁰ Schemeisser, Carol. 2019. La funa aspectos históricos, jurídicos y sociales. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 6 p.

por delito sexual como la *denuncia pública de una presunta víctima de un delito que atenta contra su indemnidad sexual, mediante vías no institucionales*.

Asumiendo lo anterior, observamos tres elementos presentes en toda funa, primero la imputación de un delito sexual, luego, el ámbito público en que se realiza, y finalmente, que la denuncia no se realiza por los canales institucionales diseñados para ello, como son Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, la Fiscalía o los Tribunales de Justicia, independiente de que en algún momento posterior esto aconteciere o no.

En lo que sigue haremos un breve análisis, de los dos primeros elementos, dando cuenta de cuáles son los delitos sexuales que contempla nuestra legislación, su desarrollo y evolución, para luego abordar la denuncia pública en un espacio virtual ávido de expansión, que es donde estimamos radica lo más gravitante para entender la masificación del fenómeno.

2.1 Delitos sexuales

Para poder dimensionar el verdadero impacto y entender el porqué del surgimiento y la masificación de las funas, debemos reseñar los bienes jurídicos que se pretender proteger por nuestra legislación y cuestionar si ésta, al ser un área de alta complejidad, resulta ser suficiente para las demandas sociales.

El 12 de Julio de 1999 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°19.617, la cual generó una serie de modificaciones en la legislación penal respecto de delitos de importante regulación como lo son los delitos sexuales. Esto porque antes de la dictación de la Ley ya citada, los delitos sexuales se encontraban establecidos en el Título VII del Libro II del Código Penal, bajo el subtítulo de "Crímenes y simples delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública", siendo analizados separadamente según se tratara del orden de las familias o se fuese en contra de la moralidad pública.

En ese sentido, con el establecimiento de la Ley N°19.617, se generó una ampliación a los distintos tipos penales tanto de violación como de estupro; se reemplazó la corrupción de menores por la creación de nuevos tipos penales de producción pornográfica en contra de menores o acción de significación sexual; además de modificar aspectos respecto del procedimiento penal a través del

establecimiento de las reglas de la sana crítica con la cual el juez debe valorar la prueba, así como también entregarle valor de plena prueba a informes forenses, no considerando para estos efectos al Servicio Médico Legal, sino que a cualquier establecimiento de salud.¹¹

Históricamente han existido cuatro modelos de política criminal que han regulado los delitos sexuales,¹² siendo el último de ellos el modelo reformista, en donde hay un reforzamiento de la idea de atentado o abuso sexual como núcleo central del injusto, teniendo especial consideración al medio de ataque, ya sea de modo coercitiva o abusiva, y no a la naturaleza de la acción sexual. El objeto de protección de este modelo es la autodeterminación, siendo lo esencial "la modalidad de abuso empleado, ya que determina las características del atentado contra la esfera de autonomía del otro".¹³ A través de este sistema, el cual se solidificó con el establecimiento de la Ley N°19.617, se busca reducir las ofensas al pudor y las reglas moralizantes, y considerar como conducta prohibitiva un involucramiento no consentido o no solicitado por otro en

¹¹ Boletín N°3409-07r. Establece disposición normativa a la ley N°19.617 sobre delitos sexuales.

¹² Un primer modelo es la teología moral escolástica, la cual descansa en dos premisas básicas en principio contrapuestas: el antisensualismo y el naturalismo. El primero se funda en la represión sexual, en tanto pasión; y el segundo tiende a su legitimación en tanto acción dirigida a la conservación. Ambos principios convergen en la obra de Tomás de Aquino, dando legitimidad y valor a la actividad sexual en tanto su realización sea orientada a la reproducción, siendo la principal infracción la lujuria, considerada como un placer sexual inmoral. En ese sentido, las clasificaciones de las infracciones son a través de dos distinciones fundamentales por tipo de acto sexual y la existencia o no de un vínculo indisoluble como lo es el matrimonio y en caso de no cumplirse dicha condición, se da lugar a cinco especies de lujurias: adulterio, raptó, estupro, prostitución, y simple fornicación, considerándose a su vez, la sodomía como la forma más grave de ejercicio ilegítimo de la actividad sexual. Luego, cambia el paradigma en el siglo XVII con el modelo de la Ilustración volviéndose relevante la idea de derecho subjetivo referido a la persona, por lo que los delitos sexuales no pueden justificarse en base a la infracción de un orden natural, y para que los delitos de carne sean incorporados al sistema, debieron ser reconducidos a alguna categoría de lesión de derecho subjetivo, como lo fue en cierta medida la categoría de lesiones a los derechos derivados del contrato matrimonial donde fue reconducido el delito de adulterio, junto a la bigamia. Sin lugar a duda, la contribución más importante de este modelo fue la consideración de ciertos delitos sexuales como delitos contra la libertad, como lo fue el caso del raptó, estupro y la violación. Como tercer sistema se reconoce el modelo de la Codificación, etapa donde se muestra un sincretismo regulativo, considerando elementos de los anteriores modelos manteniendo el grupo de delitos sexuales tratados sistemáticamente por la Ilustración como delitos contra la libertad incluso, introdujo a dicho grupo una figura de abuso sexual genérica como hipótesis residual frente a la violación y el estupro abusivo. Pero consideró este grupo de delitos (raptó, violación, estupro abusivo, abuso sexual), como parte de una figura más amplia de delitos carnales (tales como adulterio, incesto, sodomía, ofensa al pudor, prostitución, pornografía), es decir, considerando en un mismo grupo atentados contra la libertad y atentados a la moralidad pública sexual. Véase en este sentido Bascuñan Rodríguez, Antonio. "PROBLEMAS BÁSICOS DE LOS DELITOS SEXUALES", Volumen 8 Número (31 July 1997). 73-81 pp.

¹³ *Ibíd.*, 81 p.

un contexto de significación sexual, o en otras palabras, a obligar a una persona a soportar determinada acción en contexto sexual.

A partir de esta eliminación de delitos basados en visiones morales sexuales y de la nueva restructuración de forma sistemática de delitos sexuales, quedando más clara las relaciones entre los delitos de violación, estupro y abuso, se dio origen a la legislación que nos rige actualmente.

Ahora, respecto del bien jurídico que se pretende proteger a través de la tipificación de los delitos sexuales se ha generado un “esquema dualista” en el cual se hace la distinción “entre delitos que lesionan la libertad (o autonomía sexual) de la víctima en cuestión, por un lado, y delitos que lesionan su indemnidad (o intangibilidad) sexual, por otro”.¹⁴ La diferencia entre estos tipos de bienes jurídicos radica únicamente en una razón etaria, en que la libertad sexual¹⁵ se encontraría lesionada en circunstancias en donde la víctima sea una persona igual o superior a los 14 años; mientras que los delitos calificados contra la indemnidad sexual,¹⁶ sólo podrían tener como víctima a una persona menor de 14 años de edad.

Por ende, “en esta clase de delitos no se protege solo la libertad sexual (...) también se protege el íntegro desarrollo psíquico y físico de los menores, particularmente en cuanto se pretende alejarlos de las intromisiones indebidas de los adultos en su vida sexual. La integridad moral de las personas es también parte del objeto de protección de estos delitos porque la violencia sexual está acompañada de

¹⁴ Mañalich R., Juan Pablo. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Ius et Praxis*, 20(2), 21-70 pp. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art02.pdf>

¹⁵ Definida como la facultad de toda persona de ejercer o participar en actos de significación sexual, libremente, y a no verse obligado a participar de dichos actos” ALLENDE Vivanco, Catalina y VARELA Bustos, María Cecilia. La mujer como sujeto activo del delito de violación. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 11 p.

¹⁶ Encontrándose definida como un “Estado de bienestar relaciona con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas” RODRÍGUEZ C., Luis. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. 1° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000-2001. 127 p.

un trato humillante y degradante, que supone la cosificación y despersonalización de las víctimas."¹⁷

Cabe destacar, que respecto de esta discusión parte de la doctrina minoritaria indica que hay que abandonar esta idea del esquema dualista, en que existen dos bienes jurídicos distintos a los cuales hay que brindar protección por parte del ordenamiento y adoptar una tesis de correspondencia singularizada, la cual indica que para casos de delitos sexuales habría sólo un bien jurídico que es la indemnidad sexual, realizándose una discusión respecto de la aplicación de los artículos 361 y 362 – los cuales tratan sobre el delito de violación, que se analizará en la siguiente sección-, no existiendo exclusión entre dichas normas, sino más bien un concurso de delitos.¹⁸

Una vez identificado el bien jurídico que se protege en estos tipos de delitos, y la discusión que existe al respecto en la doctrina nacional, debemos tener claro cómo define la legislación chilena los delitos sexuales a los cuales nos estaremos refiriendo en este trabajo.

2.1.1 El Delito de Violación

En primer lugar, con las modificaciones de la Ley N° 19.617 sobre delitos sexuales y la Ley N° 19.927 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal Civil en materia de delitos de pornografía infantil, el delito de violación queda regulado en los artículos 361 y 362 del Código Penal, definiéndolo de la siguiente forma:

Artículo 361: La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

¹⁷ MATUS, J. P. y RAMÍREZ M. C. 2018. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. 2º edición. Chile, Tirant lo Blanch. 153 p.

¹⁸ No se profundizará en esta discusión, pues excede los objetivos planteados en la presente investigación, pero para más información véase Mañalich R., Juan Pablo. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Ius et Praxis*, 20(2), 21-70 pp. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art02.pdf>

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Artículo 362: El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.

Conforme a esta regulación, podemos dar cuenta que la doctrina mayoritaria hace referencia a la existencia de dos bienes jurídicos en casos de delitos sexuales dependiendo de las circunstancias, así en el artículo 361 se protege la libertad sexual, aspecto que hace alusión a que cada persona en el ejercicio de sus libertades humanas tiene permitido decidir respecto de su vida sexual, pero se vuelve este hecho ilícito en casos donde las circunstancias permiten identificar una falta de voluntad en alguno de los partícipes de la actividad sexual, así como también en ocasiones en que las que se hace uso de la coacción, intimidación¹⁹ o abuso²⁰ en una situación de predominio o superioridad y no necesariamente en la conducta sexual en sí misma, siendo aplicables, por tanto, en forma subsidiarias las figuras de coacciones y amenazas²¹. Por su parte, el artículo 362 protege la indemnidad sexual al considerar como víctima a una persona menor de 14 años, casos en los cuales no se puede ejercer con plena libertad la sexualidad, ya que la víctima no se encuentra en condiciones de entender la importancia y significación que conlleva una relación sexual.

Ahora, ¿a qué hacen referencia los artículos citados cuando mencionan “acceso carnal”? La doctrina mayoritaria ha estimado que supone sólo la introducción del pene en las cavidades descritas en la norma, esto es, vagina, ano o boca, excluyendo, por tanto, objetos o prolongaciones corporales, tales como la lengua o dedos, en razón de

¹⁹ La llamada *violación propia* en la doctrina hace alusión al uso de la fuerza o intimidación para doblegar a la víctima, aludida en el número 1 del artículo 361 del Código Penal.

²⁰ Por su parte, la llamada *violación impropia* hace referencia a lo indicado en los números 2 y 3 del artículo 361 del Código Penal, en la cual el victimario aprovecha que la víctima se encuentra imposibilitada para negar o consentir la relación sexual.

²¹ Garrido Montt, Mario, 2010. Derecho Penal Parte Especial Tomo III, Cuarta Edición. Chile. 266 p.

lo dispuesto en el artículo 365 bis del Código Penal, ya que en dicha norma se hace referencia en forma expresa a la introducción de objetos.

Sin perjuicio de ello, Mario Garrido, por ejemplo, señala que la intención del legislador al momento de la redacción de ambos artículos que hacen referencia a la violación, nunca fue restringir el sexo del agente del delito, ya que emplearon formas comprensivas del género (varón o mujer) al indicar “el que accede carnalmente” en el artículo 361 y “el que accediere carnalmente” en el artículo 362, no habiendo razón para imitar la voz *acceder* a “penetrar” con el órgano viril, comprendiéndose por ende, cualquier acceso que sea carnal y que sea susceptible de satisfacer el concepto de cópula carnal (factor que descartaría para la comisión del delito de violación el empleo de objetos o instrumentos ya que no sería órganos biológicamente constituidos para el orgasmo). Razón por la cual, puede ser sujeto activo del delito en cuestión, tanto un hombre como una mujer indistintamente, sin perjuicio que comprende diversas hipótesis como el acceso vaginal, anal o bucal.²²

2.1.2 El Delito de Estupro

En segundo lugar, dentro de nuestro Código Penal podemos reconocer el delito de estupro, el cual se encuentra regulado en el artículo 363 el cual indica:

Artículo 363: Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediera carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad, pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

²² *Ibíd.*, 273-274 pp.

4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

Este tipo de delito sexual fue substancialmente modificado por la Ley 19.617, ya que, si bien dicha normativa estaba pensada para reformar el delito de violación, a lo largo de la discusión legislativa se tomaron en consideración circunstancias que no estaban siendo comprendidas dentro de la regulación de delitos sexuales, ya que se estimó que las víctimas de estos atentados sexuales, no eran sólo mujeres sino que también eran delitos que estaban siendo afectados hombres, por lo que se decidió ampliar el campo del sujeto pasivo, haciendo uso por tanto, al derecho de igualdad comprendida en el artículo 19 nº2 de la Constitución Política de la República, siendo por tanto, un derecho fundamental.

A su vez, se eliminó el término "doncella" como parte de la tipificación del delito, aspecto que fue profundamente discutido por parte de la doctrina, ya que algunos autores consideraban que dicho término hacía referencia a la "virginidad", mientras que otros, estimaban que era similar a la inexperiencia o ignorancia sexual.²³

Por su parte, se incluyó el término "acceso carnal", el cual no estaba comprendido en la antigua redacción del delito de estupro, lo que favoreció considerablemente a la tipificación del injusto, ya que anteriormente solo se castigaba el delito de estupro, no teniendo establecido qué se entendía como tal conducta.

Ahora, ¿qué diferencias existen entre el delito de violación antes visto y el de estupro? ¿existen algunas semejanzas entre ellos? En principio podría pensarse que son muy similares, pero se logra determinar que la principal diferencia entre ambos delitos hace alusión su carácter etario, ya que en el delito de estupro se hace la distinción en que la víctima tiene entre 14 y 18 años. En ese sentido, en el delito de violación, la capacidad de decisión por parte del sujeto pasivo se encuentra parcial o totalmente anulada, o no se le reconoce la posibilidad de prestar su aquiescencia de forma eficaz o, es más, existe un aprovechamiento de su falta de conciencia.²⁴ En cambio, la víctima en el delito de estupro consiente el acceso carnal, en cualquier de

²³ Vargas, G. 2001. "El estupro, la nueva figura penal en la Ley 19.617". Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 6 p.

²⁴ *Ibíd.*, 69 p.

sus tres vías, esto es vaginal, anal o bucal, ejerciendo por tanto su libertad, en la cual su voluntad no se encuentra forzada, pero sí ésta se encuentra condicionada por un engaño producto de estar en presencia de una situación de superioridad en la cual el sujeto activo se aprovecha. En otras palabras, la gran diferencia que existe entre ambos delitos sexuales, es que en el delito de violación el acceso carnal se realiza sin consentimiento alguno de la víctima, estando ésta sin poder ejercer realmente su voluntad, mientras que en el delito de estupro, la víctima sí consiente el acceso carnal, pero existe un aprovechamiento por parte del victimario, por cuanto existe esta relación de superioridad.

En cuanto a las semejanzas, se logra reconocer en primer lugar, que en ambos tipos de delitos debe existir acceso carnal, ya sea por vía vaginal, anal o bucal, circunstancia que da origen al hecho punible y del cual se debe probar a lo largo del procedimiento. En segundo lugar, la penetración que se contempla se refiere sólo al acceso del miembro masculino, no considerándose para ello, la introducción de otros medios, tales como objetos, otras partes del cuerpo del victimario, entre otros. En tercer lugar, y que es consecuencia de la semejanza antes mencionada, es que sólo puede ser considerado como sujeto activo tanto en el delito de violación como en el delito de estupro, el hombre rechazándose, por tanto, la idoneidad de la mujer respecto de estos injustos, ya que sólo el hombre puede “acceder” carnalmente a otra persona, en los términos ya indicados.

2.1.3 El Delito de Abuso Sexual

En tercer lugar, podemos reconocer dentro de nuestro ordenamiento jurídico el delito de abuso sexual, el cual se encuentra consagrado entre los artículos 365 bis al 366 ter del Código Penal. Dichos artículos fueron creados con la Ley N° 19.617, reemplazando la figura del abuso deshonesto, el cual consistía en realizar “sobre otra persona actos que no lleguen al acceso carnal, ni vayan encaminados a él, que sean objetivamente aptos para ofender la honestidad o pudor de la otra persona, y que no

sean libremente consentidos por ésta”²⁵. Ésta figura penal dio origen, en su momento, a diversas problemáticas, toda vez que el legislador no decía nada respecto del significado de la expresión “deshonestamente”, así como tampoco especificó qué conductas darían lugar a un abuso deshonesto, por lo que la doctrina tuvo que entrar a tomar un rol principal para dar contenido a dicho delito.

Por otro lado, no existía certeza respecto del sujeto pasivo, toda vez, que se indicaba en el antiguo artículo 366 del Código Penal a toda persona entre doce y dieciocho años estableciendo como circunstancias agravantes cualquier situación mencionada en el artículo 361, normativa que establecía como víctima a menor de doce años, esto a pesar, de ser mayor de veinte años la persona de quien se abusa. Por tanto, no había claridad respecto del sujeto pasivo en circunstancias en las que concurrían las agravantes de este, ya que a primera vista parece absurdo que sea agravante del abuso de un mayor de doce años que la víctima sea menor de doce.²⁶

Así, con la dictación de la Ley 19.617 previo a una extensa discusión, se decidió derogar el antiguo artículo 364 del Código Penal²⁷ y reemplazar el antiguo artículo 366 que tipificaba los abusos deshonestos, por los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 ter, quedando de la siguiente forma:

Artículo 365 bis: Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:

1º con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquier de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;

2º con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años y;

²⁵ Etcheberry, Alfredo.1997. Derecho Penal. Parte Especial, Tercera Edición Actualizada. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 70 p.

²⁶ Sierra, Ismael. 2011. Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del child grooming a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366 quáter del Código Penal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 10-11 pp.

²⁷ El cual señala que “el que sin cometer los delitos de violación ni estupro realizare otros actos de abuso sexual en contra de una persona, ejecutando dichos actos respecto de ella, o haciendo que ésta los ejecute a él, o sobre sí misma o sobre un tercero, con alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361 o exigidas en el artículo 363, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Será de aplicación en este delito lo prescrito en el artículo 362.

3º con presidio mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.

Artículo 366: El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.

Artículo 366 bis: El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Artículo 366 ter: Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

Dada la forma en la que están redactados dichos artículos, es posible dar cuenta que, al igual que en el delito de violación, se realiza una distinción por parte del legislador en base a la edad de la víctima reconociéndose, por ende, entre abusos sexuales propios e impropios según recaiga en mayores de catorce años o en menores de catorce años, respectivamente.

Ahora, cabe preguntarse ¿a qué hace referencia el artículo 366 ter al indicar “significación sexual”? ésta es una figura residual que está presente en ambas formas de abuso sexual, ya sea propia o impropia. “Según la Comisión Mixta del Congreso, la inclusión de la expresión “cualquier acto de significación sexual” tuvo el propósito de dejar entregado al desarrollo jurisprudencial lo que se ha de entender por acto de significación sexual. Al respecto se ha fallado que besar en la boca, tocar y hacerse tocas los genitales por otro son actos de significación sexual, sin que se exija la

desnudez de los involucrados para configurar el delito; pero no lo serían tocas las piernas de otro mientras duerme ni tomarle la cintura sin llegar a besarla”²⁸.

Así, parte de la doctrina²⁹ ha convenido en que para poder precisar dicha expresión se debiese recurrir a un elemento subjetivo, es decir, al ánimo lascivo o libidinoso para así poder distinguir entre conductas que detentan características de índole sexual y las que carecen de ella, así por ejemplo, no debiese considerarse como conductas típicas sujetas a indignación sobre su antijuricidad los tocamientos propios de los exámenes médicos, de los juegos deportivos, o las caricias de los padres respecto de sus hijos³⁰, ya que en éstas circunstancias no habría una intención dirigida al placer sexual de los intervinientes.

Por el contrario, otro sector de la doctrina ha considerado que se deben atender a criterios normativos para determinar si un hecho tiene significación sexual debiendo atender al medio social en el cual ocurre dicha circunstancia. Es decir, que “es la valoración general de acuerdo a las concepciones propias de la sociedad y del momento histórico la que deberá determinar la naturaleza o significación sexual del acto”³¹. Esta tendencia tiende a eliminar la subjetividad en la prueba de éstos tipos de delitos, aludiendo más bien a la objetividad socialmente aceptada, debiendo el juez plasmarlo en su sentencia sin correlato probatorio.

A juicio de los autores de este trabajo, se considera que dentro del espectro de delitos sexuales presentes en nuestra legislación, el delito de abuso sexual es uno de los más comunes y de mayor dificultad para probar dentro del sistema penal, esto porque muchas veces existe una asimetría entre el agresor y la víctima, y también producto del silencio y el secreto que conlleva. Comprendemos que es necesario tener en cuenta elementos objetivos durante el período probatorio³² que faciliten al juez poder identificar circunstancias en las que sea claro que estamos en presencia de un

²⁸ Matus, J. P. y Ramírez M. C., op. cit., nota 17, 159 p.

²⁹ Aceptan estas circunstancias autores como Matus- Ramírez.

³⁰ *Ibíd.*, 170 p.

³¹ Garrido Montt, Mario, op. cit., nota 21, 314-315 pp.

³² Y más si es que dentro del sistema penal se quiere evitar un falso positivo, esto es, condenar a un inocente.

hecho de connotación sexual y que le permita condenar o absolver alcanzando sin mayores dificultades el estándar exigido, siendo éste, más allá de toda duda razonable.

Sin perjuicio de ello, estimamos que la tendencia a eliminar elementos subjetivos para la determinación de delitos de abuso sexual, resulta insuficiente a las características propias del delito mismo. Esto quiere decir, que hay casos en que la connotación sexual se evidencia de forma clara, pero existen ocasiones en las que no es posible reconocer a simple vista y en atención al momento histórico en el que ocurre, la presencia de esta connotación sexual exigida por nuestra legislación aludiendo solamente a consideraciones objetivas. Debemos tener presente y en especial en delitos de carácter sexual, que el elemento subjetivo siempre debe estar presente al momento de valorar los hechos, siendo por tanto, necesaria la prueba del ánimo libidinoso por parte del autor, para teñir de ilicitud una conducta. Así, coincidimos con lo expresado por Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez en que la tendencia a considerar el medio social en el que ocurre el acto para determinar si tiene características de delito o no, es incompatible con un sistema acusatorio, ya que el juez queda liberado de control al establecer los hechos del delito.³³

2.2 Lo público

Este elemento se manifiesta de dos formas, por un lado, si bien la denuncia puede ser o no anónima, normalmente va a estar la individualización de la persona que presuntamente cometió el delito, y por otro, hay que observar el medio que se utiliza, así usualmente se ocupan plataformas como Facebook, Instagram, Twitter o Tik Tok, redes sociales que permiten una considerable propagación de los contenidos que allí se publican, en que los usuarios pueden acceder al relato o contenido de la funa, interactuar con ella y compartirla.

Lo que acontece entonces es que, por ejemplo, si tomamos como base una funa no anónima, el contenido queda disponible para ser leído por las personas que integran una determinada comunidad virtual, pudiendo ser solo quienes siguen a la cuenta o incluso puede llegar “a todo público”, dependerá del grado de privacidad o limitaciones

³³ Matus, J. P. y Ramírez M. C., op. cit., nota 28, 170 p.

con las que se configura la cuenta en la red social, entre otras consideraciones, pero lo interesante es la difusión que pueden tener, sea o no explícitamente solicitada por la persona denunciante.

En caso de que exista difusión o se comparta la funa, ahora quienes sigan a esta nueva cuenta tendrán acceso a ella y así con cada una de ellas, por lo que, si el nivel de privacidad es bajo o el caso denunciado es de cierta relevancia para la sociedad, fácilmente puede alcanzar una viralización en un corto plazo, lo que dependerá en definitiva de cómo se efectúa la funa y la comunidad que la recibe.

En definitiva, lo que se quiere evidenciar es la masividad que se logra mediante las funas, en que ahora la víctima pone en evidencia y acusa ante el mundo (o hacia una comunidad virtual) a una persona por cometer un delito grave, como puede ser acoso sexual o violación. Sumado al hecho de que la mayoría de las víctimas son mujeres y que se han reinstalado recientemente con mucha fuerza nociones feministas que promueven que se crea en la veracidad de la denuncia y que sintonizan con las experiencias comunes entre las mujeres, que a lo largo de su vida han sufrido agresiones machistas o actos indebidos desde temprana edad, existe entonces un contexto más sensible a este tipo de situaciones, lo que motivará su mayor visibilidad.

Más allá de la cuarta ola del feminismo como un factor que explica el auge de las funas, los que se tratarán más adelante, lo que nos importa ahora es detenernos en la humillación o ignominia pretendida por parte de la víctima al exponer al autor del delito. Se señala a una persona como culpable de un delito, sin que haya mediado proceso formal alguno.

Es evidente entonces una doble motivación en esta acción, por un lado, se levanta una señal de alerta respecto del victimario, cuyo propósito es la protección de las mujeres quienes ahora están precavidas de este tipo de comportamientos delictivos, y por otro, un afán vengativo, el que trataremos de dotar de contenido en el título siguiente, el que por ahora diremos que se condice más bien con la ley del talión, que nos remonta a prácticas de justicia privada, anteriores a la administración de justicia por parte del Estado, en que la víctima por sus propios medios adjudica lo que cree justo, donde no opera límite alguno, despreciando así los actuales caminos institucionales de resolución de conflictos.

Así, se reprocha un comportamiento incorrecto que se imputa como culpable, de una forma intensa, se denuncia al victimario ante la comunidad, individualizándolo, en ocasiones aportando más datos como su domicilio, lo que a su turno da pie a posibles “linchamientos” o reacciones ciudadanas que pueden culminar con graves consecuencias.

Así estamos en presencia de una retribución no mediada o dispuesta por el Poder Judicial, pues no existe una pena resultante de un debido proceso sino la mera constatación particular de la presunta víctima y lo que estima procedente. Se pierde un aspecto legitimador, propio de la imposición legal de penas en que es la voluntad general, expresada mediante un juez, que sanciona un comportamiento delictivo.

Con lo dicho podemos apreciar como la funa se asemeja en su pretensión a una pena o castigo, que pretende prevenir la ocurrencia de nuevos delitos, pero también a una venganza por su contenido retributivo ilimitado, así se debate entre conceptos que nos parecen contradictorios, los que conviene tratar ahora.

CAPÍTULO II: ¿Por qué castigamos?

1. Repaso histórico

Hasta ahora se ha sostenido una tendencia actual consistente en que la supuesta víctima de un delito sexual, que realiza la funa con los elementos ya descritos, desprecia a priori la labor de los tribunales de justicia (más allá de que si luego o de forma paralela utiliza algún mecanismo formal para canalizar su denuncia), “situación del todo preocupante en una sociedad democrática pues la funa, desde una perspectiva jurídica, es una forma de autotutela y como es sabido la autotutela -hacer justicia por sí mismo- está prohibida”.³⁴

Lo descrito da cuenta de una forma de justicia privada, que releva el rol protagónico del Estado y sus instituciones conformadas precisamente para atender las demandas de justicia.

Para entender este fenómeno conviene, primero, revisar brevemente la evolución histórica del *ius puniendi* estatal y de las principales teorías o justificaciones de la pena, lo que nos servirá para dotar de contenido y arribar en mejor pie a una discusión central para esta obra, como es la distinción entre el castigo y la venganza, para en definitiva evaluar la funa conforme a estas categorías y ver a cuál se asemeja en mayor medida.

“Antes de la Ilustración, la institución del castigo era concebida de una forma que hoy nos resulta bastante arbitraria. El Absolutismo y el despotismo impulsaron la idea de que los castigos eran medidas coactivas sobre las que, en general, no cabían cuestionamientos. (...) Además, los castigos debían ser visibles y atemorizantes. Debían hacer sufrir el cuerpo de los reos, pero también debían ser un espectáculo de suplicio a la vista de todos los súbditos”,³⁵ basta recordar las ejecuciones y escarmientos en las plazas públicas, a vista y paciencia de todos.

³⁴ Aillapán, Jorge. 2014. “La funa 2.0”. Columna publicada en el sitio [elquintopoder.cl](https://www.elquintopoder.cl/tecnologia/la-funa-2-0/). <https://www.elquintopoder.cl/tecnologia/la-funa-2-0/> (Consultado el 23 de septiembre de 2020).

³⁵ Torres, Ilse. 2017. La justificación del castigo en la filosofía del Derecho contemporánea. Tesis para aspirar al grado de Doctora por la Universidad de Alicante. España. <http://hdl.handle.net/10045/72702>, 13 p.

Estas prácticas penales fueron criticadas agudamente por el movimiento ilustrado, destacando notoriamente el ensayo de Beccaria “De los delitos y las penas”, para quien el acto de autoridad consistente en penar solo podía fundamentarse en la necesidad de tal pena, así, basado en el contractualismo concluye que cada integrante de una sociedad cede una porción de libertad a lo público para su defensa, y la “suma de esas mínimas porciones posibles forma el derecho a penar: todo lo que excede es abuso y no justicia; es hecho, no derecho”.³⁶

El autor cuestiona la excesiva severidad de ciertas penas y prácticas, sobre todo las que aún hoy consideramos de mayor gravedad, como lo es la pena de muerte que se encuentra vigente en algunos países, y el uso de la tortura para obtener confesiones. En líneas generales su obra enfatiza dos aspectos relativos a las penas que le parecen necesarios, por un lado, el uso racional del castigo, y por otro, su justificación, la que ahora ya no puede ser la mera posición de autoridad de los gobernantes ejerciendo actos de poder.

Si bien aún podemos considerar el *ius puniendi* como un acto de poder, el aporte histórico fue la limitación del mismo, el que ahora debe responder y justificarse en base a su conveniencia para la sociedad, pues “el derecho de castigar ha sido trasladado de la *venganza* del soberano a la *defensa* de la sociedad”.³⁷

Ya que el castigo debe ser justificado, surgieron dos principales teorías, las que han sido categorizadas como retribucionismo (teorías absolutas) y prevencionismo (teorías relativas), a groso modo, la primera arranca desde una perspectiva que considera la pena como un absoluto, que vale por sí misma y la segunda lo hace a partir de la utilidad o beneficio social.

2. Teorías de la pena

En lo que sigue se dará cuenta de una de las áreas más ampliamente debatidas dentro del Derecho Penal, como es la justificación de las penas, lo que también se ha

³⁶ Beccaria, Cesare. 2011. De los delitos y las penas; edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 113 p.

³⁷ Foucault, Michel. 1989. Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión, trad. de Aurelio Garzón del Camino. México: Siglo XXI, 95 p. (énfasis nuestro).

abordado con la etiqueta de los fines de la pena, donde se discurre respecto de la legitimidad del poder punitivo, primero veremos a los principales autores de la teoría retribucionista, para luego abordar a los más influyentes del ámbito prevencionista y finalmente hacer alguna mención a la teoría de la incapacitación, que cada día cobra más vigencia.

2.1 Retribución

La teoría de la retribución fue sostenida notablemente por Kant, quien entiende el derecho a castigar como el derecho del soberano de imponer al súbdito una pena como consecuencia de un delito, sin más, así, esto no puede servir “como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido”.³⁸

Así, deja fuera la posibilidad de justificar la pena por razones de utilidad social como hace el prevencionismo, se castiga, en general, solo en virtud del merecimiento personal, lo mismo respecto a la pena concreta o “cantidad de castigo”, la que se subordina a la Ley del Talión (*ojo por ojo, diente por diente*), la intensidad del castigo debe adecuarse exactamente a la intensidad del agravio cometido, por lo que quien mata entonces tiene que morir.

Lo anterior se sustenta en el imperativo categórico de Kant por el cual no se puede instrumentalizar a una persona para la consecución de otros fines, además, armoniza con la responsabilidad individual guiada por el libre albedrío y en definitiva, con la dignidad humana.

Kant lleva al extremo el retribucionismo, así nos otorga una hipótesis clásica (que justifica la calificación de la teoría como absoluta), que, por consecuencia de considerar la ley penal como un imperativo categórico sin fines utilitarios, en que, ante una eventual disolución de una sociedad civil pactada por todos sus miembros, por ejemplo, si los habitantes de una isla acuerdan diseminarse en otras localidades, tendría que ser previamente ejecutado hasta el último de los asesinos.

³⁸ Kant, Immanuel. 1989. La metafísica de las costumbres, trad. de Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J. Madrid: Tecnos, 166 p.

Por ideas como estas se ha criticado su teoría de la pena, la que se tacha como relativa a una justicia desprendida de las consecuencias de la aplicación práctica de la misma, desligada de una consecuencia útil o funcional.

Otro importante exponente del retribucionismo es Hegel, considerado al igual que Kant como un autor del idealismo alemán, quien ciertamente sostiene una justificación del castigo apartada del consecuencialismo.

Para él la justificación de la pena descansa en que “así como el delito es la objetivación de una voluntad particular cuyo valor declarativo es la lesión del derecho en cuanto derecho, la pena retributiva ha de consistir en la objetivación de una voluntad (general) de cancelación de esa voluntad, que constituye el restablecimiento del derecho”.³⁹

La pena es entonces expresión de una voluntad general, y es precisamente esto lo que la distingue de una reacción puramente vengativa, pues “la venganza, por el hecho de que es una acción positiva, *de una voluntad particular*, viene a ser una nueva vulneración, incorporándose como tal contradicción en el progreso al infinito y pasa en herencia, de generación en generación, ilimitadamente”.⁴⁰

Teoriza respecto a que el injusto es la negación del derecho, pero que el injusto criminal (delito) es la negación del derecho en cuanto derecho, que se manifiesta como realización de una voluntad particular cuyo valor declarativo consiste en la negación del derecho.⁴¹

El delito como realización de una voluntad que pretende cancelar la voluntad general plasmada en el derecho (abstracto), es entonces siempre coercitivo, esto necesariamente implica que el derecho cancele esta voluntad particular para su restablecimiento, también de un modo coercitivo, refutando la pretensión de validez que el hecho criminal reclama para sí.⁴² Esto hace posible fijar una concepción

³⁹ Mañalich, Juan Pablo. 2007. La pena como retribución. Revista Estudios Públicos N°108 (primavera 2007), 162-163 pp.

⁴⁰ Hegel, Guillermo. 1968. Filosofía del Derecho, trad. de Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Editorial Claridad, § 102 (énfasis nuestro).

⁴¹ *Ibíd.* § 95.

⁴² *Ibíd.* § 92.

confrontacional de la retribución coercitiva, que clama el restablecimiento de la vigencia de la norma quebrantada por el delito.

Así, “el derecho penal tiene por objeto el restablecimiento coercitivo de la vigencia de aquellas normas que son comunes a los miembros de la comunidad, *en tanto*, miembros de la comunidad (...) las normas cuyo quebrantamiento imputable es punitivamente reprochable son normas que el ciudadano llamado a responder por ese quebrantamiento ha de poder ver como *suyas*”.⁴³ Tal que la pena se materializa como una impugnación personalísima en tanto supone una agencia racional del responsable, bastando esto como razón suficiente para el castigo, ya que en definitiva al autor del delito se le honra como persona con este agravio, justificando el mismo en “beneficio” del propio delincuente, no en nombre de la sociedad atendiendo fines correctivos o intimidatorios.

Finalmente, cabe agregar que Hegel considera al delito como un hecho de triple lesividad, afectando a la víctima, la propia personalidad del autor, pero también, y lo que más nos importa, se lesiona el derecho de una comunidad política, cuya cancelación importa a la generalidad, cometido que es absorbido institucionalmente por el juez, que a través de un proceso judicial aplica las leyes o el derecho de la comunidad afectada, constituyendo la garantía de que la pena es manifestación de una voluntad que se sabe a sí misma general,⁴⁴ lo que nos permite identificar el nivel institucional como un factor relevante para diferenciar el castigo de la venganza, en términos hegelianos.

Revisados a grandes rasgos los autores y postulados clásicos del retribucionismo, corresponde ahora analizar las ideas que sustentan la justificación de la pena desde una perspectiva prevencionista.

2.2 Prevención

Esta labor nos obliga a partir desde Beccaria, quien para limitar las penas extremadamente gravosas de su época, cuyo propósito era principalmente inferir

⁴³ Mañalich, Juan Pablo. 2010. Retribución como coacción punitiva. Revista Derecho y Humanidades, N°16 vol.1, 53 p.

⁴⁴ Hegel op. cit., nota 15, § 220.

sufrimiento, propone cambiar entonces el foco, ante la constatación de que el delito cometido ya no puede ser eliminado, corresponde solo impedir que el delincuente cometa otros y disuadir al resto de la sociedad a hacer lo que él hizo. La pena no debe imponerse porque se ha pecado, sino para que no se incurra de nuevo en pecado.

Por tanto, “las penas y el método de infligirlas deben ser elegido de modo que, guardada la proporción, produzca una impresión más eficaz y más duradera en los *ánimos de los hombres* y menos atormentadora del cuerpo del reo”.⁴⁵

La novedad respecto de las teorías vistas previamente es que ahora abiertamente se reconoce un fin utilitario mediante la imposición de una pena, pues además de evitar que el propio delincuente cometa más delitos se pretende que el resto de los integrantes de la sociedad, observando la aplicación concreta de un castigo sobre un par, se inhiban de realizar conductas prohibidas (prevención general).

Accesoriamente, el propio autor sintetiza adecuadamente su pensamiento y nos ofrece que “toda pena debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles dadas las circunstancias, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”,⁴⁶ pasajes de los cuales sin mayor dificultad podemos notar los principios de publicidad, proporcionalidad y de legalidad como limitadores del poder punitivo, ampliamente reconocidos en nuestra legislación penal vigente.

Es tal su influencia que logra inspirar en el siglo XIX a la denominada escuela clásica del Derecho Criminal o Escuela Positivista, cuyos miembros más destacados fueron el antropólogo Cesare Lombroso, el jurista Raffaele Garofalo y el sociólogo Enrico Ferri, quienes estudiaron el crimen y el castigo ya no como fenómenos jurídicos sino como fenómenos empíricos que pueden ser analizados bajo estándares científicos.

En virtud de estos autores logramos advertir otra trascendental diferencia respecto a las nociones retributivas, en tanto desechan que el *ius puniendi* se pueda basar en la culpa moral o en la responsabilidad del ofensor, pues esta supone el libre albedrío de los individuos, concepto que no admite un estudio científico, que en definitiva es indemostrable empíricamente.

⁴⁵ Beccaria op. cit., nota 14, 113 p. (énfasis nuestro).

⁴⁶ *Ibíd.*, 90 p.

El propio Ferri condensa esto y es que el derecho a castigar no surge por la autonomía de las personas y la responsabilización de sus actos sino por las meras condiciones naturales de la existencia humana, en la lucha de la persona por existir y defenderse y ya que los seres humanos vivimos en sociedad el *ius puniendi* cumple una función de defensa social.⁴⁷

Esta escuela rechaza todo reproche moral al delincuente, así el fundamento de las penas es solo la prevención especial (contener al hechor de la comisión de nuevos delitos), con lo cual la determinación de la pena no se mide por la gravedad del delito, sino que con el grado de peligrosidad que supone el sujeto respecto a la sociedad, lo que abre la puerta a la imposición de penas indeterminadas, siendo el principal vicio o defecto probable de este tipo de prevención.

Además de trascender en la Escuela Positivista, Beccaria también impacta formidablemente en Jeremy Bentham, pues el primero subordina el castigo al fin de obtener la mayor felicidad para el mayor número (incluyendo al propio delincuente, por ello solo se justifica la pena necesaria, mínima, la que provoque el menor sufrimiento posible), precepto que es elevado por el segundo como uno de sus principales postulados para la teoría utilitarista que sostiene.

El utilitarismo de Bentham, justifica la institución del castigo como técnica de control siempre que se evite un mal mayor que el producido, procurando la mayor felicidad posible entre los miembros de la sociedad. La premisa que subyace esto es el reconocimiento de que el dolor y el placer son los dos extremos presentes en la naturaleza humana, constatando esto, el Estado y sus leyes, deben regirse por el principio de utilidad, tratando de aumentar la felicidad humana tanto como sea posible.

Así, el objetivo de la ley penal debe ser aumentar la felicidad, excluyendo todo lo que la pueda afectar, como es el mal que infiere un delito, pero como todo castigo, a su vez, importa un mal en sí mismo, solo se puede admitir si es que permite excluir un mal mayor.⁴⁸

⁴⁷ Ferri, Enrico. 1907. Sociología criminal. Tomo I y II. Madrid: Centro Editorial de Góngora. 65 p.

⁴⁸ Bentham, Jeremy. 1996. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, trad. propia. Oxford: Clarendon Press. 158 p.

Este costo, *solo se paga* y justifica por la prevención de conductas dañinas, permitiendo la subsistencia de una comunidad política estable, en que el Estado, en suma, debe asegurar y tratar de aumentar el placer mediante la gratificación de ciertas conductas, mientras que disminuye el dolor castigando otras.

Finalmente, teniendo como base que el fin principal es la prevención del mal (dolor), el autor reconoce al castigo cuatro objetivos subordinados, primero hay que prevenir siempre que sea posible y valga la pena (por ejemplo, podrían no castigarse delitos de bagatela), el segundo es diseñar un sistema que, a pesar de que falle el objetivo de inhibir conductas prohibidas, propenda a que el delincuente decidido a cometer algún delito, cometa el menos dañino posible, el tercero refiere a inducir al delincuente que ya tomó la decisión de delinquir, a que haga el daño mínimo necesario que satisfaga ese propósito, y el cuarto, exige que cualquier mal a prevenir, debe ser al menor costo posible.⁴⁹

Es Bentham el primero en plantear un modelo nítidamente alternativo al propuesto por la teoría kantiana, quienes estructuralmente solo comparten la premisa del individuo racional, que para el segundo llega mediante el uso de la razón al desinterés, pero para el otro más bien la persona se sirve de ella, calculando ventajas y desventajas (costos y beneficios) de realizar determinada acción.⁵⁰

Luego, este mal mínimo que se puede imponer en forma de castigo podrá considerarse un *bien*, que produce felicidad o placer, obviamente no respecto al delincuente, pero sí al agregar la suma de felicidades individuales que aprovechan la evitación de futuros dolores, lo que no es sino la utilización de un individuo como un medio de consecución de la felicidad de la mayor parte de la comunidad, algo intransable para Kant y su imperativo categórico.

Tal como se insinuó antes, el principal defecto de las teorías exclusivamente preventivas es que pueden dar pie a penas desproporcionadas al momento de su aplicación, pues en nombre de la *felicidad social*, en la Inglaterra decimonónica,

⁴⁹ *Ibíd.*, 165 p.

⁵⁰ Anitua, Gabriel Ignacio. 2015. Justificación del castigo. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 3. Capítulo 58. 2112 p.

algunos autores fueron más allá, al grado de desvirtuar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.⁵¹

Por otro lado, si consideramos las teorías retributivas más ortodoxas, que niegan la relevancia de considerar las consecuencias del castigo en el medio social que se inserta, dejando fuera entonces parte importante del contenido sancionatorio a justificar, o que en definitiva, si bien niegan la importancia disuasoria general, pero a renglón seguido sostienen que la pena retributiva garantiza el bien moral de la sociedad, satisface las demandas de justicia, o cualquier otra explicación que eleve el castigo como algo beneficioso para el todo social, podríamos concluir que de todos modos se estaría atendiendo a un fin consecuencialista.

Es por lo anterior, que pese al origen dicotómico o confrontacional del retribucionismo y el prevencionismo, luego diversos autores pondrán sus esfuerzos en aprovechar los aportes teóricos de cada cual, pero ahora buscando mayores acercamientos e intentos de integración entre ambas.

Así, surgen las teorías eclécticas, una de ellas y de importante difusión es la de Franz Von Liszt, quien además de ser un valioso dogmático penal, circunscrito a la Escuela Clásica de la Dogmática Penal alemana, que concibe al delito como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, suponiendo siempre la lesión de un bien jurídico, también trabajó la política criminal en su notable Programa de Marburgo, la que ahora posibilita respuestas más flexibles y multifuncionales, según el tipo de delincuente.

La justificación de la pena para los delincuentes *irrecuperables* será la incapacitación, para los que aún tienen oportunidad será la resocialización, y por último, para los delincuentes ocasionales y la generalidad de la población (eventual delincuente ocasional), el fin de la pena es la intimidación especial y general, respectivamente.⁵²

Configura entonces un sistema cuyo propósito es la “*pena-defensa*”, con una mejor adaptabilidad, según sea aplicable a las diversas categorías de delincuentes

⁵¹ Politoff, S., Matus J. P., Ramírez, M. C. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 60 p.

⁵² Anitua, op. cit., nota 28, 2118 p.

ofrecidas, en que el ámbito retributivo tiene su operatividad en la imposición concreta de la pena, lo que sea *justo* en el caso particular.

Otro autor clásico de la tradición alemana que sostiene una teoría mixta es Claus Roxin, con su *teoría dialéctica de la unión* la que pretende unificar las posiciones tradicionales, pero ahora principalmente en lo que respecta solo a las teorías de la prevención, en sus dos versiones, general y especial.

Roxin reconoce que, si el Derecho Penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre de la sociedad, las teorías de la pena no pueden sino guiarse a ese objetivo, influyendo en el delincuente individual (prevención especial), o sobre todos los miembros de la sociedad (prevención general) y mejor aún, ambos a la vez.

Para ello, el autor distingue tres niveles que supone la aplicación del derecho penal, el primero corresponde a la conminación penal, la que se logra con la redacción o tipificación de los diversos delitos, acá el fin (o justificación) es solo la prevención general; el segundo aborda la imposición de la pena concreta, determinada su cuantía, donde se deben sopesar tanto la prevención especial como la general, el tercero y último es la ejecución de la pena, referido principalmente al lugar, forma y actividades a desarrollar en el cumplimiento de la pena, donde adquiere relevancia la prevención especial, en forma de resocialización, la que no puede ser forzada, o lo que es lo mismo, debe ser aceptada por el hechor.

Lo interesante es que, en el segundo nivel, en caso de que estos fines entren en contradicción se debe preferir la justificación preventiva especial, esto es, procurar y tener a la vista la resocialización del delincuente, solo limitada por la prevención general, en el sentido de que la cuantía determinada no sea tan baja al punto de que la sanción se perciba como irrisoria por la sociedad.⁵³

Finalmente, el autor reconoce a la prevención general positiva tres funciones interrelacionadas, la primera refiere al efecto social pedagógico de respeto de las normas, la segunda a la *consolidación de la confianza en el derecho que producen los*

⁵³ Roxin, Claus. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas. 95-103 pp.

tribunales y la tercera a la pacificación de la conciencia jurídica de la comunidad al comprobarse la superación del conflicto.⁵⁴

Estas ideas se basan en una perspectiva funcionalista, en que la realización de la prevención general descansa en parte en la labor que desarrollan los jueces, o lo que hemos denominado el nivel institucional que supone la imposición de una pena.

Constatamos esto ahora desde una vertiente prevencionista, tal como hicimos antes con una retribucionista, así, consideramos que la discusión que trata de diferenciar la pena de un castigo necesariamente debe hacerse cargo de este punto, tal como lo expondremos en lo consecuente y se perfila como el decisivo a la hora de delimitar estos conceptos.

No obstante, conviene completar el cuadro general de las teorías de la pena, pues han surgido nuevas tendencias o reversiones de las anteriores, en gran parte subordinadas a la realidad consistente en una extensiva práctica de la pena privativa de libertad, en condiciones deplorables, que no solo dificultan el ideal resocializador, sino que lo imposibilitan.

2.3 Incapacitación

Las teorías de la prevención logran sobreponerse en el debate y se instalan en la mayoría de los estados naciones occidentales, incluso, tras las guerras mundiales, logran una consagración en las declaraciones internacionales de Derechos Humanos, siendo la más importante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 10.3 dispone que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

Lo propio en el plano regional americano se establece en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 5.6 que enuncia “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En definitiva, tal como señalaba Roxin, en las fases de determinación

⁵⁴ Roxin, Claus. 1976. “Sentido y límites de la pena estatal” en Problemas básicos del Derecho Penal. Trad. de D. Luzón Peña, Madrid, Reus. (énfasis nuestro).

concreta de la pena y su ejecución, los Estados tienen la obligación de propender a la reinserción social de los delincuentes.

Mientras que en lo formal el fin resocializador alcanza la mayor consagración jurídica posible en su calidad de DD.HH., en lo material la realidad penitenciaria le priva toda posibilidad de realización, ya nos debería parecer raro, solo en el plano teórico, que se pretenda reinsertar en la sociedad a estas personas, apartándolas de la misma, con el uso intensivo de la privación de libertad.

En el plano fáctico, todo se pone cuesta arriba, por ejemplo si tomamos la realidad chilena, observamos en un análisis de 40 recintos penitenciarios, incluso excluyendo a los de mayor población penitenciaria, entre los años 2016 y 2017, en promedio estos planteles estaban en un 51,5% por encima del nivel de capacidad de la unidad penal, y aproximadamente un 40% de ellos además en condición de hacinamiento, esto es, superando la población penal en más del 20% de sus plazas.⁵⁵

En un 90% de esas cárceles existen problemas respecto a las condiciones materiales de las celdas, módulos o espacios comunes, que van desde conexiones eléctricas peligrosas, problemas de iluminación, ventilación, humedad, filtraciones, falta de limpieza e higiene, incluso “se advierte en diversos establecimientos, que continúan existiendo plagas de insectos o roedores, lo que se relaciona directamente con las medidas de higiene del recinto y la falta de acciones preventivas”.⁵⁶

Como si fuera poco y para adoptar una mirada más global, en lo que respecta a hacinamiento, Chile irónicamente ha destacado como uno de los países con menores tasas de América Latina, habiendo países como Bolivia con un 253,9%, Perú con 239,3% y Paraguay 178,6%,⁵⁷ donde las problemáticas asociadas se incrementan exponencialmente, tal como señala el informe de los años 2014 – 2015.

Basta lo dicho para demostrar algo que hoy es un hecho notorio, las cárceles se estructuran y desempeñan en pésimas condiciones de habitabilidad, con severas deficiencias de todo tipo, atosigadas por una excesiva población penal, lo que tendrá

⁵⁵ Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2016 - 2017. 2018. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares de Derechos Humanos sobre el derecho a la integridad personal. Instituto Nacional de Derechos Humanos. 132 p.

⁵⁶ *Ibíd.*, 133 p.

⁵⁷ *Ibíd.*, 31 p.

como consecuencia que solo algunos podrán optar a los programas educativos o de reinserción, como talleres de trabajo, los que usualmente se supeditan a una exigencia de buen comportamiento.

Se vulnera, entonces, no solo el derecho humano a la reinserción social, sino que también otro, el supuesto aún más básico de que toda persona privada de libertad debe ser tratada con irrestricto respeto a su dignidad humana que le es inherente, contenido también consagrado en los instrumentos previamente reseñados.

Ante este drama humano, que compete a la sociedad en su conjunto y de configuración multifactorial, algunos autores, ante la evidencia de que el fin resocializador por más loable que fuere no tiene un correlato en la realidad y que la cárcel más bien cumple un rol desocializador, constituyendo un lugar criminógeno, advierten que la justificación de la pena es, fácticamente, la incapacitación del delincuente a que pueda cometer delitos en el tiempo determinado por la pena concreta.

En otras palabras, la esencialidad de la cárcel en el siglo XXI es la exclusión y se sostiene o vale por su capacidad de vigilancia, que nadie escape de sus celdas. Las causas del delito son ignoradas por este sistema carcelario, lo que entronca con el proceso iniciado a fines del siglo XX, con la caída de los Estados de Bienestar, en que la pena como tratamiento se ponía en duda, por lo que surgen ideas que la justifican y armonizan como una táctica penal de *mano dura*, siendo expresión de lo que se conoce como populismo penal.

En suma, la incapacitación o inhabilitación, que tal como vimos antes más bien cumplía una función secundaria en el proceso de justificación de la pena, siendo circunscrita su fuerza explicativa solo al delincuente habitual, ahora asciende como función principal de la pena moderna, a todo el espectro de sujetos delictuales, alcanzando incluso a quienes por ejemplo en Chile, aún en proceso de investigación y tras la formalización, se les dicta la medida cautelar de prisión preventiva, en virtud de un análisis de peligrosidad.

Lo preocupante de aceptar a la incapacitación como justificación principal de la pena es que esta no surge por marcos teóricos contundentes o teorías que nos puedan ayudar a solucionar el fenómeno criminal, no es que exista un conjunto de ideas que

hayan logrado sobreponerse en el debate público a las nociones que sustentan a la prevención especial, lo que no quiere decir que el modelo correccional o resocializador no esté en crisis, pues precisamente este sucumbe, pero en el plano práctico no en el teórico.

Es importante destacar esta distinción en el análisis, pues reconociendo que las deficiencias se dan en un *supuesto* intento de ejecución de las ideas resocializadoras, con la disposición de cárceles, organizadas de cierta forma, en que no se cumplen siquiera mínimos estándares de salubridad y lo ya antedicho, y que entonces, mantiene altos niveles de reincidencia, no puede llevar a concluir que la teoría de la prevención especial debe ser descartada.

Más que una dificultad insalvable de la ideología correccional, adherimos a la idea de lo que existe es una “crisis del modelo de desarrollo económico-social del cual aquél es expresión concreta en la política de control social”,⁵⁸ que procura la creación de más cárceles, aumentar la dotación de agentes penitenciarios y la inversión policial, en desmedro de atender las causas de la criminalidad, como pueden ser el bajo nivel de escolaridad, considerado tanto su extensión o duración como su calidad, provenir de comunas o familias en que el ámbito delictivo es más habitual que en el resto del país, u otros factores que exceden el ámbito de este trabajo, pero conviene siempre tener presente.

Situación que podría intentar ser revertida con una decidida intención en avanzar en la prestación de derechos sociales, que promuevan el desarrollo espiritual y material mínimo y necesario para que los ciudadanos puedan efectivamente ser motivados por las normas de conducta, con programas aún más integrales para los privados de libertad, esto nos parece una práctica realmente acorde a la teoría de la prevención especial más que la perpetuación del negocio carcelario en el que además se ha permitido dejar la gestión de los centros en manos de privados.

Hemos revisado sucintamente los postulados de algunas teorías que justifican el *ius puniendi* estatal, con la particularidad de que, por un lado, una de las primeras y más notables en el espectro del retribucionismo, y por otro, una prevencionista mixta

⁵⁸ Anitua, op. cit., nota 30, 2120 p.

con un importante desarrollo y aceptación por numerosos países y ciertamente Chile, a pesar de su origen diverso, concluyen que la disposición de la pena por los tribunales de justicia, con garantías previas de publicidad, legalidad, entre otras, es un contenido necesario a la hora de configurar un sistema que pueda justificar la potestad sancionatoria del Estado.

Finalmente, antes de dar origen a un nuevo título en este trabajo es menester sostener que las teorías del fin de la pena no son fórmulas pétreas que puedan justificar el castigo de una vez y para siempre, a todo evento y tiempo, sino que están en un constante juego de desplazamiento, en que una se sobrepone a otra, se reutilizan o disfrazan según los objetivos particulares perseguidos por una determinada forma de organización estatal.

En lo que sigue, ya teniendo interiorizadas ciertas nociones generales analizaremos el debate sobre qué se ha entendido como castigo y venganza, si es que en definitiva existe algo que pueda diferenciar o delimitar estos conceptos y a partir de ello evaluar a la funa como manifestación de uno u otro.

3. Castigo y venganza

En el título anterior dimos cuenta cómo surge y se justifica el *ius puniendi* estatal, ahora nos centraremos en dilucidar por qué la “aplicación de castigos por parte del Estado se muestra como un acto de impartir justicia, mientras que conductas similares llevadas a cabo por particulares se consideran crímenes”,⁵⁹ lo que evidencia cómo la venganza es desvirtuada como una opción válida de reacción ante la actuación de otro que nos provoca sufrimiento o agravio.

Para abordar esta distinción, arrancaremos desde la obra de Robert Nozick, quien conviene que el castigo o pena (conceptos que hemos y seguiremos usando como sinónimos) entendidos como retribución merecida por el mal producido, comparten la misma estructura que la venganza, en tanto se inflige un daño a quien ha

⁵⁹ Bonorino, Pablo. 2017. ¿Existe una diferencia conceptual entre venganza y castigo? Anuario de Filosofía del Derecho (XXXIII). ISSN 0518-0872. 13 p.

actuado incorrectamente dañando a otro, con la intención de que sepa por qué es que se le hace sufrir.

No obstante, ofrece cinco criterios para diferenciarlos los que resumen en gran medida la literatura al respecto, que nos servirán como las principales directrices para abordar este debate:

- 1) *El castigo se efectúa por la existencia de un mal, mientras que la venganza puede efectuarse para lesionar o dañar o por desprecio y no requiere de un mal.*
- 2) *El castigo fija un límite interno a la cantidad de sanción, según la seriedad del mal, mientras que la venganza internamente no fija ningún límite a lo que inflige. La venganza, por su naturaleza, no necesita fijar límites, sin perjuicio que el vengador puede limitar lo que inflige por razones externas.*
- 3) *La venganza es personal: “esto es por lo que hiciste a mi _____” (mismo, padre, grupo, y así). Mientras que el agente que castiga no requiere tener un vínculo especial o personal con la víctima del mal por el cual se le impone un castigo.*
- 4) *La venganza involucra un carácter emocional particular, el placer en el sufrimiento del otro, mientras que el castigo o bien no involucra un carácter emocional, o involucra otro, a saber, el placer porque se haga justicia. Por lo tanto, el sediento de venganza a menudo querrá experimentar (mirar, estar presente en) la situación en que el vengado está sufriendo, mientras que en el castigo no hay interés en presenciar el castigo.*
- 5) *No tiene por qué haber generalidad en la venganza. El vengador no está comprometido con vengarse por actos similares realizados a cualquiera; ni está comprometido con vengarse de todo lo que se le ha hecho. Si busca venganza, o piensa que es apropiado hacerlo, dependerá de cómo se sienta al momento del acto dañoso. Mientras que el que impone un castigo, infligiendo una sanción merecida por un mal, está comprometido con (la existencia de algunos) principios generales (prima facie) que mandatan un*

*castigo en circunstancias similares. Es más, es posible que estos estándares generales sean dados a conocer de forma clara en el proceso de castigo.*⁶⁰

A estos criterios cabe agregar la caracterización, ahora solo del castigo, que hacen otros autores por ejemplo Hart, quien identifica cinco elementos, el primero es que debe implicar dolor u otras consecuencias no placenteras o desagradables, el segundo es que se impone a consecuencia de una transgresión, o al menos supuesta transgresión de una regla jurídica, el tercero es que debe recaer sobre el delincuente (o el supuesto) por la transgresión, el cuarto refiere a que es administrado intencionalmente por personas distintas al delincuente y el último es que es impuesto por una autoridad constituida por el sistema jurídico en contra del transgresor.⁶¹

Ross por su parte toma como base la propuesta anterior, a la que le plantea tres principales críticas, la primera señala que el cuarto elemento no es necesario pues le parece que queda incluido en el quinto, ya que el “castigo” proporcionado intencionalmente por una persona, que carece de esa autoridad, deviene en un acto arbitrario de naturaleza distinta.⁶²

Otra objeción es la que dice relación con el cuarto elemento, en que el castigo tiene que ser impuesto a quien se considera autor de la transgresión, lo que impediría la posibilidad de la responsabilidad vicaria, o en otras palabras, hacer responsable a una persona por el hecho ajeno, noción de nomenclatura más propia del ámbito civil, pero si queremos entenderla en lo penal puede adquirir relevancia en contexto de asociaciones ilícitas en que lo realmente importante es poder responsabilizar a los cabecillas de la misma y no a los meros ejecutores de órdenes, que en la estructura delictual son irrelevantes o fácilmente reemplazables por otros “soldados”, situación que ha venido a ser satisfecha por las teorías de autoría mediata o del hombre detrás, que instrumentaliza al de adelante para la comisión de delitos.

Esta crítica nos parece parcial en tanto los elementos sostenidos por Hart son los del castigo estándar o los centrales de toda pena, pues además el reconoce casos

⁶⁰ Nozick, Robert. 1981. *Philosophical Explanations*, trad. propia. Disponible en <https://antilogicalism.com/wp-content/uploads/2017/07/philosophical-explanations.pdf> 366-368 pp.

⁶¹ Torres, op. cit., nota 13, 92 p.

⁶² *Ibíd.*, 94 p.

sub-estándar o secundarios, donde precisamente se encuentra la hipótesis de responsabilidad vicaria.⁶³

Dejamos para el final la objeción que nos parece más importante, pues Ross apunta a la carencia de un elemento esencial del castigo, como es la desaprobación que si bien podemos interpretar que se sostiene satisfactoriamente en el elemento segundo de Hart referido a la transgresión de una regla jurídica, no es así pues esta crítica se erige tras una distinción previa, está la transgresión de la regla jurídica específica con determinado contenido y la contravención del sistema normativo reconocido.

Esta distinción es resultado de lo que entiende como Derecho vigente, pues si ese estado se subordina a que las normas se acaten con regularidad y se perciban como obligatorias, sería un error que la transgresión a las mismas fuera indiferente, así, opina que requerimos una desaprobación que opere en dos niveles, por un lado, el del propio sistema normativo que ha previsto las consecuencias si se violan las normas que lo componen, hasta acá no habría diferencia con Hart, pero por otro lado, una desaprobación a los súbditos del sistema jurídico, cuyo fundamento psicológico es la conciencia jurídica formal, la que determina el cumplimiento del Derecho por ser tal, independiente de que se evalúe como contrario a las ideas propias sobre lo correcto o justo moralmente,⁶⁴ por lo que en definitiva la diferencia se explica en incorporar una desaprobación formal en los términos expuestos.

Hecho el contraste, Ross propone los siguientes aspectos centrales del castigo, consistente en la respuesta social que:

- 1) *Tiene lugar cuando hay una violación de una norma jurídica.*
- 2) *Es impuesto y ejecutado por personas autorizadas en representación del orden jurídico al que pertenece la regla que ha sido violada.*
- 3) *Implica sufrimiento o, al menos, otras consecuencias que normalmente se consideran desagradables.*

⁶³ Los otros corresponden a las sanciones descentralizadas, impuestas por personas que no son funcionarios autorizados; y los castigos por infracciones a normas u órdenes no jurídicas, que se pueden dar en un contexto familiar, escuela, centro deportivo o cualquier tipo de organización con una normativa interna.

⁶⁴ Torres, op. cit., nota 39, 93 p.

4) *Expresa desaprobación hacia el infractor.*

Tras esta sucinta revisión, vemos como ciertos elementos, con algunos matices son ampliamente compartidos por los autores, así retomaremos los criterios diferenciadores de Nozick y nos centraremos en el tercero y el quinto, la ausencia de vínculo personal y afán de generalidad del castigo, respectivamente, funciones que a priori entendemos se satisfacen al entregar la solución del conflicto a un tercero imparcial, cuyo actuar no queda supeditado al interés de la víctima, sino que a un conjunto de reglas que lo obligan a fallar de la misma manera ante hechos similares, sin poder abstenerse de hacerlo por su mero arbitrio.

Que la venganza sea personal implica que solo puede ser deseada por la víctima o por quienes tienen un vínculo estrecho con la misma, si hubiere terceros que también quieran que se “haga justicia” no es suficiente para el autor, así, luego solo los primeros podrían practicar una venganza propiamente tal (o mandando a los segundos), pues ellos o son los directamente afectados o tienen una conexión con la víctima, la que permite satisfacer el ámbito emocional de experimentar cierto placer con el sufrimiento del otro, lo expuesto en el cuarto criterio diferenciador.

En cambio, el castigo sí puede ser deseado e impuesto por personas carentes de este vínculo, es más, lo normal es que la autoridad mandatada en adjudicar la pena necesariamente deba ser ajena al conflicto, para satisfacer un estándar de imparcialidad, que no tenga interés en el mismo, lo que se posibilita, por ejemplo en la legislación nacional, con las implicancias y recusaciones las que, en general, operan en caso de vínculos familiares o patrimoniales entre algún interviniente del proceso y el juez, hipótesis que se recogen en nuestro Código Procesal Penal vía remisión al Código Orgánico de Tribunales, artículos 195 y 196.

Nozick no niega la posibilidad en que algunos casos la gente pueda moverse por motivos mixtos, parcialmente con un deseo de castigo, parcialmente con un deseo de venganza, o que uno esconda al otro que realmente está operando, pero le parece un criterio útil en tanto si bien se podría “acusar” a alguien que apoya un castigo, pero realmente ansía venganza, esto le parece inverosímil en el sentido contrario, es decir,

no se acusa a la víctima que clama por venganza a que realmente lo que quiere es un castigo, pero se *avergüenza de ser moralista*.⁶⁵

Este criterio ha sido criticado por algunos autores, quienes en realidad pretenden desvirtuar los cinco propuestos, pero revisaremos los seleccionados que tienen mayor relación con el propósito de este trabajo, así, por ejemplo Zaibert repara en qué hay que entender por lo “personal” y cree que la única forma posible es dentro del espectro público-privado, de dos maneras, primero como *intimidación*, con el problema de poder determinar cuando un sujeto se vincula íntimamente con otro, respuesta que puede ser distinta si se le pregunta a uno u otro, pues la evaluación es subjetiva y como tal pierde toda fuerza como criterio suficiente para trazar la distinción.

La otra opción es entender lo íntimo como algo parecido a “no regulado”, pero ahora pensando en cómo se ejecuta el castigo o venganza, de esta forma el criterio se muestra aún más difuso, pues dependerá la caracterización del acto según el contexto con que se lleva a cabo, por ejemplo “encerrar a un violador en una cárcel a cargo de oficiales del Estado sería diferente a encerrarlo en una réplica exacta de una celda en una casa. Pero decir que el castigo ocurre en contextos institucionales y la venganza fuera de ellos implica ignorar (i) que casi la totalidad de la vida social transcurre en el marco institucional (en el sentido de prácticas reguladas aunque no estatales), y (ii) que el castigo es un fenómeno común fuera del contexto institucional del Estado.”⁶⁶

Otro autor también objeta la dicotomía *personal/impersonal* que supone Nozick, así considera que incluso puede ser interpretada de diversas maneras, primero, al igual que el autor anterior, la diferencia puede ser perfilada en que la venganza tiende a recaer en manos de privados y el castigo centralizado en instituciones públicas, lo que le parece una verdad histórica innegable, más no suficiente para distinguir los conceptos, pues esta verdad solo mostraría la continuidad histórica que las engloba y el único contraste es la autoridad que las lleva a cabo.

Conviene precisar el concepto de continuidad histórica ofrecido, todo el punto se resuelve allí, pues el autor sostiene que la venganza no recaía necesariamente en un individuo aislado, sino más bien a su grupo de pertenencia, hasta que llegó el momento

⁶⁵ Nozick op. cit., nota 37, 368 p.

⁶⁶ Bonorino, op. cit., nota 36, 23-24 pp.

en que los grupos fueron lo suficientemente grandes y se da paso a la práctica “impersonal” del castigo, que a su parecer no existe, entonces, problema alguno de entenderlo como venganza colectiva.

También la dicotomía se puede desentrañar como que lo personal refiere a lo parcial o sesgado y lo impersonal, a lo imparcial, tal como nosotros mismos puntualizamos antes, interpretación que tampoco convence al objetor, pues además de que le parece absurdo considerar que el sistema penal siempre es imparcial, más impertinente es concluir que la venganza deba ser parcial o culmine necesariamente en resultados injustos desde la perspectiva del sistema de justicia criminal, a su parecer un “vengador” podría ser tan imparcial como un juez profesional.

Finalmente, otra forma de analizar este factor es respecto al lazo personal que habilitaría a un grupo de personas poder efectuar la venganza, en que el vínculo le parece tan débil, en tanto alcanzaría a cualquiera que integre el grupo, por lo que la diferencia se desvanece, es más, ya que el propio Nozick reconoce que incluso alguien unido personalmente con la víctima puede echar mano a agentes, ajenos del grupo, para que practiquen la venganza “hasta se podría entender que el gobierno -en la medida en la que actúa como agente del pueblo- satisface la exigencia de tener un “lazo personal” al imponer un castigo en el marco del sistema de justicia criminal, lo que muestra que bajo esta interpretación tampoco es posible fundar la distinción entre castigo y venganza”.⁶⁷

Kaufman, a su turno, pretende desvirtuar el quinto criterio diferenciador, que establece que el castigo tiene pretensión de generalidad, en tanto existen reglas que obligan a actuar y sancionar hechos similares que están prohibidos, sin poder exonerar a alguien por mero arbitrio o careciendo de razones para ello, mientras que la venganza dependería exclusivamente de la voluntad del afectado y de cómo se *siente* al momento de sufrir la afectación.

Inicia su planteamiento señalando que esto también se resuelve según cómo se interprete la dicotomía anterior, pues en este caso lo personal implicaría no estar comprometido con ciertos principios generales, es un vengador que actúa en persona y

⁶⁷ *Ibíd.*, 25 p.

en un solo caso y lo impersonal alude al deber de aplicar los mismos castigos a todos quienes realicen las mismas ofensas, como una consecuencia inevitable del actuar del castigador o del sistema estatal que debe actuar siempre, y lo hará a través de sus funcionarios.

Cree que lo anterior explica realmente solo una buena razón histórica para justificar la adopción de un sistema público de aplicación forzada de castigos, pero que en los hechos resalta más una continuidad histórica entre estos sistemas, pues “resulta empíricamente incorrecto afirmar que no existe pretensión de generalidad en la venganza, ya que muchas sociedades que apelaron a ella la restringieron y regularon mediante principios generales (el ejemplo más famoso es la *Lex Talionis*). Además, en esas comunidades, los vengadores que se excedían en sus actos de venganza eran denunciados y avergonzados públicamente”,⁶⁸ así la evidencia apuntaría más bien a la identidad conceptual de estos términos, que operan en distintas etapas históricas, pero siendo expresión de un continuo en la forma de imponer sanciones sociales, privando de toda capacidad de distinción al criterio.

Bonorino acertadamente reconoce que la discusión y las impugnaciones surgen en tanto los conceptos de castigo y venganza son muy imprecisos, principalmente en lo que respecta a su naturaleza e identifica que los criterios de Nozick se basan principalmente en los sentimientos y emociones capaces de motivar actos comunicativos y con ello el mensaje que se transmite. Ante esta complejidad, referida a la polisemia de estos términos, propone distinguir los tres sentidos principales con que son usados: como actos, sentimientos⁶⁹ e instituciones.

Utiliza entonces la teoría de la acción, la cual distingue entre acto y actividad, el primero se define por los resultados, producir un cambio de un estado de cosas a otro, como es la muerte; la segunda, refiere a mantener procesos en marcha, como una lluvia, que para ser tal requiere la caída de agua durante un periodo de tiempo, luego, la actividad tiene un inicio y un fin, los que generalmente serán actos.

Ahora, si entendemos el castigo y la venganza como un acto comunicativo en que A inflige a B un sufrimiento por una ofensa con el deseo de que el receptor

⁶⁸ *Ibíd.*, 28 p.

⁶⁹ En este ámbito sostiene que no hay diferencia relevante, pese a que no ahondaremos en ello.

comprenda por qué se le inflige, Nozick solo expone el mensaje del primero, este es, mostrar al receptor o primer ofensor que se ha desconectado de los valores correctos que rigen a la sociedad, en que el sufrimiento producido no es lo que define al castigo sino una consecuencia secundaria que podría desaparecer si es que fuere posible transmitir el mensaje de otra forma. El castigo le hace sentir al ofensor los efectos de haberse alejado de los valores adecuados, tal como él hizo con su agresión.

Entonces surge el problema, cuál sería el mensaje distintivo de la venganza, Bonorino sostiene que ninguno pues la venganza transmite un mensaje moral de que el ofensor se ha desconectado de los valores que rigen a la sociedad, por lo que se usa este acto hostil como forma de forzar su reconexión. En suma, a nivel de acto individual, no son distinguibles, pues las diferencias surgen no del acto en sí mismo, sino que de las condiciones y procedimientos institucionales que establece una comunidad para su ejercicio legítimo.

En el sentido de institución, partamos desde un ejemplo, la parcialidad innegable del vengador individual es una buena razón moral para justificar la adopción de un sistema público de castigo, a cargo de un tercero imparcial, ante este tipo de consideraciones el estándar evaluativo es si las diferencias procedimentales son suficientes para fundar la distinción conceptual de los términos.

Bonorino sostiene que sí, en tanto las “instituciones se pueden entender como una práctica social organizada a partir de un conjunto de reglas que establecen procedimientos, esto es, reglas que establecen las formas y las condiciones para que la realización de ciertos actos *tenga un significado social diferente al que tendrían si no se realizan dentro de ese marco*”.⁷⁰

Es más, argumenta que este es el único sentido semántico en que se puede sostener la diferencia entre castigo y venganza, lo que no llega al extremo de negar sus similitudes o fronteras porosas en algún momento histórico pasado, pero sí le reconoce su vigencia pues permite atender las discusiones actuales sobre la justificación moral del castigo que se centran en las *reglas y procedimientos* que se consideran idóneos

⁷⁰ Bonorino, op. cit., nota 68, 34 p. (énfasis nuestro).

para tipificar delitos y los *dispositivos institucionales* que hacen efectiva la imposición de la pena.

Aceptando que el mensaje puede ser distinto conforme al marco institucional que lo origina, la pena, a diferencia de la venganza “se conformaría como mecanismo simbólico que fortalece la conciencia jurídica, y contiene, mediante actuaciones psicológicas profundas, la reacción social que supuestamente podría ser más grave merced a la indignación generada por el hecho delictivo”.⁷¹

En definitiva, concordamos plenamente con estos autores en tanto si bien las diferencias entre el castigo y la venganza pueden llegar a ser menos que las agrupadas por Nozick u otros autores, o unas más discutidas que otras, sostenemos que el principal criterio diferenciador, tiene que ver con el nivel institucional presente en la imposición de una pena, ya que “es como hecho institucional y no como hecho bruto que la irrogación del mal ha de corresponderse con el delito (...) el reproche penal no se formula desde el punto de vista de la víctima del delito: el fundamento del reproche se encuentra en la defraudación de la confianza recíproca que se reconocen a los co-agentes morales respecto del seguimiento de normas aceptables para todos, y no (directamente) en la lesión de un bien jurídico (aun cuando ésta puede condicionar parcialmente, la medida del reproche). El reproche penal es un asunto público, y por eso el derecho penal es derecho público”.⁷²

⁷¹ Anitua, op. cit., nota 58, 2130 p.

⁷² Mañalich, op. cit., nota 39, 165-166 pp.

Capítulo III: Funas en un Estado de Derecho

1. ¿Por qué surgen las funas?

En la última década han surgido en Chile diversos movimientos sociales que han generado bastantes impactos en la ciudadanía. Esto por una serie de cuestionamientos respecto de diversos aspectos que sientan las bases de nuestra sociedad. En 2006 por ejemplo, surge el primer alzamiento protagonizado por estudiantes secundarios, quienes estaban en contra de una privatización del sistema de educación impuesto durante la dictadura de Augusto Pinochet con la promulgación de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE).

Este período fue denominado también “Revolución pingüina” en alusión a una forma chilena de referirse a los estudiantes de educación primaria y secundaria debido al aspecto de sus uniformes escolares. Esta movilización terminó con la aprobación, dos años después, de la Ley General de Educación generada a través de un acuerdo transversal entre los diversos partidos políticos que había en ese entonces en el Congreso Nacional, ley que reemplazaba la LOCE.

Sin embargo, esto no dejó satisfechos a los manifestantes, quienes en 2011 vuelven a las calles, generando una serie de manifestaciones a nivel social, llevada a cabo también por los estudiantes secundarios, pero esta vez, sumándose, universitarios e incluso algunos estudiantes del sector privado. En este nuevo movimiento social, se aludía al rechazo del sistema educacional chileno, el cual proveía una amplia participación del sector privado en desmedro del Estado, exigiendo entonces una educación pública, gratuita y de calidad causando, por tanto, una caída histórica en la aprobación presidencial y la realización de constantes cambios en el gabinete.

A su vez, en octubre de 2019 se generó el gran Estallido Social o la también llamada “Revolución de los 30 pesos”, la cual corresponde a una serie de manifestaciones y disturbios originados en Santiago que tuvieron impacto en las diversas regiones del país. La causa inmediata de este movimiento fue el alza en la tarifa del sistema público de transporte y tras este hecho, centenares de estudiantes se organizaron para evadir el pago del mismo, sumándose con el paso de los días, un

mayor número de evasores. Producto de ello, comenzaron a generarse diversos saqueos; incendios a estaciones de metro; así como también enfrentamiento entre los manifestantes y Carabineros de Chile.

Este movimiento en particular, causó múltiples cuestionamientos respecto a la validez y nivel de representatividad que tenía la Constitución Política de la República, ya que, al ser implementada en dictadura a partir de 1980, se discute su legitimidad. A su vez, se forja un descontento respecto a las diferencias sociales, reflejadas en el monto de las pensiones, los altos costos de los fármacos, entre otros. Ello, desembocó en realizar un plebiscito, en el cual la ciudadanía pudiera elegir si es que quería el establecimiento de una nueva Constitución o mantener la de 1980, ganando en un 78,25% el apruebo por una nueva Constitución en contra de un 21,73% por el rechazo.

A lo largo de todos los movimientos sociales antes mencionados, surge en forma transversal un nuevo tipo de manifestación centrada en la mujer, que no sólo se da a nivel nacional, sino que, a nivel global, lo cual permite que el movimiento feminista se asentase con mayor fuerza durante el siglo XXI en la cotidianidad dentro de la población femenina.

Principalmente en la última década, han surgido una serie de movimientos políticos, culturales, económicos y sociales de carácter feministas⁷³ que han dado lugar a una serie de demandas teniendo como principal objetivo la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y así eliminar la dominación y violencia de los hombres sobre las mujeres.

Todo ello, ha surgido en relación a las diversas desigualdades existentes entre ambos sexos, aspectos que se logran reconocer tanto desde el ámbito jurídico, como por ejemplo en la producción, interpretación y aplicación de las leyes; como también en el ámbito más personal de la cotidianidad de una familia, como, por ejemplo, la distribución de las labores de un hogar.

⁷³ En ese sentido, de acuerdo a Castells, “entenderemos por feminismo lo relativo a todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad, y opresión de las mujeres y lograr, por tanto, su emancipación y la construcción de una sociedad en la que ya no tengan cabida las discriminaciones por razón de sexo y género”. Castells, Carmen. 1996. Perspectivas feministas en teoría política, Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad. 10 p.

Así, a lo largo de la historia se han atribuido ciertas características tanto a las mujeres como a los hombres, creándose un sistema dual de pensamiento, en el cual “los hombres se han identificado a sí mismo con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular”⁷⁴. En ese sentido, este pensamiento dual no solo se centra en la división de dos términos, sino que también se ha establecido que las características que se suele asociar al hombre, resultan estar por sobre las características que se asocian a la mujer, siendo lo racional superior a lo irracional.

Estas distinciones- o más bien estereotipos- se logran reconocer en el ámbito técnico y en especial en la conformación de las leyes que nos rigen, siendo este el primer problema que genera las enormes desigualdades existentes entre ambos géneros y que, por consecuencia, provocan una desproporción y desprotección en cuanto a las víctimas de delitos sexuales, siendo éstas en sus mayorías, mujeres.

De esta forma, y sin ir más lejos, cuando nos preguntamos cómo nos imaginamos a la justicia, la mayoría de las personas responderíamos que la vemos representada en la figura de la diosa Temis, como una estatua de una mujer con los ojos vendados teniendo en una de sus manos una balanza y en la otra una espada, simbolizando la justicia y la igualdad. Sin embargo, y a pesar de representar a la justicia –siendo este uno de los fundamentos principales de la existencia de nuestro ordenamiento jurídico- como una mujer, históricamente ha dominado la idea de que el derecho es masculino y no femenino, proyectando una idea de que el derecho es racional, objetivo y universal, vale decir, asimilable a todas las características que el propio hombre se ha atribuido⁷⁵.

⁷⁴ Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho. 2000. 25-42 pp. Publicado en David Kairys (ed.), *Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), 452- 467 pp. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis. 138 p.

⁷⁵ *Ibíd.*, 140 p.

Este modo de pensar, ha causado que la figura de la mujer no esté correctamente representada en una serie de tipos penales y civiles, causando un sentimiento de escasa regulación en cuanto a las distintas situaciones en las que se puede encontrar una mujer y de la cual el derecho debe hacerse cargo.

Ello se demuestra, que en el propio Código Civil existen artículos que son considerados discriminatorios contra la mujer, y de las cuales han generado una serie de debates para poder establecer leyes que permitan modificar estas situaciones. Tal es el caso de la norma del artículo 44 en que aludiendo a los tipos de culpa hace referencia al *buen padre de familia* para establecer el estándar de diligencia media; también al respecto, se hacía referencia en los artículos 128, 129 y 130 del mismo cuerpo legal, en que se regulaba la situación de la mujer en materia de segundas nupcias, en que con el objeto de evitar la confusión de paternidades, el legislador establecía respecto de la mujer, prohibiciones y restricciones para volver a contraer matrimonio, situación legal que cambia recién con la Ley N°21.264 promulgada en septiembre de 2020, en que se elimina esta prohibición, manteniendo solo la presunción de paternidad.

En el mismo sentido se logra identificar dentro de este grupo de normas discriminatorias en razón del género, las que dicen relación con la sociedad conyugal, que es el régimen legal y supletorio de nuestra legislación, siendo probablemente el régimen matrimonial más discutido y criticado desde la perspectiva de la igualdad de los derechos entre mujeres y hombres, toda vez que en el artículo 1749 del Código de Bello, se indica que el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer.

Así, como es posible reconocer normas en el ámbito civil que resultan discriminatorias para la mujer, es posible reconocer también en el ámbito previsional una serie de perjuicios para la misma, toda vez que la edad legal de su retiro es de 60 años de edad y no 65 como es en el caso de los hombres, situación que implica un período más corto de cotización, dejando en peores condiciones a la mujer en comparación con el hombre. También en el ámbito laboral es posible identificar situaciones que dejan entre ver los diversos problemas que deben enfrentar las mujeres día a día, tales como los bajos ingresos que perciben en relación a los

hombres a pesar de desempeñar la misma función contando con la misma capacitación, e incluso en algunas ocasiones con mejores habilidades y preparación, provocando que dicha situación se vea reflejada al momento de jubilarse.

Otra traba que es posible reconocer en nuestro sistema y que tiene relación con el ámbito cultural y que solo refleja la inexistente educación con perspectiva de género, es la que alude a la discriminación que se presenta al momento de contratar laboralmente a una mujer, ya que, en ocasiones se considera poco rentable, desde un punto de vista de prestaciones sociales, aludiendo a una posible maternidad futura, que dan lugar a solicitar permisos y fueros, situaciones que a la luz de los empleadores resulta un problema, cuestión que no se da con la misma fuerza en el caso de los hombres, en cuanto a que son contratados sin considerar si son o serán eventualmente padres.

Todas estas situaciones, siendo solo ellas un ejemplo mínimo de todas las distintas leyes y normas que resultan ser discriminatorias para las mujeres, tienen a la luz de estos autores, un punto cúlmine en los delitos sexuales, ya que, es en este tema en especial en que se logra divisar las consecuencias de tener un sistema jurídico en que no es obligatorio por parte de nuestros jueces tomar y justificar sus sentencias con perspectiva de género, cuestión que es menester que las instituciones se hagan cargo en forma urgente.

Respecto de lo anterior, podemos reconocer ciertos casos que han ocurrido en Chile y demuestran circunstancias en que el Estado ha hecho caso omiso a algunos crímenes por delitos sexuales ocurrido por años, gozando sus autores de larga impunidad. Un ejemplo de ello, es el caso de Paul Schäfer, quien fue el fundador del enclave de inmigrantes alemanes en Chile llamado Colonia Dignidad, lugar que fue utilizado por la Policía Secreta chilena (DINA), como centro de detención y tortura durante la dictadura de Augusto Pinochet, y que fue acusado de abusos sexuales reiterados, luego de la denuncia de 26 niños.

Otro caso es el de las “Reinas de la Pampa,” en que, durante los años 1998 y 2001, 14 mujeres que en su mayoría eran adolescentes, fueron violadas para luego ser asesinadas por Julio Pérez Silva conocido como el *Psicópata de Alto Hospicio*. Uno de los aspectos relevantes de este último caso, es que Jorge Burgos, Subsecretario del

Interior del ex Presidente Ricardo Lagos, llegó a decir que las desapariciones de las víctimas se debían a las situaciones de violencia intrafamiliar, extrema pobreza, y promiscuidad en que estaban estas mujeres, y que habían dejado sus hogares para ir a buscar nuevas oportunidades laborales en otros lugares, dejando entrever que se debía a un cierto libertinaje sexual, tachando a las mujeres de provocadoras, vinculándolas a las drogas y prostitución; factores que fueron determinantes a la hora de llegar adelante una adecuada investigación, causando que no se haya realizado una búsqueda de estas adolescentes, permitiendo que estos crímenes se siguieran cometiendo por muchos años más.

Estos casos son el claro ejemplo, en que el Estado no cumplió uno de sus objetivos principales, que es poder brindar una adecuada protección judicial a víctimas que se encuentran en una asimetría de poder, lo que no solo dio lugar a que se hayan cometido estos actos, sino que se hayan prolongado durante años, provocando una violencia sexual de carácter sistemático.

Ahora, añadiendo al problema en que principalmente las mujeres se encuentran desprotegidas por parte de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que las leyes fueron pensadas y creadas por hombres, y aplicadas principalmente por estos, en las cuales el lenguaje mismo de las normas está redactadas y representadas a su favor, es posible reconocer la dificultad probatoria existente en los casos de delitos sexuales. Esto porque en muchos ocasiones la única prueba con que se puede contar en el proceso, es con el testimonio de la víctima, en que dada la naturaleza misma del delito como por ejemplo en caso de abuso sexual, no es posible comprobar con facilidad la comisión del mismo a través de exámenes físicos, e incluso, en casos de violación, tampoco es posible detectarlos a través de exámenes sexológicos, porque puede ocurrir que la víctima tenga un himen complaciente o ha pasado un tiempo considerable desde la perpetración del acto y las huellas biológicas o físicas, respectivamente, han desaparecido o se han sanado⁷⁶.

⁷⁶ Riveros, Claudia. 2017. Criterios para la valoración judicial de la credibilidad de la declaración de la víctima en delitos de índole sexual. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 41 p.

Al respecto, el Servicio Médico Legal en su página web en la sección de Constatación de Delitos Sexuales, indica que, en caso de ser víctima de una agresión sexual, se debe realizar la denuncia en Carabineros, Policía de Investigaciones (PDI) o Fiscalía y que resulta importante que el examen médico se realice dentro de las primeras 48 horas desde ocurrida la agresión, para que las lesiones no desaparezcan⁷⁷.

Otro factor que es posible reconocer es que la víctima por delitos sexuales se encuentra en desventaja en comparación con víctimas de otros tipos de delitos, en los cuales no se ve afectado el propio cuerpo de la víctima, como lo es en caso de robo en lugar habitado, por ejemplo.

Asimismo, es que obviamente el testimonio de la víctima es objeto de desconfianza, centrado principalmente en el interés que tiene ésta en el resultado del conflicto, que es precisamente la condena del imputado.

Así, “en el sistema chileno, no existe un procedimiento especial para la presentación de la declaración de la víctima, sino que esta declara en calidad de testigo y, por lo tanto, es tratada de la misma forma”⁷⁸. Este hecho, se hace más patente en los delitos contra la libertad sexual, toda vez que “constituyen criminológicamente delitos clandestinos, secretos o de comisión encubierta y suelen cometerse en ámbitos privados, sin la presencia de testigos y muchas veces sin la existencia de rastros (desfloración, sangre, semen, huellas, etc.). Por ello, la víctima del delito es un testigo con status especial (...) su declaración (...) presenta un valor de legítima actividad probatoria, y ello, aunque sea su único testimonio, al no existir en el proceso penal el sistema legal o tasado de valoración de la prueba”. Pero, además, existen razones de índole político-criminal que abonan la plausibilidad de esta hipótesis. Así, la declaración de la víctima puede generar un pronunciamiento condenatorio para evitar la impunidad de muchos delitos sexuales, y con ello, el resquebrajamiento de la vigencia de la norma. Si fuésemos especialmente meticulosos en la valoración probatoria y censuráramos, sin más, la deposición del testigo-víctima por su particular interés en el

⁷⁷ Servicio Médico Legal, Agresiones sexuales [en línea]. <http://www.sml.gob.cl/index.php/constatacion-de-delitos-sexuales/> [consulta: 20 diciembre 2020].

⁷⁸ Riveros, Claudia op. cit., nota 76, 50 p.

resultado del proceso con toda seguridad, la impunidad campearía con el consiguiente resquebrajamiento de la confianza de la norma”⁷⁹.

La víctima de algún delito sexual, además de tener que atravesar todas las dificultades mencionadas anteriormente, debe tener en cuenta que a lo largo del procedimiento penal los jueces se deben guiar por las reglas de la sana crítica, en la cual el juzgador debe apreciar los medios probatorios conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Estos límites se encuentran consagrados en el artículo 297 del Código Procesal Penal⁸⁰, y si bien la ley no los ha definido, la doctrina y la jurisprudencia han dado definiciones de sus alcances. Así, y basada en la búsqueda de la determinación de la naturaleza del concepto, el profesor Rodrigo Coloma ha definido a las reglas de la lógica como “reglas determinativas, de manera que ellas fijan un conjunto de razonamiento (formalmente) correctas; un conjunto de razonamientos posibles y, en algún sentido, definen la actividad de razonar. (...) Las reglas de la lógica no suministran información sobre el mundo o sobre la realidad, sino que instituyen los límites del ejercicio del razonamiento”⁸¹. Por otro lado, las máximas de las experiencias han sido determinadas como “definiciones o juicio hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros

⁷⁹ Panta, C. D. Y Somocurcio, Q. V. La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria? Análisis del acuerdo plenario Nro 2-2005/CJ-116. 3 p.

⁸⁰ Artículo 297 Código Procesal Penal: Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo de su fundamentación de toda prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

⁸¹ Coloma Correa, Rodrigo, & Agüero San Juan, Claudio. (2014). LÓGICA, CIENCIA Y EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. *Revista chilena de derecho*, 41(2), 673-703. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200011>

nuevos”⁸². Por último, los principios científicamente afianzados han sido constituidos “por el saber humano proporcionado por las ciencias”⁸³.

De esta forma, el problema que surge a causa del sistema de valoración de la prueba en el proceso penal, es que los jueces al no ser máquinas que se encargan de sólo aplicar la letra de la ley penal, sino que son las personas encargadas de valorar la prueba rendida en el juicio oral con total libertad- sin perjuicio de los límites mencionados con anterioridad-, y con ello, los responsables de valorar la credibilidad del testimonio de la víctima, genera muchas veces que no tengan las herramientas adecuadas para llevar a cabo, de la manera más óptima posible, la tarea encomendada. Esto se da, porque los sentenciadores no cuentan con criterios claros o determinados a la hora de analizar un testimonio, sin mencionar que, en ocasiones, no justifican sus elecciones, ni dotan de contenido los criterios que han utilizado para valorarlos, toda vez, que es posible reconocer que no cuentan con el conocimiento especial que se requiere en el trato de estos delitos en un proceso judicial⁸⁴.

Por último, ante los problemas existentes en cuanto a poder alcanzar el estándar más allá de toda duda razonable exigible en el sistema penal, y tal como se mencionó anteriormente, en los casos de delitos sexuales en que la víctima es considerada como testigo, muchas veces el proceso mismo depende de este testimonio para poder sobrepasar el estándar probatorio, y en muchas ocasiones la víctima no se presenta a prestar su declaración, cuestión que dificulta aún más el escenario, causando en consecuencia, una paralización del proceso mismo, no logrando un pronunciamiento condenatorio, y por ende provoca, una victimización secundaria, la cual podemos definir como “las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, (que) supone, un choque entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión a cerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los

⁸² Stein, Friedrich. 1988. El conocimiento privado del juez, 2da edición. Bogotá 27 p.

⁸³ Cerda, R. 2013. Valoración de la prueba: San crítica. Librotecnia. Santiago 39 p.

⁸⁴ Riveros, Claudia op. cit, nota 78. 76-77 pp.

profesionales y las instituciones para dar respuesta a las necesidades de las mismas”⁸⁵.

Los diversos problemas que se pueden reconocer en el sistema penal actual, en especial porque la dificultad probatoria y la extrema exposición por parte de la víctima como única prueba en casos de delitos sexuales y que se ven obligadas a impulsar el proceso, es que dan lugar a la desconfianza y malestar por parte de la población, en especial femenina, que dan lugar al surgimiento de las funas como un fenómeno que sirve de herramienta para alcanzar justicia- la cual no es posible alcanzar a través de una judicialización del hecho delictual-, así como también como un mecanismo de prevención para posibles futuras víctimas.

Este fenómeno ha generado gran impacto no solo en Chile, sino que también a nivel mundial, tomando las redes sociales un rol relevante en la masificación de las funas, transformándose en una biblioteca universal, infinita, indestructible y gratuita de todo tipo de contenido, ya que permite llegar a un sin número de personas, provocando una respuesta masiva a nivel socio-cultural respecto de los protagonistas de las mismas funas.

Así, en la última década se han masificado una serie de funas, siendo un claro ejemplo de aquello el caso de Harvey Weinstein, un productor de cine y ejecutivo estadounidense, en que el 5 de octubre de 2017 se informó a través del *The New York Time* y *The New Yorker* que docenas de mujeres lo acusaron por acoso sexual y violación. Este hecho causó que Weinstein fuera despedido de su compañía, The Weinstein Company, y le costó la expulsión de la Academia de Artes y Ciencias Cinematográficas y otras asociaciones profesionales. Así, el 24 de febrero de 2020 fue declarado culpable de violación en tercer grado y un acto sexual criminal y no culpable de tres cargos, incluidos dos cargos más graves de agresión sexual predatoria, sentenciado por ello a 23 años de prisión.

⁸⁵ Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina, Coronel, Elisa, & Andrés Pérez, Carlos. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15(1), 49-58. Recuperado en 28 de diciembre de 2020, de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006&lng=es&tlng=es.

Este caso resulta relevante para efectos de esta investigación, ya que a causa de una serie de funas que se realizaron en contra de este productor de cine, y gracias al internet como herramienta de masificación que impulsó a que muchas otras víctimas compartieran sus propias experiencias de agresión sexual, acoso o violación, es que dio lugar al surgimiento del hashtag *#MeToo*, movimiento que buscó animar a otras mujeres a tuitear sus experiencias relacionadas al acoso y violación sexual y compartir los nombres de sus agresores, para demostrar la naturaleza extendida del comportamiento misógino. Este fenómeno se extendió a lo largo de todo el mundo siendo tendencia por bastante tiempo en las redes sociales, lo que ha causado diversas implicancias tanto a nivel cultural, social y jurídico, ya que han impulsado a generar cambios en tener una mayor igualdad entre géneros, principalmente en las artes escénicas- escenario en el cual surgió este fenómeno *MeToo*-; discusiones respecto al aborto; igualdad de oportunidades laborales, entre otros.

Otro caso que generó gran impacto mundial, fue el de Armando Vega Gil, bajista, compositor y escritor mexicano que en abril del año 2019 se suicidó a causa de que fuera mencionado en una funa de forma anónima, siendo acusado de abuso sexual en contra de una menor de edad. En su mensaje de despedida negó todos los dichos en su contra, mencionado que como resultó ser una denuncia anónima no era posible abogar a su favor a través de redes sociales, y que decide quitarse la vida antes de manchar toda su carrera y a afectar la vida de su hijo.

Por otro lado, a nivel nacional también se han dado a conocer funas que han causado una serie de repercusiones, tanto personales en consideración a la vida del funado; como también a nivel social, tomando en cuenta el impacto y sororidad⁸⁶ que se generó a través de distintas redes sociales. Uno de ellos fue el caso del director de cine chileno, productor y actor, Nicolás López en que en junio del 2018 se dio a conocer a través de la revista Sábado del diario *El Mercurio*, un reportaje en el que ocho actrices lo denunciaban por acoso sexual, acoso laboral y abuso sexual. Estas denuncias dieron lugar a que posteriormente más de una docena de mujeres de la

⁸⁶ La RAE define a la sororidad como: Relación de solidaridad entre las mujeres, especialmente en la lucha por su empoderamiento Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. < <https://dle.rae.es/sororidad> > [Fecha de la consulta: 23 de diciembre].

industria del cine nacional, denunciaron diversas experiencias similares con el productor, causando una serie de efectos a nivel social, toda vez que se tuvo a la palestra la discusión respecto de la conciencia del consentimiento y educación sexual, buscando erradicar que múltiples mujeres pasen por lo mismo en su lugar de trabajo, cualquiera sea este. Asimismo, causó que, en abril de 2019, Nicolás López fuera formalizado ante el 8º Juzgado de Garantía de Santiago por los delitos de abuso sexual, violación y ofensas al pudor, decretando las medidas cautelares de firma mensual, prohibición de acercarse a las víctimas y arraigo nacional.

También, hace poco tiempo se dio a conocer el caso de Carlos Müller, fotógrafo que en abril del 2020 fue acusado a través de una cuenta de Instagram @funacarlosmuller, por casi cincuenta víctimas de acoso y abuso sexual, testimonios que en su mayoría provenían de hombres que relataban escenas de acoso o abuso ocurridos cuando éstos continuaban siendo menores de edad. Este hecho generó que la Fiscalía Centro Norte actuara de oficio y que abriera una investigación para poder recopilar antecedentes. Un factor que debemos considerar respecto de este caso, es que dio lugar, un año después, la promulgación de la Ley N° 21.160 que declara que los delitos sexuales cometidos contra menores de edad son imprescriptibles.

Por último, en abril del 2018 se dio a conocer el caso de Herval Abreu, un director y productor de telenovelas chilenas que también a través de la revista Sábado del diario *El Mercurio* publicó un reportaje en que siete mujeres del área del espectáculo, tales como actrices y guionistas, lo denunciaron por acoso sexual y abuso de poder ocurridos desde 1996. Asimismo, Canal 13 se contactó con un ex alumno de Abreu quien daba cuenta de las técnicas que este usaba en las clases de actuación en el Instituto Duoc UC, los cuales tenían alto contenido sexual. Sin perjuicio de ello, en marzo de 2019 fue sobreseído de cuatro de los cinco casos que se encontraban en investigación, determinándose que en cuatro de las cinco denuncias los hechos no eran constitutivos de delito y en la restante, por haber prescrito la responsabilidad penal. De este modo, en febrero de 2020, Abreu interpuso un recurso de protección⁸⁷ en contra de diferentes compañías tecnológicas como Google Chile Limitada, Microsoft

⁸⁷ Este recurso y sus implicancias desde el ámbito de las funas, se desarrollará en la siguiente sección

Chile S.A., Wikimedia Chile, y Verizon Chile S.A., solicitando la eliminación de todo contenido relacionado con las acusaciones de abuso realizados en su contra a través de sus motores de búsqueda. Lo interesante de este recurso, es que se basó en *el derecho al olvido*, que, a la luz del recurrente, garantiza a las personas el derecho a no ser expuesto de forma infinita al daño en su integridad psíquica y honra que puede producir la publicación *ad eternum* de una noticia sobre hechos del pasado y que éste deriva del honor y la vida privada, teniendo una unión intrínseca con el derecho a la integridad psíquica y derecho a la vida privada, siendo cautelados por la interposición de un recurso de protección cuando es amenazado o vulnerado por terceros en ejercicio de otros derechos, invocando con ello el artículo 19 numeral 1, 4 y 16 de nuestra Carta Fundamental. De esta forma, el derecho al olvido se traduce en el derecho de cancelación de los datos personales regulado en la Ley N°19.628.

Afortunadamente, la Corte de Apelaciones de Santiago el 27 de octubre de 2020 en su sentencia ROL 16010-2020⁸⁸, rechazó dicho recurso basándose en que el derecho al olvido no se encuentra establecido en nuestra legislación, y que los motores de búsqueda de la internet no son responsables de los datos que crean los usuarios, sino que su función se limita a indexar la información, la que es creada por terceros al amparo de la libertad de emitir opinión y de información establecida en el artículo 19 número 12 de nuestra Constitución Política de la República. En ese sentido, se establece que para que existe efectivamente una conculcación de las garantías del recurrente, por un acto u omisión arbitrario e ilegal de las recurridas, se requiere que la información indexada resulte ser falsa o se encuentre sin actualizar, lo que no ocurre en el caso en cuestión.

De esta forma, queda demostrado que en los delitos sexuales se generan diversos vacíos en cuanto a brindar protección a la víctima, dada la naturaleza del delito, surgiendo las funas como respuesta a esta victimización secundaria y al ser un medio para incentivar a las mujeres a denunciar públicamente sus experiencias e identidad de sus agresores, toda vez que el ordenamiento jurídico no ha logrado cumplir a cabalidad sus objetivos primarios de igualdad y protección.

⁸⁸ C. Apelaciones de Santiago, 27 de octubre de 2020, Rol N° 16010-2020 [en www.wetlawchile.cl cita online: CL/JUR/114658/2020]

2. Judicialización de la funa

Tal como ya hemos mencionado en las secciones anteriores, la funa se puede considerar como una denuncia de carácter informal, ya que no se realiza a través de las vías institucionales, llevándose a efecto generalmente por redes sociales, tales como Facebook, Instagram, TikTok, entre otras, en la cual se busca desacreditar a una persona por haber cometido un delito y así, afectar su fama respecto de los demás.

Este fenómeno se enmarca fuera de la institucionalidad, toda vez, que no intervienen los tribunales de justicia, ni tampoco se le puede atribuir un procedimiento el cual seguir que permita una mayor efectividad en cuanto al funcionamiento del sistema jurídico.

Producto de la publicación de alguna funa, se pueden desencadenar una serie de consecuencias tanto para la persona que la inicia, como de las personas que la comparten. Las acciones que se pueden ejercer son diversas y frente a estas circunstancias el funado puede adoptar tres posiciones: En primer lugar, interponer un recurso de protección; en segundo lugar, querellarse por injurias y calumnias; y por último iniciar una acción civil de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. A continuación, explicaremos el recurso de protección y el delito de injuria y calumnia dada la frecuencia en la cual se presentan en casos de funa- esto porque, además, son consideradas los medios para poder accionar con mayor rapidez dada la naturaleza de las funas, mientras que la interposición de una acción civil requiere un juicio que puede durar 3 años o más: -.

2.1 Recurso de protección

La Constitución Política de la República en su Capítulo III establece los derechos y deberes constitucionales, indicando en su artículo 19 los derechos que se regulan y protege por el sistema jurídico, que por ello tienen el carácter de fundamentales. Así, en un escenario donde se realiza una funa en la cual se puede cruzar la línea de proporcionalidad como también la presunción de inocencia que ampara el Derecho Penal, es posible que ciertos derechos entren en pugna – siendo al menos el Derecho a la libertad de expresión; presunción de inocencia; el Derecho a la honra; la

privacidad de los datos no públicos; Derecho a la vida privada, entre otros- que da lugar a una serie de discusiones por parte de las Cortes competentes, quienes deben resolver el predominio de un derecho por sobre otro.

Ahora, respecto a los derechos que pueden entrar en juego en casos de funa, podemos esbozar en primer lugar, el derecho a la libertad de expresión. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 19 número 12 de nuestra Constitución, indicando que la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. Así, desde el comienzo y muy relacionado a la forma en la que se estimaron los derechos fundamentales al momento de establecer nuestra Carta Magna, se consagró como una libertad, en la que el ciudadano tiene la libertad de emitir sus opiniones y de comunicar o informar al resto de la población. Un aspecto relevante, es que la Constitución nada dice respecto de recibir la información y menos aún, de recibir información que sea fidedigna. De esta forma, se logra reconocer que la estrategia por parte del constituyente viene a ser más bien una reacción *ex post*⁸⁹ en la que se busca castigar abusos o delitos que se cometan a la hora de llevar a cabo esta libertad, permitiéndose que dicha información entregada por parte de la persona emisora sea falsa, errónea e incluso dañina, siempre y cuando dicho individuo pueda ser responsable de los daños ocasionados a través de esta misma libertad reconocida por el ordenamiento⁹⁰.

En ese sentido, la persona que fue víctima de algún delito sexual y quiera contar por lo que pasó, e incluso, no necesariamente debiese ser la presunta víctima, sino que también puede ser un individuo que siente la necesidad dar a conocer lo que vió respecto de otra persona, descansan en el derecho a la libertad de expresión. Sin perjuicio de ello, hay que tener especial cuidado en los límites que existen a este derecho, toda vez que *nuestra libertad termina cuando empieza la del otro*, e incluso

⁸⁹ Ex post hace referencia a una locución latina que significa “después del hecho”.

⁹⁰ Ramírez, Diego. 2019. Derecho a la libertad de Expresión en una nueva constitución desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derecho Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 46-47 pp.

conlleva a que la misma víctima pase a ser victimario para con el funado, siendo incluso, respaldado por el mismo ordenamiento jurídico.

Por otra parte, otro derecho que podemos identificar dentro de los derechos que entran en juego en casos de las funas, y que precisamente los Tribunales de Justicia deben ponderar si prevalece o no por sobre el derecho de libertad de expresión, es el derecho a la honra. Así, la Constitución Política de la República en su numeral 4 reconoce el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y, asimismo, la protección de sus datos personales, indicando que el tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley, teniendo que el Estado el deber de garantizar dichos derechos.

Ahora, ¿qué quiere decir dicho artículo al mencionar la honra? Debemos reconocer que no existe una definición universal respecto a que se entiende por el derecho a la honra, toda vez, que cada país completa su contenido en razón a sus necesidades y legislaciones internas, pero manteniendo un contenido esencial del mismo, por ende, se trata de un principio moral abstracto de difícil aprehensión teórica. Sin perjuicio de ello, se ha reconocido como núcleo del derecho a la honra dos dimensiones, uno objetivo referido a la apreciación de terceros, y otro subjetivo, que dice relación a la estimación propia, teniendo relevancia para el derecho, sólo el primer alcance⁹¹.

Ahora, ¿derecho a la honra es sinónimo de derecho al honor? Podemos dar cuenta, y tal como lo menciona el antropólogo Frank Henderson Stewart en sus investigaciones, la noción de honor está relacionada al derecho y al respeto, así, el “derecho al respeto” sería considerado como honor, siendo por tanto, “el derecho a ser tratado como alguien que tiene cierto valor”⁹². De esta forma, la noción de honor se encuentra presente tanto en la dimensión subjetiva como objetiva de la honra, ya que por una parte, el sentimiento del propio valor de un individuo es considerado, por ese

⁹¹ Fuentes Orellana, María Fernanda. 2011. El derecho a la honra como límite a la libertad de información hasta el momento de la acusación penal. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (37), 547-564. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-685120110002000144>

⁹² Stewart, Frank Henderson. 1994. *Honor*, 21 p. en Mac-clure, Lucas. 2007. *Práctica judicial, Derecho a la honra y Libertad de expresión. Un análisis de la Jurisprudencia Constitucional Chile. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 19 p.

individuo, como una razón suficiente para que los otros tengan y muestren respeto por él, para que así, dicho individuo sea titular de un derecho al respeto, siendo parte de la noción subjetiva de la honra. Y, por otro lado, si el individuo realmente tiene un derecho al respeto, depende de gran medida del reconocimiento que los demás hagan de él estimando las cualidades morales del individuo, teniendo que depender de dicha apreciación para así definir el respeto que recibirá, comprendiendo, por tanto, la dimensión objetiva del derecho a la honra o reputación del sujeto⁹³. Es por ello, y en respuesta a la pregunta anterior, para efectos de este trabajo, la honra y el honor son considerados similares, en tanto la honra comprende ambas dimensiones del honor.

Ahora, si es posible considerarlos similares, ¿por qué el legislador prefirió la honra por sobre el honor al momento de redactar el artículo 19 número 4 de la Constitución Política de la República? Esto fue principalmente porque si bien, el derecho a la honra comprende ambas dimensiones, tanto objetiva como subjetiva, se estimó que el honor hace referencia más bien a una cualidad moral del cumplimiento más acérrimo de los deberes respecto de sí mismo y de los demás, resultando para los efectos de la protección de los derechos fundamentales, poco amplio, e incluso auto referente de la propia persona, lo que llevaría a una búsqueda de la perfección relacionado con la gloria del individuo, aspecto que no se buscaba proteger por parte de nuestro ordenamiento jurídico. En cambio, la interpretación realizada respecto de la honra al considerarla como la estima y respeto a la dignidad propia, se lograba asimilar al santuario íntimo de una persona, el cual se debía respetar y proteger por parte del Estado⁹⁴.

En el mismo sentido, se ha indicado que el término “honra”, puede envolver una serie de abstracciones o interpretaciones, ya sea para crear leyes o para resolver casos judiciales, logrando que se abarcada conceptualmente de manera general, de modo que todas las diversas teorías respecto de su contenido pueden tener cabida en un mismo concepto. Así, se encuentran distintas formulaciones sobre lo que este derecho exige, siendo por ende, distintas interpretaciones del “respeto y protección a la

⁹³ *Ibíd.*, 20 p.

⁹⁴ Santana, Francisco. 2013. La actual concepción del derecho a la honra de la persona, el respeto y protección de la vida privada. Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencia Jurídica y Sociales con mención en Derecho Regulatorio. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho. 9 p.

honra”, por ejemplo, centrarse con que este derecho ampara las ventajas económicas derivadas de la reputación, otras vinculándolas a la posición social de su titular, otras en las cuales ven el derecho a la honra como un mecanismo para salvaguardar la dignidad humana, entre otros⁹⁵. Ahora, sin perjuicio de todas las interpretaciones que se le realicen a este concepto, es posible reconocer un ámbito en común, ya que siempre se asocia el derecho a la honra a una cualidad moral, relacionada al renombre del sujeto.

De esta forma, “la honra es el derecho fundamental que busca proteger el valor intrínseco de las personas frente a la sociedad y evitar todo menosprecio o acto difamatorio que lesione la apreciación o fama que los demás tengan a una persona”⁹⁶.

En ese sentido, podemos identificar que al publicar una funa denunciando la comisión de algún delito de connotación sexual, se estaría vulnerando la reputación, autoestima o fama del funado, vale decir, se estaría afectando principalmente su derecho a la honra en el sentido objetivo, respecto de la percepción que tienen los demás respecto de él.

Frente a esta situación, el sistema de derecho, más que dar protección o resguardo al relato de la víctima- ya que la funa no se encuentra regulada por nuestro sistema jurídico- brinda más bien, diversas herramientas a la persona a la cual va dirigida la funa, ya que, este individuo al cual se le está imputando un delito de carácter sexual generalmente en calidad de autor, tiene la opción de interponer un recurso de protección, logrando así, una respuesta mucho más rápida y eficiente por parte de los Tribunales de Justicia, en la reparación del “daño”.

Así, este recurso se encuentra regulado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, indicándose para estos efectos que, el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás

⁹⁵ Mac-clure, Lucas, op. cit., nota 93, 17-18 pp.

⁹⁶ Fuentes Orellana, María Fernanda, op. cit., nota 93, 547-564 pp.

derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. También se encuentra regulado en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales de 1992, reformado recientemente por el Auto Acordado de 2015 que fijó su texto refundido. En dicho texto se menciona que el recurso de protección debe interponerse ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, o donde éstos hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente, estableciéndose como plazo fatal treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimientos ciertos de los mismos, aspecto que debe constar en la tramitación de dicho recurso.

Cabe destacar, que a pesar de que en su nombre posee la palabra “recurso”, la doctrina mayoritaria lo ha considerado más bien una acción, toda vez que la característica propia de un recurso es tener por objeto impugnar una resolución judicial, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando así una revisión del mismo para poder eliminar el agravio que se ha generado con la dictación de determinada sentencia. Así también el Auto Acordado en su numeral 1 se refiere a él como “el recurso o acción de protección”, añadiendo a dicha justificación, en que la Constitución en ningún momento lo califica como un recurso.

En ese sentido, la acción de protección más que una acción accesoria al procedimiento principal, tal como sí lo es una medida precautoria o la misma prisión preventiva, es considerada más bien, una acción cautelar autónoma que da origen a un procedimiento de urgencia, en el cual se requiere la intervención activa por parte del Poder Judicial para poder asegurar la protección del afectado, adoptando todas las medidas necesarias para el restablecimiento del imperio de los derechos constitucionales.

Asimismo, se trata de una acción que se establece en términos amplios por parte de nuestra Constitución Política de la República, por lo que se ha entendido que la puede interponer toda persona, ya sea persona natural, jurídica e incluso agrupaciones de personas con intereses comunes que no posean personalidad

jurídica. Más que querer limitar la titularidad respecto de quién puede interponer esta acción, se centra más bien en el hecho de que debe invocarse un interés legítimo, en el que la persona o alguna persona en nombre de ella, o alguna entidad cuyos derechos y libertades propias se han visto amenazadas por algún acto, ya sea, ilegal que perturbe, amenace o prive el libre ejercicio de determinados derechos, siendo en estos casos el derecho a la honra, a la reputación de algún individuo.

Así las cosas, los requisitos para la procedencia de la acción de protección deben presentarse de forma copulativa, siendo los siguientes:

- a. Acción u omisión ilegal o arbitraria
- b. Que dicha acción u omisión ilegal o arbitraria, produzca una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho o garantía constitucional
- c. Que se invoque un derecho o libertad de aquellos específicamente garantizados en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental
- d. Que exista una relación de causalidad entre la privación, perturbación o amenaza de los derechos antes invocados.

Ahora, ¿a qué se hace referencia con acción u omisión arbitraria o ilegal? Tal como ya hemos indicado, el recurso de protección es una acción amplia, ya que, procede incluso contra acciones del Estado o de sus organismos. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia con el paso de los años se ha uniformado respecto a que este tipo de recurso no procede en contra de resoluciones dictadas por los Tribunales de Justicia, esto porque, se entiende que en estas circunstancias ya nos encontramos frente a un escenario que se encuentra bajo el amparo del derecho. También se ha mencionado que no procede en contra de leyes, ya que las mismas, al igual que en el caso anterior, obedecen a decisiones legítimamente políticas, que son consideradas parte del ordenamiento jurídico- siendo, por tanto, incapaces de ser tenidas en cuenta como una acción u omisión ilegal-. Sin embargo, no se impide que se pueda recurrir contra otras acciones por parte de los Tribunales de Justicia o incluso del propio Parlamento cuando su desempeño constituye verdaderas vías de hecho que pueden dar lugar a la arbitrariedad. A ese respecto, que una acción u omisión sean ilegales o arbitrarias significa que son contrarias al derecho, vale decir, antijurídicas.

Sin embargo, y a pesar de que ambas hacen alusión a la antijuricidad de un acto u omisión, según Eduardo Soto Kloss no se pueden considerar como nociones idénticas, ya que si bien, ambas son especies del género contrarias a Derecho, la primera resulta de una violación de los elementos de las potestades jurídicas conferidas a un sujeto, ya sea público o privado, a un sujeto natural, mientras que la segunda, es la vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercido o actualizados, vulneración que origina un acto arbitrario o una omisión arbitraria- esto cuando se debía actuar, estando obligado a ello por el ordenamiento⁹⁷.

Así, tanto la arbitrariedad y la ilegalidad debiesen entenderse en un sentido amplio, considerándose para estos efectos a la arbitrariedad como un aspecto que da cuenta de criterios tradicionales, ya sea, acciones u omisiones irracionales que no van dirigidas al bien común, mientras que la ilegalidad, como todo acto que lleve aparejado una actuación – o en su defecto, falta de ella- que no atiende a la normativa establecida.

De igual forma, ¿qué se entiende por privación, perturbación o amenaza que dan pie para activar el sistema jurídico a través de la interposición de un recurso de protección? Al respecto, y dada la forma en la cual está redactado el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, la afectación debe referirse al legítimo ejercicio del derecho o libertad, por lo que una simple vía de hecho no debiese, en principio, afectar la titularidad del mismo. Así las cosas, la *privación* del ejercicio del derecho consiste en la imposibilidad material total de ejercerlo; la *perturbación* consiste en el ejercicio anormal del derecho por causa de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que impiden, parcial y materialmente, el goce o ejercicio del derecho; mientras que la *amenaza* se encuentra constituida por las acciones u omisiones que impiden el goce pacífico del derecho, ante la inminencia de la perturbación o privación del mismo.⁹⁸

⁹⁷ Soto Kloss, Eduardo. 1982. El Recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. 40 p.

⁹⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. (2010). The Constitutional Action of Protection in Chile and the Constitutional Action of Amparo in Mexico. *Ius et Praxis*, 16(1), 219-286 pp. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122010000100009&lng=en&nrm=iso

Ahora, ¿cómo es el proceso en casos de interposición de recurso de protección? el funado puede hacer uso de este recurso sin el patrocinio de un abogado, teniendo un plazo de 30 días para interponerlo, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión según su naturaleza, o desde que el recurrente tomó conocimiento o tuvo noticias ciertas del mismo. También, y tal como ya se mencionó, se debe acudir ante la Corte de Apelaciones respectiva, quien tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para el restablecimiento del imperio del Derecho, es decir, hacer todo lo necesario para que el derecho que se encuentre vulnerado- siendo en este caso el derecho a la vida privada, y a la honra de la persona y su familia- vuelva a poder ser ejercido en forma libre y sin limitación alguna. En este escenario, se entiende a la funa como un acto que vulnera la honra del funado, teniendo la Corte de Apelaciones que informarle a la persona que emitió la funa- considerados estos como los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos indicados- fijándole un plazo breve y perentorio para que emita un informe y pueda expresar todo lo que a juicio del recurrido estime necesario para su defensa. Cabe señalar que, en este punto, es posible que el contenido de la funa ya no se encuentre disponible en las redes sociales, por lo que es obligación por parte del recurrido de avisarle al Tribunal de ello a través del informe, ya que, en caso contrario, la Corte no es posible que entre en conocimiento de este hecho, evitándose también la condena en costas.

Una vez que tenemos definido en qué consiste el recurso de protección y cuál es el procedimiento a seguir en caso de entablarlo, cabe preguntarse. ¿Qué consecuencias tiene la interposición de este tipo de recursos en casos de funas? Para poder comprender a cabalidad el efecto del recurso de protección en este tipo de casos, pasaremos a realizar un análisis de un caso que ha generado gran impacto y conmoción a nivel nacional y que actualmente está en tramitación, siendo el “caso Antonia Barra”.

En el año 2019 se dio a conocer en La Araucanía el caso de una joven universitaria de 20 años que, tras haber dejado una serie de mensajes junto con una grabación dirigida a su familia, se había quitado la vida en su domicilio en Temuco. En dichos documentos narra que, tras asistir el 18 de septiembre a una discoteque en

Pucón, habría sido violada por un sujeto, Martín Pradenas. A raíz de ello, la Unidad de Delitos Sexuales de la región comenzó una investigación amparado en la denuncia que había realizado el padre de la víctima. Frente a estos hechos, la ciudadanía reaccionó simpatizando con la familia de Antonia Barra, exigiendo que se haga justicia por parte de los Tribunales de Justicia, condenando al –hasta el momento- supuesto autor del delito. De esta forma, se hizo público este caso, el cual dio origen a una serie de funas en contra del joven, motivando a que otras presuntas víctimas del mismo, comenzaran a denunciar por redes sociales diversos episodios que habían ocurrido con el imputado.

Así, se logró formalizar a Martín Pradenas en el presente año por 6 imputaciones: cuatro por abuso sexual, uno por violación y otro que se había cometido con violación, amenaza y abuso sexual, siendo este último el caso de Antonia Barra. Paralelo a esto, y a consecuencia de las constantes funas y datos que se estaban entregado en ellas respecto tanto del presunto autor como también de su familia, tales como cédula de identidad, cuenta corriente, domicilio y teléfono, decidieron interponer un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco en contra de la familia de la víctima, solicitando que los recurridos deban abstenerse de divulgar datos y antecedentes de los recurrentes; abstenerse de estimular el odio e ira por medio de la divulgación de carteles y graffitis o bien exhibir o divulgar con publicidad elementos de la investigación que se encuentra en curso; que se les prohíba a los recurridos citar, convocar, asistir o promover actos públicos de expresión de odio o ira en contra de la familia del imputado o indirectamente en contra del mismo, así como también prohibirlos de acercarse al domicilio de los recurridos, entre otras cosas.

De esta forma, en un fallo unánime Rol N° 18400-2019⁹⁹ la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco decide acoger el recurso parcialmente, ordenando que la familia de Antonia Barra debe abstenerse de divulgar por redes sociales antecedentes personales y de publicar insultos en contra de los familiares del imputado. Así, la sentencia sostiene que no resulta discutido que dentro de los antecedentes personales de los sujetos involucrados se encuentra, nombre, edad, cédula de identidad, profesión, estado civil, cuenta corriente, teléfono y domicilio,

⁹⁹ C. Apelaciones de Temuco, 12 de junio de 2020. Rol N° 18400-2019 [en www.wetlawchile.cl cita online: CL/JUR/37420/2020]

determinando que su divulgación y tratamiento únicamente pueden ser efectuados con el consentimiento del titular o amparado por una ley que lo autorice. Asimismo, señala que en el derecho a la honra se encuentra consagrado “el derecho al buen nombre” consistente en el concepto que del individuo tienen los demás miembros de la sociedad en relación con sus comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales, considerándose para estos efectos, el derecho al buen nombre como esencialmente un derecho de valor porque se construye por el merecimiento de la aceptación social. Añade, que la libertad de expresión no tiene un carácter absoluto, por cuanto no puede amparar la injuria o el insulto, teniendo su respaldo en el artículo 19 número 12 de nuestra Carta Fundamental y si bien, las conductas desplegadas por los recurridos, se encuentran garantizadas en comienzo por la libertad de expresión, la misma reconoce un límite que se sobrepasa cuando las publicaciones y los llamados a manifestación pública contienen mensajes que pueden ser calificados de odiosos.

Es así como, la Corte de Apelaciones indica la familia de Antonia Barra, al haber realizado publicaciones en diversas redes sociales, que quedan a disposición de terceros y sin la autorización tanto del imputado como de su familia, se ha contravenido la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada que regula el trato de los datos considerados de carácter personal, en registros o banco de datos, por organismos públicos o privados, como también el ya mencionado artículo 19 número 4 de la Constitución Política de la República, al afectar la protección que se le debe a la vida privada y la honra, entendiéndose en este caso, a las funas como una perturbación a dichos derechos.

Así las cosas, se determinó que los recurridos deben abstenerse divulgar datos y antecedentes personales de los recurrentes a través de redes sociales, tales como sus domicilios o lugares de trabajo, así como también de no efectuar publicaciones de carácter ofensivo ya sea a través de internet o por otros medios que lesionen la honra, privacidad o intimidad de los recurrentes, solicitando que los familiares de Antonia Barra eliminaran todas las publicaciones que habían hecho hasta el momento respecto del caso y en la cual hayan publicado los datos antes indicados.

Cabe destacar, que este fallo generó indignación por parte de la ciudadanía, ya que ¿no resulta irónico que los Tribunales de Justicia hayan mencionado que, para la publicación de ciertos datos del imputado a través de las redes sociales, se necesita el consentimiento por parte del mismo cuando en paralelo se le está investigando por violación y abuso sexual en circunstancias tales que no se había respetado por el mismo actor el consentimiento tanto de Antonia como de otras presuntas víctimas?

Otro caso que podemos identificar es la sentencia Rol N° 16.439-2018¹⁰⁰, en que producto de la publicación de unas fotos por parte de la recurrida a través de Facebook en la cual se indicaba el nombre completo y lugar de trabajo del recurrente, en la cual se le atribuía la comisión de diversos delitos de abuso sexual contra menores de edad. En dicho caso se alega que estas publicaciones generaron un perjuicio, toda vez, que producto de ello el recurrente fue suspendido de sus labores como chofer de taxi colectivo, sin tener posibilidad de defenderse. En materia de autos se planteaba el derecho a la propia imagen y a la honra, siendo vulnerados con la publicación de fotografías obtenidas sin consentimiento alguno en la cual se le imputaba la comisión de delitos de gravedad. En ese sentido, se cita el artículo 19 número 4 de nuestra Carta Fundamental estimándose por parte de la Corte Suprema que había sido vulnerado, ya que resultaban desdorosas, pudiendo afectar la consideración que terceras personas tengan respecto del recurrente. Por su parte, respecto de la publicación de fotografías obtenidas sin consentimiento, se consideró la afectación del derecho a la propia imagen, que si bien está no se encuentra comprendida expresamente por parte del artículo 20 de la Constitución para ampararse por el recurso de protección, si se considera por parte de la doctrina y jurisprudencia que se encuadra dentro de su ámbito de protección, vinculada incluso al derecho a la vida privada y honra. Así, el derecho a la propia imagen se entiende como “una proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el hombre, un signo genuino de identificación de todo individuo”¹⁰¹. De esta forma, se determinó que el titular derecho a la propia imagen tiene control absoluto del mismo, teniendo al

¹⁰⁰ C. Suprema, 6 de septiembre de 2018, Rol 16.439-2018, [en www.vlex.cl cita online: 743539769]

¹⁰¹ C. Suprema, 9 de junio de 2009, Rol N° 2506-2009 [en www.vlex.cl cita online: 58790389]

facultad de impedir la divulgación, publicación o exhibición de los rasgos que lo singularizan como sujeto individual, así como también su nombre, voz, imagen propiamente tal, tanto en el ámbito privado como su entorno familiar debiese estar protegido, pudiendo impedir que terceros, capten, reproduzcan o difundan su imagen, cualquiera sea la finalidad tenida en consideración para ello.

En consecuencia, la Corte Suprema decidió acoger el recurso de protección, debiendo la recurrida eliminar de su perfil de Facebook la publicación que contenía las fotografías del recurrente, como también las expresiones incorporadas a la misma, debiendo incluso, abstenerse de realizar otras publicaciones de similar tenor, ya sea por la misma vía u otras.

Lo llamativo de los casos analizados anteriormente, es que en ningún momento se discutió ni por la Corte de Apelaciones ni por la Corte Suprema la veracidad del contenido de las funas, las cuales comprendían imputación de delitos de gravedad con connotación sexual, sino más bien sólo se consideró si este hecho perturbó o amenazó ya sea, la vida privada, honra, imagen propia, reputación del funado, ¿por qué ocurre esto? Estamos conscientes que el objetivo del recurso de protección es reestablecer el imperio del derecho, tomando todas las medidas necesarias para que el derecho vulnerado pueda volver a ser ejercido en forma libre, pero resulta ser una falla del propio sistema jurídico, toda vez, que se condena a la persona que sube alguna funa cuando debiese ser el mismo ordenamiento el que debiese brindar una protección a la misma, en ocasiones en las que hay sospechas que fue víctima de un delito que revista características sexuales. En ese sentido, la interposición de un recurso de protección en casos de funas por delitos sexuales, debiese poner en alerta al ordenamiento para al menos sospechar de la comisión de un delito de carácter sexual y así disponer de todas las herramientas para comenzar una investigación penal, y de esta manera poner en una balanza un poco más equilibrada los derechos del funado con los derechos de la persona que hace la funa- quien por lo demás, resulta por lo general, la víctima de quien se busca proteger con el recurso de protección-.

Otro fallo que es relevante mencionar y que a pesar de haber sido revocado por la Corte Suprema resulta importante destacar, ya que fue una decisión basada en

perspectiva de género. La causa ROL 3448-2020¹⁰², dice relación con la interposición de un recurso de protección interpuesto por Jorge Arroyo Fernández, en contra de Javiera Castro Poblete. Se señala que el recurrente es un productor de eventos música, además de ser militante del partido político PPD desde los 18 años, partido del que ha sido electo Presidente Regional de la Juventud, cargo que representa hasta el año 2021. Así, el 19 de diciembre de 2019 se encontraba organizando un evento llamado HUF “*año nuevo 2020*” que se iba a llevar a cabo el 31 de diciembre de 2019 en Arauco, por ende, el recurrente cuando estaba realizando el lanzamiento de la publicidad y difusión del evento en redes sociales, apareció una funa en su contra a través de Facebook e Instagram de una joven con iniciales V.B.P. razón por la cual el querellante también interpuso un recurso de protección el cual con fecha 6 de marzo del presente año se tuvo por acogido¹⁰³.

Al respecto se señala que dicha funa tuvo diversas repercusiones tanto a nivel personal como laboral, llegando a tomar la determinación de realizar dicho evento sin la participación del recurrente; de igual modo, los músicos que tenían contratados para el evento de año nuevo se enteraron de estas funas y le informaron que habían decidido “bajarse” del evento y que este suceso llegó a tal viralización que recibió diversas amenazas y presiones que intentaban forzarlo a cancelar el evento, hecho que finalmente ocurrió, causando un menoscabo grave en la honra de Jorge Arroyo, perjuicio económico, desmedro laboral y descrédito social tomando en consideración la carrera política y musical del mismo.

Posteriormente, con fecha 14 de enero de 2020 el recurrente recibe por parte de un usuario anónimo de Instagram, un mensaje interno el cual tenía diversas ofensas y

¹⁰² C. Apelaciones de Concepción, 4 de mayo de 2020. Rol N° 3448-2020 [en www.wetlawchile.cl cita online:CL/JUR/28712/2020]

¹⁰³ Dicha sentencia Rol 1457-2020, se estableció que la recurrida debía eliminar toda publicación, fotografía e información que diga relación con el recurrente en todas las plataformas y redes sociales en que se publicó la funa. Es más, se indicó que en el futuro la recurrida deberá abstenerse de realizar cualquier publicación vulneratoria de la honra o invasivas de la vida privada del recurrente, así como de continuar compartiendo comunicaciones de tal género por cualquier vía, por si o por interpósita persona. https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/apelaciones/documentos/docCausaApelaciones.php?valorD oc=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGljaWFsd mlydHVhbC5wanVklmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwucGp 1ZC5jbCIsImhhdCI6MTYwOTcxMjk1OCwiZXhwIjoxNjA5NzE2NTU0LCJkYXRhIjpw7ImNycl9kb2MiOilyNjgx ODc5MCIsImNvZF9jb3J0ZSI6IjQ2Iiwia3JySWREb2NFC2MiOilmDE0OTM0NyIsImNvZF90aXBhcmNoa XZvIjoiMyIsInRyYW1pdGUiOiJ0b9fQ.6oxAnrQc2AH9Wpsg6QBBdWYKt2RST2q9A4TvbNSTjlg

amenazas en su contra, enviándole pantallazos de la funa que había realizado Javiera Castro, la recurrida en este recurso de protección. En dicha publicación la recurrida lo acusaba de abuso sexual, el cual había sido visible por sus 1.231 seguidores, muchos de los cuales habían publicado la funa a través de sus Instagram personales. Además, añade que la misma funa había sido comentada por “amigos” de la recurrida quienes dan por efectivo los hechos relatados, brindándole el apoyo difundiendo y enviando amenazas e insultos al recurrente.

Es en base a estas consideraciones que Jorge Arroyo interpone un recurso de protección solicitando a la Corte de Apelaciones que Javiera Castro eliminara de sus cuenta de Instagram y Facebook toda expresión directa, indirecta o que haya compartido en grupos creados para denunciar y funar por tales materias al recurrente; además de abstenerse de forma inmediata de incurrir en conductas similares por cualquier medio de comunicación social y publicar un mensaje público retractándose y pudiendo disculpas al recurrente.

Ante esto, la recurrida indica que conoció a Jorge Arroyo a través de su ex pololo, y que luego de terminar su relación amorosa continuó manteniendo contacto con el recurrente. Así, un día tarde en la noche en el auto de Jorge Arroyo, intentó besarla sin su consentimiento pasando a efectuar otras acciones que llegaron a calificar dicha circunstancia como un abuso sexual. Este hecho generó que la recurrida entrara en un profundo estado de depresión, haciendo presente que, en ese entonces, tenía 16 años de edad. De esta forma, y al poco tiempo decidió interponer una denuncia ante la 1º Comisaría de Carabineros de Chile de la ciudad de Arauco, pasando posteriormente a la Fiscalía Local de Arauco, pero al momento en que debía ser ratificada, la recurrida no se atrevió a asistir, toda vez que el recurrente había efectuado una serie de amenazas en contra de ella y a su familia.

Así, la recurrida fue contactada por un grupo feminista y al enterarse que en dicho grupo había varias mujeres que habían sido presuntamente abusadas por el mismo sujeto, decidió publicar la funa en su contra. Al respecto, indica que la publicación la realizó con el objeto de sanar y dejar de tener miedo, así como también para que el recurrente jamás pudiera volver a vulnerar a ninguna otra mujer.

En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción indica que los antecedentes a los que se refiere el recurrente dan cuenta de hechos que pueden dar lugar a un ilícito, esto es, injurias o calumnias y por su parte, también lo son los actos a los que se refiere la recurrida. También se indica que los antecedentes que fueron aportados en el proceso no permiten establecer que la recurrida fue la que instó o solicitó acciones de amenaza o agresión en contra del actor, al contrario, se señala que las publicaciones acompañadas dan cuenta de que ellas provienen de terceros.

La Corte además de pronunció respecto de la colisión de derechos, en este caso entre el derecho a la privacidad e intimidad y el de libertad de expresión, sosteniendo que “el ordenamiento jurídico chileno consagra un amplio espectro de libertad de expresión e información, optando por proteger la honra y vida privada de las personas casi de manera exclusiva a través la persecución de responsabilidades ex post (con el establecimiento de responsabilidades en la ley de prensa o tipos penales específicos), renunciando así a la posibilidad de la aplicación de la censura previa”¹⁰⁴.

Por su parte, el voto concurrente de la Ministra Carola Rivas Vargas agregó a la argumentación por el rechazo del recurso que, la funa realizada constituye un acto de autoayuda o de reparación personal, que se encuentra íntimamente relacionado con la develación de un presunto delito sexual.

De este modo, toman en consideración que “la violencia sexual es una forma de violencia de género reconocida en instrumentos jurídicos internacionales como una vulneración de los Derechos Humanos de las mujeres; sin embargo y a pesar de ello, los órganos estatales de persecución penal y de juzgamiento han dado una deficiente respuesta frente a tales denuncias (Según datos del Ministerio Público, el 57,8% de los delitos sexuales son archivados provisionalmente)”¹⁰⁵.

Asimismo, el voto de la Ministra hace referencia a que “si bien, no es posible justificar la autotutela, es preciso evidenciar que las actuaciones de una víctima de un delito sexual no se sostienen en la sola exigencia de una denuncia o una querrela, puesto que el escenario donde han de enfrentar su experiencia traumática, es distinto al exigido para otro tipos de delitos, precisamente porque la afectación es a su

¹⁰⁴ C. de Apelaciones de Concepción, op. cit., nota 100. 6 p.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 7 p.

indemnidad, intimidad, libertad sexual, por tanto es necesario visibilizar a dicha víctima en este específico escenario, donde la forma de enfrentar su vivencia, es también particular”¹⁰⁶.

Ante este fallo, el recurrente interpuso recurso de apelación ante lo cual la Corte Suprema revoca la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción, basándose en el derecho a la propia imagen que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que deviene su protección del artículo 19 número 4 de nuestra Carta Fundamental, por encontrarse comprendida implícitamente en el atributo a la privacidad de las personas. Así, señala que “el titular del derecho a la propia imagen- privacidad tiene la facultad de control y por tanto el poder de impedir la divulgación, publicación o exhibición de los rasgos que lo singularizan como sujeto individual, su imagen propiamente tal, su voz, y su nombre, protegiendo con esto el ámbito privado de la persona y su entorno familiar, el cual queda sustraído del conocimiento de terceros”¹⁰⁷.

En el mismo sentido, y al igual que la Corte de Apelaciones indica que hay una colisión de garantías constitucionales, a saber, entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, cuestión que debe ser ponderada por la Corte. Al respecto, indica que la libertad de expresión resulta fundamental en el imaginario de la comunicación en el ciber espacio, y que en ocasiones puede entrar en conflicto con otras libertades individuales, como el derecho al buen nombre, así se señala que “la libertad de expresión no tiene un carácter absoluto y, por cierto, se encuentra limitada por el derecho al buen nombre que le asiste al afectado por las expresiones deshonrosas que se han vertido en una red social pública, a pesar que había sido la misma actora la que señala que realizó la denuncia que le franquea el ordenamiento jurídico, por lo que es a través de las vías ordinarias que se debe dilucidar si efectivamente aquél había incurrido en conductas contrarias a la ley”¹⁰⁸.

Es así, que se consideró por la Corte Suprema que la recurrida había publicado la funa con la única intención de afectar la honra del recurrente, vulnerando derechos que la Constitución Política de la República reconoce a todas las personas. Es por ello,

¹⁰⁶ Ibid 7 p.

¹⁰⁷C. Suprema, 28 de julio de 2020. Rol N° 58535-2020 [en www.wetlawchile.cl cita online:CL/JUR/164163/2020] 3 p.

¹⁰⁸ Ibid, 6 p.

que se declaró que la recurrida debía eliminar de inmediato la publicación realizada en la red social Instagram.

Al respecto resulta importante recalcar la fundamentación por parte de la Ministra Carola Rivas de la Corte de Apelaciones de Concepción, quien reconoce lo difícil que muchas veces genera exponerse a un proceso penal por parte de las víctimas de delitos sexuales, y que su único medio para sanar y acabar con el miedo que le genera enfrentar a su agresor, es a través de la publicación de una funa, cuestión que omite completamente la Corte Suprema basándose exclusivamente en que la recurrida en este caso, ya había acudido a efectuar la denuncia, como única herramienta de protección que le ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

Este caso resulta relevante, la perspectiva de género que se trata de implementar, dado que se hace referencia a la realidad de nuestro sistema penal, en que 57,8% de los delitos sexuales son archivados provisionalmente ocasionado por múltiples causas, tales como las faltas de prueba o el propio desistimiento de la víctima, como es precisamente lo que ocurrió en este caso, ya que la recurrida no continuó con la denuncia al no querer exponer su intimidad, aspecto que ya se encontraba vulnerado acorde a los hechos relatados por la misma, añadiendo las constantes amenazas efectuadas por el recurrente, aspecto que por lo demás, tampoco fue comprobado e investigado por los tribunales de justicia.

De esta forma, ¿cómo podríamos utilizar el derecho para mejorar la posición de la mujer en nuestra sociedad y que ésta no tenga que surtir diversas dificultades a la hora de buscar justicia y protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico? La respuesta se encuentra, según estos autores, en la incorporación de la perspectiva de género¹⁰⁹ como herramienta de cambio social que se debe implementar en la fundamentación de las sentencias.

¹⁰⁹ La perspectiva de género, entendido como un instrumento cuya finalidad es impregnar de manera transversal las leyes, instituciones y sistemas organizativos de la sociedad del ideal de de igualdad entre varón y mujer- no solo formalmente, sino también materialmente-. Véase en Miranda- Novoa, M. 2013. Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género *Díkaion*, 21(2), 337–356. Recuperado a partir de <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a02.pdf>

2.2 Delito de injurias y calumnias

Siguiendo la misma línea respecto de las acciones que pueden entablar el funado frente a una funa, es interponer una querrela por injuria y calumnias; delitos que están íntimamente relacionados con lo que ya hemos mencionado respecto a honor, siendo tratados en el Título VII del Código Penal, sobre los crímenes y simple delitos contra las personas.

Respecto de éstos delitos cabe preguntarse, ¿qué bien jurídico es el que protegen? Existe acuerdo por parte de la doctrina en que se considera en que se pretende amparar el *honor*, así y al igual que en el recurso de protección, existe un enfrentamiento entre las libertades de expresión y de información con el honor, uniéndose a esta disputa el derecho a la intimidad a causa de los grandes avances tecnológicos que permite mayor intercomunicación y proliferación de los medios de comunicación.

En ese sentido, y tomando en consideración lo que ya se ha definido por honor en este trabajo, debemos acudir a lo que ha dicho al respecto tanto nuestra Carta Fundamental; los Tratados Internacionales, así como también el Código Penal al respecto. En primer lugar, nuestra Carta Fundamental indica en su artículo 1 que “todas las personas nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos, añadiendo a dicha circunstancia lo ya mencionado por el artículo 19 número 4 en la cual se ordena a la Constitución a asegurar el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia. En segundo lugar, podemos reconocer que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 11 que toda persona tiene derecho al respeto de su *honra* y al reconocimiento de su *dignidad*. En tercer lugar, en el Código Penal podemos atender a la tipificación del delito de injuria y calumnia correspondiendo a la concreción legal establecida por los cuerpos normativos antes mencionados.

Así, la injuria se encuentra regulada entre los artículos 416 al 420 del Código Penal, definiéndose en el primer artículo aludido, como toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

Al respecto, el legislador hace alusión tanto a la *expresión* como a la *acción*; la primera hace referencia a la palabra hablada, mientras que la segunda a cualquier sistema de manifestación de alguna opinión que no esté comprendida en el primer caso- esto es, palabra hablada-, vale decir, a toda forma de expresarse distinta como lo es la palabra escrita, caricaturas, movimientos, entre otros. Asimismo, no es necesario que la expresión proferida o la acción ejecutada sean objetivamente ofensivas – aunque con frecuencia lo serán- pero es suficiente que alcancen que atendida la forma en cómo se exteriorizan, tal significación, la ocasión y demás circunstancias concurrentes¹¹⁰.

En ese sentido, las injurias se pueden clasificar en directas o indirectas. Las primeras, son las que van derechamente contra una persona, por ejemplo, que una persona afirme que “*el sujeto A es un violador*”; mientras que las segundas son las que repercuten sobre una persona empleando a una tercera como referencia, por ejemplo, en una situación en donde se encuentra el sujeto A y el sujeto B y alguien dice “*el sujeto B no es un violador*”, haciendo referencia en que A si lo es. A su vez, se hace una distinción en manifiestas y encubierta o larvada, indicando que la primera es aquella que no da lugar a dudas respecto a que es una acción o expresión de carácter ofensiva; mientras que encubierta es considerada una ofensa disfrazada, en la cual se permite que el supuesto ofendido exija explicaciones con el fin de esclarecer la expresión o acción realizada y en casos en que el autor de la misma no las de a entender en forma satisfactoria, se le castigará como responsable de una injuria manifestada¹¹¹.

Otra clasificación es la que distingue entre injurias, graves, leves y livianas. Las primeras se encuentran definidas en el artículo 417 del Código Penal de la siguiente forma:

Artículo 417: Son injurias graves:

1º La imputación de un crimen o simple delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio.

2º La imputación de un crimen o simple delito penado o prescrito.

¹¹⁰ Garrido Montt, Mario, op. cit., nota 31, 200 p.

¹¹¹ *Ibid.*, 201 p.

3º La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueda perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado.

4º Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

5º Las que racionalmente merezcan la calificación de graves atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

Así, son consideradas injurias leves las que indica el artículo 419 del Código Penal al considerar las injurias hechas por escrito y con publicidad, que no estén comprendidas en los casos de injuria grave mencionadas en el artículo 417. Por último, las injurias livianas aquellas que no se encuentran comprendidas por el ya citado artículo 417 y no que hayan sido realizadas por escrito y con publicidad, siendo penadas con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales en los términos del artículo 496 número 11 del Código Penal.

Dado que existen distintas clases de injurias consideradas por nuestro ordenamiento jurídico, es que las penas son variadas, por ejemplo, el artículo 418 del Código Penal indica que las injurias graves hechas por escrito y con publicidad, serán castigadas con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Por otro lado, el artículo 419 indica que las injurias leves se castigarán con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Por ende, y tal como ya se mencionó, las injurias livianas serán castigadas con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

Ahora, para que se dé el delito de injurias debe existir el *animus injuriandi* que “generalmente se convive como un *animus necandi* especial, como una voluntad de causar un daño al ofendido, diverso al dolo, que involucra el conocimiento que la acción o expresión objetivamente agravante para la víctima¹¹², vale decir, tener la intención de dañar, desacreditar, menospreciar a una persona. En ese sentido, si la funa se hace con un ánimo distinto, esto es, con una intención diferente a injuria, el delito no se configura, por lo cual las defensas a este tipo de delito deben ir realizarse en esta

¹¹² Ibid, 202 p

misma línea, es decir la funa se hizo con el ánimo de criticar, o de contar lo que ocurrió. Así, “la teoría del *animus injuriandi*, este elemento subjetivo quedaría descartado por la concurrencia de otros *animus*, como el *narrandi* (de contar), *criticandi* (de hacer crítica), *jocandi* (de hacer broma) entre muchos otros. Esta posición, según los partidarios de esa doctrina, garantiza el ejercicio del derecho a la informar y la libertad de expresión, al permitir difundir el pensamiento sin el peligro de ser acusado de ofender, cuando sólo se ha querido ejercer los derechos indicados. Al considerar el *animus injuriandi* como elemento subjetivo, si falta ese *animus*, se excluiría el tipo penal”¹¹³

En igual sentido, se ha desarrollado por nuestra doctrina la determinación de una causal de justificación tratándose de delitos contra el honor, como resulta ser el delito de injuria, basado en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Para que se considerado como “legítimo” y opere dicha causal, se deben cumplir con determinados requisitos, indicándose en primer lugar, la relevancia pública del mensaje¹¹⁴, vale decir, que debe existir un interés público en el mensaje que se emite, de manera tal, que los mensajes que se estarían transmitiendo con la funa sirvan para formar la opinión pública y como “crítica política” movida por actos políticos que son de dominio público, por muy injusta o exagerada que sea, no es posible tipificarla como delito, quedando por ende, dentro del marco de protección constitucional las expresiones duras y cáusticas.

En segundo lugar, se considera que la información transmitida sea veraz subjetivamente, no requiriéndose para estos efectos la verdad histórica o absoluta, ya que, de plantearse tal exigencia, la única garantía para la libertad de expresión sería el silencio y callar ante actos cometidos en el ámbito sexual, e incluso en caso de exigirse la veracidad objetiva, solo se podrían transmitir información que haya pasado por la

¹¹³ *Ibid.* 203 p.

¹¹⁴ Al respecto la ley N°19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo señala en su artículo 30 que se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes: a) Los referentes al desempeño de funciones públicas; b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso; d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social; e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y: f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

autoridad de cosa juzgada, y aún en ese escenario, podríamos estar ante informaciones erróneas. Por ende, lo exigible en estos casos, es el cumplimiento de un deber de comprobación de la información que se está transmitiendo con una funa, es decir, del hecho que en la experiencia común puede contarse como cierta una información verificada por fuentes desinteresadas, y respecto de la cual pueda afirmarse, aún sin conocimientos especiales ni comprobaciones sofisticadas, que es verdadera¹¹⁵.

Por otra parte, en casos de funas el funado puede interponer una querrela por delito de calumnia, la cual se encuentra definida en el artículo 412 del Código Penal indicándose para estos efectos, que es una imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio.

Al respecto cabe preguntarnos ¿a qué hecho delictivo se está refiriendo al mencionar “imputación de un delito? Tal como lo adelanta la propia definición, el delito que se imputa tiene que cumplir con 3 requisitos: En primer lugar, debe ser determinado, es decir, “el delito en que consiste la ofensa debe estar precisado en sus circunstancias fundamentales”; en segundo lugar, debe ser falso, debiendo ser la falsedad subjetiva, vale decir, que el calumniador, en este caso la persona que publica la funa, ha de tener conciencia de que lo que atribuye a un tercero, el funado en términos de esta investigación, no concuerda con la realidad o de que carece de antecedentes adecuados que den verosimilitud a los hechos que componen la funa misma, por lo que la persona que publica la funa se puede eximir de la sanción que deviene la calumnia probando que verdaderamente creía en la efectividad de sus aseveración o que tiene antecedentes que permitan acreditar su publicación, excluyendo por ende, haber actuado con dolo¹¹⁶; por último, debe ser actualmente perseguible de oficio por la autoridad judicial, y es precisamente por este requisitos, que se comprende exclusivamente los crímenes y simples delitos de acción pública, es

¹¹⁵ MATUS, J. P. y RAMÍREZ M. C. op. cit, nota 33. 221- 222 pp.

¹¹⁶ Al respecto, el artículo 415 inciso primero del Código Penal señala que: El acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.

decir, aquellos que pueden ser denunciados por cualquier persona capaz y respecto de los cuales existe un interés social en su punición.¹¹⁷

De este modo, por ejemplo, el decir “X es un violador” no es posible configurarlo como delito de calumnia – pudiendo si ser una injuria en los términos mencionados con anterioridad-, pero si se indica “X violó a una menor el 20 de junio del 2020” y en caso de resultar esta aseveración falsa, es posible calificarlo como una calumnia.

De esta forma, es posible clasificar el delito de calumnias en simples y calumnia cometida por escrito y con publicidad, distinción que se realiza para efectos de determinar la pena correspondiente. Así, en el artículo 413 del Código Penal indica en los siguientes términos:

Artículo 413: La calumnia propagada por escrito y con publicidad será castigada:

1º Con las penas de reclusión menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando se imputare un crimen.

2º Con las de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se imputare un simple delito.

Por otra parte, el artículo 414 hace referencia a las calumnias simples al señalar que:

Artículo 414: No propagándose la calumnia con publicidad y por escrito, será castigada:

1º Con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a quince unidades tributarias mensuales, cuando se imputare un crimen.

2º Con las de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se imputare un simple delito.

Ahora, al igual que en el delito de injuria, en el delito de calumnia está presente la *exceptio veritatis*, esto es “la facultad que tiene el responsable de una acción o expresión calificada como agravante y constitutiva de delito, de liberarse de la pena pertinente acreditando la veracidad de lo que expresó. La *exceptio veritatis* presupone un comportamiento *típico* (injurioso o calumnioso) y *antijurídico* (no autorizado por el ordenamiento jurídico); de no ser así, no cumpliría su objetivo. En efecto, si la acción o

¹¹⁷ Garrido Montt, Mario, op. cit., nota 110, 210 p

expresión ofensiva no es típica o, siéndolo, no es antijurídica, simplemente no hay delito, se pruebe o no la veracidad del hecho agravante atribuido. La cualidad liberatoria de pena de la prueba de la verdad evita el castigo por la atribución de un hecho que importa una injuria o una calumnia”¹¹⁸.

Al respecto hay que tener en consideración que, si bien aplican las mismas consideraciones del delito de injuria, la *exceptio veritatis* en casos de delito de calumnia opera sin restricción alguna, ya que acorde al artículo 415 del Código Penal cualquier acusado por este delito “quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”, esto ocurre principalmente, por el interés público que se encuentra comprometido en este tipo de delito, siendo por tanto, la *exceptio veritatis* una causal de exclusión de la pena.

Por otro lado, y en cuanto a la culpabilidad presente en el delito de calumnia, no es posible admitirse la comisión con dolo eventual o culposa, entendido en circunstancias en que “el autor considera como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella (...) Pertenecen al dolo eventual, de un lado la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo, y de otro, la consideración seria de este peligro por parte del autor”¹¹⁹.

De este modo, el autor de la funa, por ejemplo, debe saber que el delito imputado no se ha cometido o que en él no le ha cabido participación al inculpado (falsedad subjetiva). Si es así, y en caso de existir dudas respecto del contenido de la funa, es misión del sistema judicial aclararlo, ya que no se puede exigir a todas las personas que sólo realicen imputaciones de delitos que se encuentran previamente comprobados, ya que resultaría absurdo, por lo que si se imputa a través de una funa un delito, en este caso, de delitos sexual, en el cual se cree falso o se supone por parte de la persona que publica la funa, que el imputado no ha tenido participación alguna en él, pero resulta que producto de las investigaciones realizadas, el delito es verdadero o

¹¹⁸ Garrido Montt, Mario, op. cit., nota 117, 216- 217 pp.

¹¹⁹ Letner, Gustavo A. 2010. Dolo eventual y culpa con representación (Problemas y consecuencias que trae aparejadas su distinción y posterior aplicación en casos vinculados con el tráfico automotor). 1 p.

efectivamente el funado ha tenido participación punible en la comisión del delito, entonces no estaríamos en presencia de un delito de calumnia¹²⁰.

Una vez esclarecido el concepto e implicancias en los delitos de injuria y calumnia, es menester recalcar que el Código Penal establece en los artículos 421 al 431, reglas comunes a estos delitos. Al efecto, en el artículo 422 refiere lo siguiente:

Artículo 422: La calumnia y la injuria se reputan hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos; por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera”.

Al respecto, cabe preguntarse si resulta aplicable dicho artículo a los distintos medios de comunicación masiva existentes, tales como el internet, que resulta ser la fuente más frecuente de publicación de funas en el último tiempo. En ese sentido, los parámetros que se establecen como marco penal para la atribución de un delito de injuria y calumnia es que éstas deben constar principalmente por escrito y con publicidad, hechos que se dan en las funas, pero, hay que tener en consideración que los medios que atribuyen esta publicación por escrito en los términos del artículo citado anteriormente, no se da con frecuencia, atendiendo principalmente al avance tecnológico del último siglo. Es por ello, que sin perjuicio de lo mencionado en el artículo 422, resulta aplicable el artículo 2 de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, al señalar que “Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado. Asimismo, el artículo 29 de la misma ley indica que “Los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de cualquier medio de comunicación social, serán sancionados con las penas corporales señaladas en los artículos 413, 418 inciso primero, y 419 del Código Penal, y con multas de veinte a ciento cincuenta unidades tributarias mencionas en el caso el

¹²⁰ MATUS, J. P. y RAMÍREZ M. C. op. cit., nota 115, 226- 227 pp.

Nº2 del artículo 413 y de veinte a cincuenta unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 419”.

Otras disposiciones comunes de los delitos de injuria y calumnia reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico y que resultan aplicables a las funas como objeto de esta investigación, son las establecidas en los artículos 421 y 423:

Artículo 421: Se comete el delito de calumnia o injuria no sólo manifiestamente, son por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones.

Artículo 423: El acusado de calumnia o injuria encubierta o equívoca que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias acerca de ella, será castigado con las penas de los delitos de calumnia o injuria manifestada.

Así es posible reconocer que las injurias y calumnias- adicionalmente a las clasificaciones ya mencionadas- pueden ser simples u ordinaria y encubiertas o equívocas. Las primeras son aquellas en que el contenido y el mensaje de la funa, en este caso, son claramente percibidos por los receptores de la publicación, logrando percibir su sentido ofensivo en contra del funado. En cambio, las segundas son aquellas que no es posible detectar con claridad el objetivo que se quiere alcanzar con la funa, por lo que los receptores de la misma deben efectuar una especial labor intelectual para percibir el verdadero objetivo de la funa y la intención de la persona que la publica. Es así como está clasificación y con ello, la determinación de las injurias y calumnias encubiertas tipificadas en los artículos 421 y 423 reviste de importancia principalmente por dos razones. La primera, dice relación con la determinación del rango de protección del tipo de injuria y calumnia, ya que no solo resulta relevante para nuestro ordenamiento jurídico la persecución de mensajes que son manifiestamente injuriosos, sino que también los que son indirectos. Y la segunda, radica en que a partir de la norma del artículo 423, es posible concluir que la regla general es que la injuria o calumnia encubierta no es punible, salvo que, en casos de judicializarse la funa, la persona que realice la publicación se rehusare a dar explicaciones satisfactorias acerca de ella, debiendo ser exigidas por el querellante o el tribunal para poder determinar la configuración del delito¹²¹.

¹²¹ Ibid., 228 p.

También nuestra legislación comprende el caso de las ofensas recíprocas como, por ejemplo, en que el funado, en respuesta de la funa, además de judicializar los hechos que, a su parecer, dieran lugar al delito de injuria o calumnia, haya publicado una contra funa:

Artículo 430: En el caso de calumnias o injurias recíprocas, se observarán las reglas siguientes:

1º Si las más graves de las calumnias o injurias recíprocamente inferidas merecieren igual penal, el tribunal las dará todas por compensadas.

2º Cuando la más grave de las calumnias o injurias imputadas por una de las partes, tuviere señalado mayor castigo que la más grave de las imputadas por la otra, al imponer la pena correspondiente a aquélla se rebajará la asignada para ésta.

Se trata de una regla de política criminal, en el que se lleva a una exención de toda pena, siendo por ende una regla excepcional dentro de nuestro sistema penal, siendo posibles de reconocer únicamente en estos tipos de delitos, toda vez que son de acción penal privada.

Al respecto, hay que tener consideración, que el delito de injuria o calumnia prescribe en el plazo de un año, contado desde que le ofendido tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa, en los términos del artículo 413 del Código Penal, lo que ha dado pie a sostener que es posible cometer estos delitos, pero sin que el ofendido haya tomado conocimiento del mismo.

Para finalizar, si bien interponer una querrela de injuria o calumnia por parte del funado en casos de funas por delitos sexuales es una herramienta que tiene el ofendido para poder resguardar su derecho al honor resguardado por nuestra Constitución Política de la República, presenta una dificultad probatoria a propósito de la incorporación de la prueba respectiva. En primer lugar, y como es sabido, en materia penal se admite todo tipo de prueba que permita producir fe¹²², siempre y cuando no hayan sido obtenidas vulnerando las garantías fundamentales del imputado o que no

¹²² Así el artículo 323 del Código Procesal Penal indica que: Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videgrabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

hayan recaído en una de las causales de exclusión de prueba del artículo 276 del Código Procesal Penal. En segundo lugar, y tal como ya se mencionó, el juez tiene libertad al momento de valorar la prueba, siempre que con ello no contravenga las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En tercer lugar, y como consecuencia de lo anteriormente señalado es que, en esta clase de procedimientos, el querellante es quien tiene la carga de la prueba, quien deberá valerse de todos los medios que permita la ley, pues respecto del querellado, esto es, la persona que publica alguna funa, existe una presunción de inocencia que sólo es capaz de romperse cuando el juez haya sobrepasado el estándar de convicción exigible en materia penal, siendo está, más allá de toda duda razonable.

Así, y tomando en consideración la sana crítica, el principio de inocencia y la duda razonable, es que resulta relevante la elección de los distintos medios de prueba de los que el funado, en este caso querellante, se pretende valer, pues, cuando de medios informáticos se trata, en los cuales no es posible ver a la persona que envía una publicación a través de distintas redes sociales, no existe un método que sea 100% infalible para determinar si es que la persona que se investiga por estos delitos, es efectivamente la responsable¹²³. Por ende, los mismos factores que en un principio resultaron ser perjudiciales para la víctima de algún delito sexual que no permiten alcanzar un pronunciamiento condenatorio y generan una desmotivación para comenzar una investigación de los hechos, resultan ahora, ventajosos, toda vez que restringen el actuar del funado ante los tribunales de justicia como respuesta a las funas por parte de éste.

¹²³ Mallol, María F. Y Marín, Ricardo A. 2017. Injurias y calumnias a través de redes sociales digitales. Eficacia de la legislación nacional en la protección de los intereses de la víctima. Memoria para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Salvador Millaleo H. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. Chile. 85 p.

Conclusiones

En la presente investigación conceptualizamos la funa como un *acto público de reproche mediante el cual se imputa a una persona un actuar injusto*, siendo este fenómeno social el núcleo central de este trabajo. Consideramos que es un acto público o de manifestación externa, dado que se realiza mediante redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, Tik Tok), en cuanto son un medio masivo de comunicación moderno, en que los usuarios y usuarias son quienes dotan de contenido estas plataformas, con alta cantidad de cuentas activas. Es también un acto de reproche, en tanto se individualiza como autor a una determinada persona del actuar injusto, es decir, de un comportamiento contrario a la ley, a la moral, o a los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico.

Entendiendo que son muchos los comportamientos reñidos con la ley que pueden coincidir con el concepto indicado, redujimos la materia de investigación a las funas cuyo relato es la imputación de delitos, y en especial, en los que el bien jurídico protegido son los relacionados con la integridad y la libertad sexual: los delitos de violación, de estupro y de abuso sexual; en que quien realiza la funa expone con suficientes detalles la situación vivida, culpando a una persona de realizar un delito, la que es individualizada con tal especificidad que es posible identificarla inequívocamente, con el objeto de advertir a la comunidad, de carácter virtual en primera instancia, de tener los resguardos necesarios para no sufrir en el futuro el injusto que se imputa a esta persona, afectando la honorabilidad del “funado”, en cuanto a que no existe comprobación concreta de los comportamientos imputados, en que solo se atiende al testimonio de quien realiza la funa, pudiendo, o no, ser falsos estos hechos.

Indagamos cuáles son los motivos por los cuales se producen las funas, si se encuentran o no tuteladas por el derecho o si es una conducta derechamente contraria al ordenamiento jurídico. Solo a modo de conclusión, y entendiendo las múltiples aristas que ya fueron descritas en esta investigación, consideramos que el factor determinante de las funas es el difícil o nulo acceso a la justicia por parte de las víctimas de delitos de carácter sexual, dado por el tiempo, recursos y pruebas que implican solicitar la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios, toda vez que el

juzgamiento de un delito, en los estados modernos, se encuentra asignado a la labor de un tercero imparcial (juez/a).

Podemos observar también que existe cierta similitud entre la función de incapacitación de la pena con lo buscado por la persona que realiza la funa, en cuanto a evitar que el funado siga repitiendo estas conductas por el reproche moral que contiene la acusación, y por las eventuales distancias que tomarán las personas que se relacionan con ella; teniendo además un rol desocializador o excluyente del funado respecto a sus pares y la comunidad en general, cuestión que, como hemos dicho anteriormente, no es la situación ideal desde una perspectiva de los derechos fundamentales. Concluimos también que al ser la funa una actividad realizada por privados, al margen de los medios estatales, se asemeja más bien a una venganza que a un castigo, toda vez que esta se produce para dañar concretamente el honor del funado; es de carácter personal, en cuanto responde a una supuesta lesión de carácter sexual cuya víctima es quien realiza la funa; e involucra un sentimiento en particular, en cuanto a obtener un repudio generalizado hacia el funado y su supuesto comportamiento, y además persigue obtener la empatía de quien se informa sobre la funa.

A su vez, es menester decir que, si bien a todas las personas le asiste el derecho a la libertad de expresión, considerándola como el derecho de emitir opinión en cualquier formato sin censura previa, de manera espontánea, y no obligada, esta libertad encuentra como límite los derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a otras personas.

De lo anterior, es posible concluir que la funa es una manifestación de autotutela, entendida como quien se hace justicia por mano propia, cuestión que no es admitida expresamente en el ordenamiento jurídico, dado que la actual Constitución entrega la solución de los conflictos entre particulares a los tribunales ordinarios de justicia, consagrándolo incluso como derecho fundamental en sus diversas manifestaciones (Derecho al juez natural, Derecho a defensa jurídica letrada, Derecho a un debido proceso, entre otros), cuestión que es replicada en varios cuerpos normativos con rango de ley, dado el “Principio de jerarquía normativa”, y solo admite

de manera excepcional el ajusticiamiento por mano propia, siempre que se cumplan todos los requisitos legales de procedencia, como es el caso de la legítima defensa.

Podemos agregar también que al ser la funa una institución contraria a derecho, quien es funado tiene herramientas para defenderse y revertir esta situación, mediante la denuncia o querrela por el delito de injurias y calumnias, en el ámbito penal, o accionar de protección, en el ámbito constitucional, para solicitar que se elimine la funa del sitio digital en que se encuentre, por verse afectada su honra.

Finalmente, concluimos que la existencia de las funas por delitos de carácter sexual, son contrarias a derecho, al ser una manifestación de la autotutela, por lo que no es conveniente que ocurran dentro de un Estado de Derecho, pero que su masividad nos obliga a atender su origen y fundamentos, los que se han pretendido analizar en esta obra y a entender que son una reacción que canaliza el clamor por mayores grados de justicia ante los altos niveles de impunidad existentes, que invita a la sociedad, al derecho o sistema jurídico a resolver las siguientes preguntas “¿Cómo utilizar el derecho para el mejoramiento de la posición social y condiciones de vida de las mujeres si éste es un instrumento que fue creado para dominar a las mujeres? ¿Cómo transformar un derecho dominador en uno cooperador en la convivencia de mujeres y hombres?”¹²⁴

¹²⁴ Facia, Alda y Fries Lorena. 2005. Feminismo, género y patriarcado. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, año 3, N°6, primavera 2005. 294 p.

Bibliografía

TEXTOS

1. Aillapán, Jorge. 2014. "La funa 2.0". Columna publicada en el sitio [elquintopoder.cl https://www.elquintopoder.cl/tecnologia/la-funa-2-0/](https://www.elquintopoder.cl/tecnologia/la-funa-2-0/)
2. Anitua, Gabriel Ignacio. 2015. Justificación del castigo. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 3. Capítulo 58.
3. Bascuñan Rodríguez, Antonio. 1997. "PROBLEMAS BÁSICOS DE LOS DELITOS SEXUALES", Volumen 8 Número.
4. Beccaria, Cesare. 2011. De los delitos y las penas; edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta.
5. Bentham, Jeremy. 1996. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, trad. propia. Oxford: Clarendon Press.
6. Bonorino, Pablo. 2017. ¿Existe una diferencia conceptual entre venganza y castigo? Anuario de filosofía del derecho (XXXIII). ISSN 0518-0872.
7. Castells, Carmen. 1996. Perspectivas feministas en teoría política, Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad.
8. Cerda, R. 2013. Valoración de la prueba: San crítica. Librotecnia. Santiago.
9. Coloma Correa, Rodrigo, & Agüero San Juan, Claudio. (2014). LÓGICA, CIENCIA Y EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. *Revista chilena de derecho*, 41(2), 673-703. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200011>
10. Delgado Castro, Jordi, Palomo Vélez, Diego, & Delgado, Germán. (2017). AUTOTUTELA, SOLUCIÓN ADECUADA DEL CONFLICTO Y REPOSSESSION: REVISIÓN Y PROPUESTA. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(2), 265-289 pp. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000200265>
11. Etcheberry, Alfredo. 1997. Derecho Penal. Parte Especial, Tercera Edición Actualizada. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

12. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2016 - 2017. 2018. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares de Derechos Humanos sobre el derecho a la integridad personal. Instituto Nacional de Derechos Humanos.
13. Facia, Alda y Fries Lorena. 2005. Feminismo, género y patriarcado. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, año 3, N°6, primavera 2005.
14. Ferri, Enrico. 1907. Sociología criminal. Tomo I y II. Madrid: Centro Editorial de Góngora.
15. Foucault, Michel. 1989. Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión, trad. de Aurelio Garzón del Camino. México: Siglo XXI.
16. Frances Olsen, "El sexo del derecho", en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho. 2000. 25-42 pp. Publicado en David Kairys (ed.), *Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), 452- 467 pp. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.
17. Fuentes Orellana, María Fernanda. 2011. El derecho a la honra como límite a la libertad de información hasta el momento de la acusación penal. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (37) <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200014>
18. Garrido Montt, Mario, 2010. Derecho Penal Parte Especial Tomo III, Cuarta Edición. Chile.
19. Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina, Coronel, Elisa, & Andrés Pérez, Carlos. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15(1), 49-58. Recuperado en 28 de diciembre de 2020, de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006&lng=es&tlng=es.
20. Hegel, Guillermo. 1968. Filosofía del Derecho, trad. de Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Editorial Claridad.
21. Kant, Immanuel. 1989. La metafísica de las costumbres, trad. de Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J. Madrid: Tecnos

22. Letner, Gustavo A. 2010. Dolo eventual y culpa con representación (Problemas y consecuencias que trae aparejadas su distinción y posterior aplicación en casos vinculados con el tráfico automotor).
23. Mañalich, Juan Pablo. 2007. La pena como retribución. *Revista Estudios Públicos* N°108 (primavera 2007).
24. Mañalich, Juan Pablo. 2010. Retribución como coacción punitiva. *Revista Derecho y Humanidades*, N°16 vol.1.
25. Mañalich, Juan Pablo. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Ius et Praxis*, 20(2), 21-70 pp. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art02.pdf>
26. MATUS, J. P. y RAMÍREZ M. C. 2018. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. 2º edición. Chile, Tirant lo Blanch.
27. Miranda- Novoa, M. 2013. Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género *Díkaion*, 21(2), 337–356. Recuperado a partir de <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a02.pdf>
28. Montero, Justa. 2006. Feminismo: un movimiento crítico. *Psychosocial Intervention*, 15(2), 167-180 pp. Recuperado en 13 de julio de 2020, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592006000200004&lng=es&tlng=es.
29. Nogueira Alcalá, Humberto. 2010. The Constitutional Action of Protection in Chile and the Constitutional Action of Amparo in Mexico. *Ius et Praxis*, 16(1), 219-286. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122010000100009&lng=en&nrm=iso
30. Nozick, Robert. 1981. *Philosophical Explanations*, trad. propia. Disponible en <https://antilogicalism.com/wp-content/uploads/2017/07/philosophical-explanations.pdf>
31. Panta, C. D. Y Somocurcio, Q. V. La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria? Análisis del acuerdo plenario Nro 2-2005/CJ-116.

32. Politoff, S., Matus J. P., Ramírez, M. C. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
33. RODRÍGUEZ C., Luis. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. 1° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000-2001.
34. Roxin, Claus. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas.
35. Roxin, Claus. 1976. "Sentido y límites de la pena estatal" en Problemas básicos del Derecho Penal, trad. de D. Luzón Peña, Madrid, Reus.
36. Servicio Médico Legal, Agresiones sexuales [en línea]. <http://www.sml.gob.cl/index.php/constatacion-de-delitos-sexuales/>
37. Soto Kloss, Eduardo 1982. El Recurso de protección. Editorial Jurídica de Chile.
38. Stein, Friedrich. 1988. El conocimiento privado del juez, 2da edición. Bogotá
39. Zúñiga, Fernando. 2006. Mapudungun el habla mapuche. Santiago: Centro de Estudios Públicos.

NORMAS

1. Constitución Política de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2020.
2. Código Penal de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Edición Oficial, 2020.
3. Código Procesal Penal. Editorial Jurídica de Chile, Edición Oficial, 2020.
4. Código Civil. Editorial Jurídica de Chile, Edición Oficial, 2020.
5. Código Orgánico de Tribunales. Editorial Jurídica de Chile, Edición Oficial, 2020.
6. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2001. Ley N°19.733: Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, junio, 2001.

7. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 1999. Ley N°19.617: Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, julio, 1999.

SENTENCIAS

1. C. Apelaciones de Concepción, 4 de mayo de 2020. Rol N° 3448-2020 [en www.wetlawchile.cl cita online: CL/JUR/28712/2020]
2. C. Apelaciones de Concepción, 6 de marzo 2020. Rol N° 1457-2020 [en https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/apelaciones/documentos/docCausaApelaciones.php?valorDoc=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGljaWFsdmlydHVhbC5wanVklmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIslmIhdCI6MTYwOTcxMjk1OCwiZXhwIjoxNjA5NzE2NTU4LCJkYXRhIjpw7ImNycl9kb2MiOiIyNjg5ODc5MCIslmNvZl9jb3J0ZSI6IjQ2liwiY3JySWREb2Nfc2MiOiIzMDE0OTM0NyIsImNvZl90aXBhcmNoaXZvIjoiaMyIsInRyYW1pdGUiOiJ9B9fQ.6oxAnrQc2AH9Wpsg6QBBdWYKt2RST2q9A4TvbNSTjlg]
3. C. Apelaciones de Santiago, 27 de octubre de 2020, Rol N° 16010-2020 [en www.westlawchile.cl cita online: CL/JUR/114658/2020]
4. C. Suprema, 9 de junio de 2009, Rol N° 2506-2009 [en www.vlex.cl cita online: 58790389]
5. C. Suprema, 28 de julio de 2020. Rol N° 58535-2020 [en www.wetlawchile.cl cita online: CL/JUR/164163/2020]
6. C. Suprema, 6 de septiembre de 2018, Rol 16.439-2018, [en www.vlex.cl cita online: 743539769]

TESIS

1. Allende Vivanco, Catalina y Varela Bustos, María Cecilia. 2012. La mujer como sujeto activo del delito de violación. Memoria para optar al Grado de

- Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
2. Mac-clure, Lucas. 2007. Práctica judicial, Derecho a la honra y Libertad de expresión. Un análisis de la Jurisprudencia Constitucional Chile. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
 3. Mallol, María F. Y Marín, Ricardo A. 2017. Injurias y calumnias a través de redes sociales digitales. Eficacia de la legislación nacional en la protección de los intereses de la víctima. Memoria para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
 4. Ramírez, Diego. 2019. Derecho a la libertad de Expresión en una nueva constitución desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derecho Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
 5. Riveros, Claudia. 2017. Criterios para la valoración judicial de la credibilidad de la declaración de la víctima en delitos de índole sexual. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
 6. Santana, Francisco. 2013. La actual concepción del derecho a la honra de la persona, el respeto y protección de la vida privada. Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencia Jurídica y Sociales con mención en Derecho Regulatorio. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho.
 7. Schmeisser, Carol. 2019. La funa aspectos históricos, jurídicos y sociales. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
 8. Sierra, Ismael. 2011. Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del child grooming a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366 quáter del Código Penal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

9. Torres, Ilse. 2017. La justificación del castigo en la filosofía del Derecho contemporánea. Tesis para aspirar al grado de Doctora por la Universidad de Alicante. España. <http://hdl.handle.net/10045/727022>
10. Vargas, G. 2001. " El estupro, la nueva figura penal en la Ley 19.617". Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

OTROS

1. Boletín N°3409-07r. Establece disposición normativa a la ley N°19.617 sobre delitos sexuales.
2. Diccionario Mapuche, 2018. Ministerio de Salud. <http://www.bibliotecaminsal.cl/wp/wp-content/uploads/2018/01/006.Diccionario-Mapuche.pdf>
3. Estadísticas Delictuales de la Subsecretaría de Prevención del Delito, periodo 2005 - 2015. <http://www.seguridadpublica.gov.cl/estadisticas/datos-por-sexo-y-edad/>
4. Horvitz, María Inés. 2018. Apuntes del Curso Derecho Penal III Parte Especial, Facultad de Derecho. Universidad de Chile.
5. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. < <https://dle.rae.es/sororidad> >