

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL NUEVO
ESCENARIO DE REDES SOCIALES*

The freedom of speech of public officials in the new scenario of
social media

SILVA-MAJOR, ANGIE**
Universidad Católica de Temuco

Resumen

En virtud de la relación de especial sujeción que une al funcionario público con la Administración del Estado se podría justificar la limitación de sus derechos fundamentales con el fin de dar cumplimiento a la función pública. Entre estos derechos se encuentra la libertad de expresión. La importancia de controlar el ejercicio de este derecho surge de la participación que estos funcionarios tienen en plataformas de redes sociales, a través de las cuales pueden publicar o comentar contenidos que se refieran a la Administración, sea afectando su prestigio, informando de sus actividades o demostrando el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones funcionarias. Si en virtud de estas últimas es posible controlar la vida social del funcionario, su presencia virtual, como extensión de su vida social, también puede ser objeto de control y de la procedencia de responsabilidad administrativa. Sin embargo, las responsabilidades que surjan del abuso de la libertad de expresión deben ser establecidas a través de ley de quórum calificado y sin afectar el núcleo esencial del derecho fundamental que se limita, requisitos que no se cumplen en la situación planteada.

Palabras clave

Funcionarios públicos; redes sociales; libertad de expresión.

Abstract

Due to the special subordination relationship that exist between public officials and the State administration, it can be argued that their fundamental rights could be limited in order to fulfill their public function, including among them their freedom of speech. The importance of controlling the exercise of this right arises from the participation of these officials on social media platforms, through which they can publish or comment on content that may affect the administration, either by damaging its reputation, reporting on its activities, or demonstrating compliance or non-compliance with their official duties. If it's possible to control the social life of the official based on these duties, their virtual presence, as an extension of their social life, can also be subject to control and the imposition of administrative liability. However, responsibilities that arise from the abuse of freedom of speech must be established through a qualified majority law and without affecting the core essence of the fundamental right being limited, requirements that are not met in the situation presented.

Key words

Public officials; social media; freedom of expression.

1. Introducción

El artículo 3 inciso 2 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado señala que la Administración deberá observar, entre otros, los principios de eficiencia y eficacia en el

* Este artículo se enmarca en el proyecto ANID/FONDECYT/Regular 1231034, "Libertad de expresión en internet: Los riesgos de su desconstitucionalización responsabilidad de intermediarios y moderación de contenidos".

** Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Candidata a Doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Becaria ANID-PFCHA/Doctorado Nacional/2020-21201167. Académica Derecho Público, Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile. Correo electrónico: angie.silva@uct.cl; ORCID: 0000-0003-1824-3695

desempeño de su función. En virtud de estos principios, la Administración ha implementado el uso de distintas tecnologías que le permiten cumplir de mejor manera sus funciones, empleando sus recursos humanos y materiales de manera racional. Entre aquellas tecnologías encontramos internet y las plataformas digitales que se alojan en ella. Es natural que un cambio tecnológico genere tensiones en las relaciones humanas. En este contexto, la Contraloría General de la República ha tratado de resolver ciertos problemas específicos que se producen en la actividad que aquellas personas que ejercen una función pública tienen en el mundo digital, pero sin que hasta la fecha haya sido capaz de plantear el escenario general que se requiere para poder presentar soluciones coherentes y respetuosas de los derechos fundamentales¹. Así, por ejemplo, Contraloría señaló el año 2020 que las autoridades no pueden bloquear usuarios de sus redes sociales si utilizan estas para entregar información pública. Si se obliga a una autoridad -o funcionario- a no bloquear usuarios o a mantener sus redes sociales abiertas para dar cumplimiento al principio de publicidad de la actividad administrativa ¿cómo se podría evitar, por ejemplo, que terceros realicen comentarios abusivos en la misma red social que el funcionario ocupa tanto para difundir su función como para sus relaciones personales? ¿Qué tipo de responsabilidad podría pesar sobre un funcionario público sobre aquellos contenidos publicados, por él mismo o por terceros, en sus redes sociales? ¿Podría, eventualmente, hacerse responsable a un funcionario o autoridad por comentarios de terceros cuando Contraloría les ha privado de la utilización de las herramientas de moderación más básicas para eliminarlos?

Puede ocurrir que la carga impuesta por los razonamientos de Contraloría sea tan difícil de enfrentar que sea más conveniente para un juez o un funcionario simplemente eliminar todos sus perfiles de redes sociales y abstenerse de participar en la deliberación digital.

Dice Kant que, para lograr la ilustración, se requiere únicamente la libertad de hacer uso público de la razón, entendiéndose por tal *“el que, en calidad de maestro, se puede hacer de la propia razón ante el gran público del mundo de lectores”*². Por otro lado, por uso privado entiende *“el que ese mismo personaje puede hacer en su calidad de funcionario”*³, indicando que el uso privado de la razón puede limitarse sin que ello obstaculice el avance de la ilustración. Si partimos de esta base, para definir si existirán limitaciones a la libertad de expresión del sujeto debemos distinguir si se encuentra haciendo uso público o privado de su razón o, dicho de otro modo, si al expresarse lo hace o no en su calidad de funcionario.

En el funcionario público se produce una dualidad de identidades. En cuanto persona natural goza de todas las prerrogativas que comparten el resto de los ciudadanos, pero en cuanto integrante de la Administración del Estado no es -en principio- titular de derechos fundamentales, sino destinatario de los mismos, obligándose a respetarlos y promoverlos en sus actuaciones. En tal sentido, la jurisprudencia administrativa ha entendido que en virtud del interés público los derechos de los funcionarios públicos pueden ser objeto de limitaciones, como ocurre al enfrentar en ciertos casos el derecho a la vida privada del funcionario con la libertad de informarse del ciudadano de a pie⁴.

Además, se ha afirmado que las obligaciones funcionarias se extienden más allá del ámbito estrictamente laboral afectando así toda actividad del funcionario que no sea estrictamente privada. Ello dificulta encontrar la frontera entre el uso privado y público de la razón del funcionario, pues si sostenemos que el cumplimiento de sus obligaciones funcionarias se extiende más allá de su jornada, alcanzando sus actividades sociales, entonces el ámbito de su

¹ Por ejemplo, ¿cuánto tiempo debe permanecer la publicación para entender que el perfil que la aloja consiente en ella? ¿Se podría inhabilitar de mala fe a un fiscal instructor de un sumario vía llenar sus redes sociales con comentarios y etiquetas relativos a los procesos que está conociendo? ¿Cuáles son los límites de esa responsabilidad? Por otro lado ¿qué ocurre si en su perfil se insulta o injuria a alguien? ¿Se le podría considerar civil o penalmente responsable? y en este último caso ¿cómo se describe su vinculación con la conducta que ocasiona daño? ¿es autor o partícipe? Además, dado que la conducta es una omisión (no haber borrado los posts), ¿significa eso que existe ahora una posición de garante en cuanto usuarios de redes sociales?

² KANT (2009), p. 250.

³ KANT (2009), p. 250.

⁴ A modo ejemplar, Consejo para la Transparencia, Rol N° A47-09, de 15 de julio de 2009, c. 12º; Consejo para la Transparencia, Rol N° C816-10, de 7 de enero de 2011, c. 22º; Consejo para la Transparencia, Rol N° C626-10, de 18 de enero de 2011, c. 11º; Consejo para la Transparencia, Rol N° A159-09, de 2 de octubre de 2009.

vida en el cual no es considerado funcionario es mínimo, limitándose apenas a aquello que más que privado, es íntimo.

La problemática específica que nos convoca es que las redes sociales desdibujan los contornos que permiten distinguir en qué momento -en términos kantianos- se hace uso público o privado de la razón, lo que dificulta determinar aquellas conductas y contenidos que pudieran ser objeto de limitación atendida la calidad de funcionario público. A esta dificultad se agrega que los modos de interactuar en redes sociales no son estándar. Un empleado público que tenga redes sociales puede contar con un perfil abierto o cerrado, puede identificarse en él indicando su profesión o lugar de empleo o reservarse esta información. Luego, atendiendo al contenido de sus publicaciones, puede referirse directa o indirectamente al servicio en el que se desempeña, puede difundir información del servicio o puede hacer públicas sus denuncias, o puede referirse a un servicio distinto, o al Estado en su conjunto. En todos estos casos ¿sería admisible limitar la libertad de expresión de los funcionarios con el fin de dar cumplimiento a los principios que informan la actividad pública? ¿qué principios serían aquellos? y si esto es así, ¿cuáles son los contornos de esta restricción atendida la regulación tanto del empleo público como el contenido de la libertad de expresión? Las respuestas a todas estas preguntas serán diferentes dependiendo del tipo de funcionario que esté bajo escrutinio, pues las funciones del Estado deben ejercerse inspirándose en el desarrollo de distintos principios. Así, por ejemplo, mientras para un funcionario judicial el cumplimiento de las garantías del debido proceso es esencial, sobre el funcionario de la Administración pesan los principios de eficiencia y eficacia. Con todo, hay puntos comunes a todos los funcionarios independiente de la labor que realicen: primero, que todos ellos se encuentran vinculados al Estado en virtud de una relación de especial sujeción; y segundo, que todos ellos deben determinar su conducta conforme al principio de probidad. En todo caso, atendidas estas diferencias entre distintos tipos de funcionarios, se ha preferido tratar aquí más concretamente la situación de los funcionarios de la Administración del Estado⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico permite la limitación de la libertad de expresión de quienes ejercen funciones públicas atendida, precisamente, la función que cumplen. Esta limitación resulta problemática debido a que su tratamiento casuístico impide que sus contornos se dibujen de manera precisa, lo que implica un riesgo de que en su efectiva restricción pueda resultar afectado el núcleo esencial de la libertad de expresión de estos funcionarios. La demostración de esta afirmación implica, en primer lugar, determinar la manera en que la especial relación que une al funcionario con el Estado justifica la limitación de sus derechos fundamentales. En segundo lugar, es necesario determinar qué elementos de esta relación son los que provocan la tensión que existe entre el interés público al que sirve el funcionario y la libertad de expresión de la que goza en su calidad de ciudadano. Finalmente, evaluar la afectación a la libertad de expresión de los funcionarios a fin de determinar si ella es admisible. En este sentido, este trabajo defiende la hipótesis de que el Estatuto Administrativo y la ley de Bases Generales de la Administración del Estado posibilitan una afectación intolerable a la libertad de expresión de los funcionarios públicos en virtud de la aplicación de los principios de publicidad y probidad en la actividad que estos tienen en sus redes sociales personales.

El presente trabajo consta de cuatro partes: primero, expondremos los argumentos que se esgrimen para justificar la limitación de los derechos fundamentales de los funcionarios atendida la labor que ejercen. En segundo lugar, examinaremos los principios de publicidad y probidad -vinculado este último con la obligación funcionaria de llevar una vida social conforme a la dignidad del cargo- señalando en cada caso cómo tales principios y obligaciones pueden invocarse para justificar la restricción de la libertad de expresión del funcionario en su participación en redes sociales. En tercer lugar, plantearemos que la presencia virtual del funcionario constituye una extensión de su vida social. Finalmente, en cuarto lugar,

⁵ Lo que no obsta a que se planteen situaciones relativas a la función judicial cuando se entienda que podrían producirse dificultades análogas para los funcionarios de la Administración.

argumentaremos que la limitación a la libertad de expresión de los funcionarios expuesta precedentemente constituye una vulneración intolerable del mismo.

2. ¿Es admisible la restricción a la libertad de expresión de los funcionarios públicos?

El vínculo que existe entre la Administración del Estado y sus funcionarios es descrito por Bermúdez como una relación más estrecha y más duradera que la relación laboral del sector privado, basada en el desarrollo de una carrera funcionaria en que el empleado goza de una especial estabilidad en su posición, con categorías definidas en cuanto a la propiedad del cargo y a la duración del vínculo. Todo ello determina que sobre el funcionario pesen ciertos tipos especiales de responsabilidad que no existen en la legislación laboral para los empleados sometidos al Código del Trabajo, como son la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal en los llamados delitos funcionarios⁶. Esa especial relación se manifiesta normativamente en la ley 18.834, que establece el Estatuto Administrativo, que Bermúdez define como *“un texto normativo con rango legal que regula de forma exclusiva la relación entre el Estado y sus funcionarios, las obligaciones, deberes y derechos que se derivan de ella, las responsabilidades que se pueden producir y las causas que ponen fin a esta”*⁷. Por su parte, Celis Danzinger define el Estatuto Administrativo como *“un régimen normativo de personal al que están sometidos los funcionarios, empleados o servidores públicos, en su relación con la Administración del Estado, cualquiera sea el texto legal que los rija, y sin importar la denominación específica que reciba dicho cuerpo estatutario y sea cual fuere la naturaleza de la repartición en que se desempeñan”*⁸.

Según García de Enterría existen dos clases de sujeción a la Administración pública: la posición del administrado simple y la del administrado cualificado. Mientras *“el administrado simple ostenta una posición puramente genérica de ciudadano, el administrado cualificado matiza su posición de un status especial que le singulariza de la situación genérica por virtud de un tipo de relación concreta que le liga con la Administración de una manera específica”*⁹. La posición de administrado simple, entonces, es aquella que tiene habitualmente el ciudadano en cuanto se encuentra sujeto a la Administración y que es también denominada *“relación general de sujeción”*. Por el otro lado, existen diversas situaciones en las cuales se podría producir una cualificación en la posición del administrado, siendo una de ellas aquella en la que se encuentra el funcionario público¹⁰. La doctrina ha teorizado respecto de este último vínculo bajo la denominación *“relaciones especiales de sujeción”*¹¹.

Según Gallego, las relaciones especiales de sujeción se caracterizan por ser relaciones de dependencia en que la libertad se encuentra restringida, siendo imposible establecer de forma previa ni la extensión ni el contenido de las prestaciones. Además, se observa que las órdenes de la Administración no revisten la formalidad de la que goza el acto administrativo, sino que adoptan la forma de instrucciones que no encuentran su fuente directamente en la ley sino en la habilitación legal para impartir tales órdenes¹². Obermayer por su parte la define como *“aquella relación jurídico-pública de sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del Poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo”*¹³.

Pese a que las categorías y organización del empleo público tienden –en teoría– a dotar de mayor protección a los funcionarios que sirven a la Administración pública, la relación de sujeción

⁶ BERMÚDEZ (2011), p. 337.

⁷ BERMÚDEZ (2011), p. 340.

⁸ CELIS (2015), p. 18.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2008), p. 17.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2008), p. 17-19.

¹¹ Gallego resume el uso histórico de este concepto señalando que quien primero lo aplicó a la relación que une al funcionario público con sus superiores fue Laband, siendo posteriormente utilizado en igual sentido por Jellinek, Thoma, Nawiasky, Fleiner y Otto Mayer. GALLEGO (1960), p. 13.

¹² GALLEGO (1960), p. 14.

¹³ GALLEGO (1960), p. 17.

especial en sí misma puede ocasionar la restricción de ciertos derechos. En virtud de esta relación especial de sujeción se ha tratado de justificar el debilitamiento de los derechos de los ciudadanos que se emplean como funcionarios públicos. El debilitamiento surgiría *“como consecuencia de una vinculación cualificada con los poderes públicos, emanada de un mandato constitucional, pero especialmente como condición y exigencia del funcionamiento normal del servicio inherente a la Administración pública”*¹⁴. Además, a través de esta figura se daría *“plena aplicación a los principios de jerarquía y la disciplina, pilares de la organización administrativa”*¹⁵, por lo que la limitación de derechos de los funcionarios sería *“fruto de las potestades de auto organización de la Administración”*¹⁶. Según un sector de la doctrina, al momento en que la relación entre funcionario y Administración es calificada en virtud de la especial sujeción que existe entre el primero y la segunda, se puede determinar cuál es la finalidad concreta de este vínculo y también se determinan los derechos fundamentales del funcionario *“que pueden tener una modulación especial (...) de acuerdo con su propia peculiaridad y la necesidad de orden que conllevan”*¹⁷. Así, por ejemplo, se ha entendido por el Consejo para la Transparencia que el derecho a la vida privada de los funcionarios cede parcialmente en atención a su calidad de tales, pues *“los funcionarios públicos, poseen una esfera de vida privada más delimitada en virtud precisamente de la función que ejercen”*¹⁸, noción que Covarrubias denomina *“del umbral disminuido o reducido de la intimidad”*¹⁹.

Es efectivo que los derechos fundamentales pueden limitarse, exigiéndose para ello en nuestro sistema que esta limitación se haga a través de la ley y que ello no implique afectar estos derechos en su contenido esencial. Hemos dicho también que los funcionarios públicos se encuentran sujetos a un estándar mayor de cumplimiento que aquel que pesa sobre un trabajador privado. Como consecuencia, entonces, sería admisible limitar sus derechos fundamentales si con ello se pretende proteger otro derecho de mayor entidad, o en cumplimiento de otra función constitucional que se estima superior²⁰, como es la función pública, y en ella, los principios de publicidad y probidad que deben ser respetados en el cumplimiento de esta. Ello puede entrar en colisión con la libertad de expresión del mismo funcionario, punto sobre el cual se ha señalado que *“quienes ejercen la función pública, sin embargo, tienen libertad de expresión, pero no es la misma que la de los privados desconocidos o incluso la de los medios de comunicación”*²¹, lo que se observa, a modo ejemplar, en el principio de prescindencia política²². La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto en el mismo sentido en los casos Perozo y otros vs. Venezuela²³ y Ríos y otros vs. Venezuela²⁴, señalando que los funcionarios públicos se encuentran sometidos a una diligencia mayor que la que pesa sobre los particulares respecto de uso de su libertad de expresión²⁵. En similar sentido

¹⁴ GIL et al. (2009), p. 178.

¹⁵ HUIDOBRO (2018) p. 101.

¹⁶ HUIDOBRO (2018) p. 101.

¹⁷ GIL et al. (2009), p. 178.

¹⁸ Covarrubias cita a modo ejemplar Consejo para la Transparencia, Rol Nº A47-09, de 15 de julio de 2009, c. 12º; Consejo para la Transparencia, Rol Nº C816-10, de 7 de enero de 2011, c. 22º; Consejo para la Transparencia, Rol Nº C626-10, de 18 de enero de 2011, c. 11º; Consejo para la Transparencia, Rol Nº A159-09, de 2 de octubre de 2009, c. 19º; Consejo para la Transparencia, Rol Nº C95-10, de 29 de junio de 2010, c. 7º; Consejo para la Transparencia, Rol Nº C713-11, de 24 de agosto de 2011, c. 2º; Consejo para la Transparencia, Rol Nº C1033-11, de 7 de diciembre de 2011, c. 6º; Consejo para la Transparencia, Rol Nº C 836-12, de 23 de noviembre de 2012, c. 11º; Consejo para la Transparencia, Rol Nº C1326-12, de 5 de diciembre de 2012, c. 11º, en COVARRUBIAS (2015), pp. 217-270.

¹⁹ COVARRUBIAS (2014), p. 872.

²⁰ HUIDOBRO (2018), pp. 102-104.

²¹ BERTONI Y DEL CAMPO (2021), p. 22.

²² CHAIRES (2020), pp. 149-160.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Perozo y otros vs. Venezuela, de 28 de enero de 2009.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ríos y otros vs. Venezuela, de 28 de enero de 2009.

²⁵ Los puntos 151 y 139 respectivamente de cada fallo indican *“En una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos”*.

se pronuncia la Declaración Conjunta 2021 sobre líderes políticos, personas que ejercen la función pública y la libertad de expresión, al señalar que *“líderes políticos y personas que ejercen la función pública (...) en virtud de sus cargos, su conducta oficial y ciertos aspectos de su vida privada son objeto legítimo de un estrecho escrutinio público y de fuertes críticas”*²⁶.

3. Principios de la actividad administrativa que pueden invocarse para limitar la libertad de expresión

3.1. Principio de publicidad

El artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política de la República consagra el principio de publicidad, indicando que *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*. En términos similares lo hace la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado en su artículo 11 bis inciso 3, señalando que *“son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”*. Según Allesch y Obando este principio tiene como fuente la libertad de expresión, que en su formulación tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana de Derechos Humanos *“comprende la libertad de buscar, recibir informaciones e ideas de toda índole”*²⁷. Así, el ciudadano debe tener acceso a la información para poder formarse las ideas que luego expresará. El funcionario público además tiene la obligación de *“proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la Administración, debiendo ésta guardar debida reserva de los mismos”*, conforme lo establece el artículo 61 letra j) del Estatuto Administrativo.

El principio de publicidad es el único que ha recibido alguna clase de tratamiento en la jurisprudencia administrativa en el novedoso escenario planteado por las redes sociales. El primer acercamiento viene de mano de una secuencia de dictámenes de Contraloría General de la República respecto del uso de perfiles de redes sociales por parte de los órganos de la Administración y, luego, por parte de funcionarios públicos. A través del dictamen 43.233 del año 2015, y haciendo aplicación de los dictámenes 62.219 del año 2009, 29.084 del año 2011 y 57.468 de 2014, Contraloría General de la República señaló que era posible acudir al uso de tecnologías de la información para apoyar la labor administrativa, invocando para ello los principios de eficiencia y eficacia consagrados en los artículos 3, 5, 8 y 11 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Dentro de aquellas tecnologías de la información que se empezaron a utilizar se encuentran, precisamente, las plataformas y aplicaciones de redes sociales²⁸.

La primera problemática que se sometió al conocimiento de Contraloría relativa al uso de las redes sociales por parte de los órganos de la Administración fue la procedencia de bloquear usuarios de las cuentas institucionales, materia que fue resuelta en el dictamen 18.671 de 2019. La situación concreta que se sometió al análisis del órgano contralor fue que la Policía de Investigaciones de Chile bloqueó en su cuenta institucional de Twitter a dos usuarios. Contraloría consideró que *“la cuenta institucional de Twitter de un organismo público como la PDI, corresponde a un bien de dicho servicio, que debe ser utilizado para servir a los fines institucionales o para publicitar comunicaciones o hechos de interés general para toda la población acerca de algún aspecto relevante de las labores, actividades o tareas que versen acerca de su funcionamiento”* y atendido *“el derecho de los ciudadanos a conocer y ser informados de las actividades y labores desarrolladas en forma continua y permanente por los*

²⁶ RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) SOBRE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y EXPRESIÓN et al. (2021).

²⁷ ALLESCH Y OBANDO (2004), pp. 11-58.

²⁸ MERGEL (2013), pp. 16-20.

servicios públicos, y a emitir opiniones sobre ello” señaló que no era procedente bloquear unilateralmente usuarios de las cuentas institucionales.

Un siguiente paso en la evolución de esta materia se observa en el dictamen número 6.696 del año 2020, que abordó el uso de autoridades de sus cuentas personales de redes sociales para la comunicación de asuntos relativos a los organismos que dirigen. Contraloría, citando el dictamen anterior, señaló que lo resuelto es también aplicable a las cuentas personales de las autoridades cuando ellas sean utilizadas *“para entregar información antes que la cuenta institucional o cuando la información obtenida en ejercicio del cargo es proporcionada únicamente a través de la cuenta privada”*. Cuando esta situación se produce, afirma Contraloría, *“por propia voluntad de la autoridad, esta transforma su cuenta personal en una vía de comunicación pública de la información del ministerio, subsecretaría, servicio o municipalidad”* y por tanto *“debe someterse a las mismas reglas de apertura, no discriminación, transparencia y publicidad que la cuenta del órgano público, encontrándose, en consecuencia, impedido el bloqueo de usuarios”*. Idéntico criterio se expresó en el dictamen 109.649 del año 2021²⁹. En la doctrina comparada Ignacio ha indicado que *“la facultad de bloquear usuarios o seguidores es restringida de los funcionarios públicos, debido a que los ciudadanos tienen el derecho de interactuar libremente con estos, solo podrá exceptuarse cuando determinados hechos pongan en riesgo los derechos fundamentales de los funcionarios públicos”*³⁰. En sentido similar lo ha expresado Urquiza al decir que *“un funcionario público no puede bloquear a un ciudadano en su cuenta de alguna red social, pues vulneraría la libertad de información y de expresión”*³¹.

Si bien Contraloría sólo se ha referido a la atribución de bloquear, lo cierto es que esto puede generar severos problemas. Las conductas antisociales en plataformas virtuales pueden ser enfrentadas a través de -principalmente- dos mecanismos: el bloqueo y la denuncia. Aunque el bloqueo esté impedido conforme al dictamen 18.671 de 2019, la función de denunciar perfiles que no cumplan con los términos y condiciones de la plataforma o que infrinjan sus normas de convivencia es una facultad que aún tienen los administradores de las cuentas institucionales (o cuentas personales homologadas a institucionales, según el dictamen 109.649 del 2021). A través de la denuncia se pone en conocimiento de los administradores de la plataforma o aplicación el incumplimiento de los términos de servicio de la misma por parte de uno o varios usuarios; sin embargo, el usuario infractor aún puede interactuar con el perfil denunciante, por lo que es perfectamente posible que incurra en otras conductas de acoso como inundar la casilla de mensajes privados o etiquetar o comentar las publicaciones de la cuenta institucional con mensajes de lenguaje violento o soez. En el caso de las cuentas institucionales ello dificulta o imposibilita la interacción normal con el resto de los usuarios y, por tanto, entorpece el cumplimiento de la función administrativa. Pero cuando se trata de las cuentas personales de autoridades o funcionarios la situación es más grave, pues pese a que el contenido sea de interés público, no hay que olvidar que detrás de ese perfil virtual existe una persona real que utiliza la red para comunicar múltiples aspectos de su vida y que puede verse víctima de ataques personales sin tener capacidad de defenderse. Todo ello se genera a partir de la prohibición de bloquear usuarios, que limita las funciones editoriales que el titular de la cuenta tiene sobre los contenidos asociados a ella.

²⁹ En sentido distinto se ha resuelto en derecho comparado. El Tribunal Constitucional peruano en sentencia STC exp.n°0442-2017-PA/TC, en sus considerandos 12 y 13 señalan, respectivamente, que: *“12. El presidente del Consejo de Ministros, empero, ejerce su función de portavoz del gobierno a través de los canales institucionales destinados a ello. La transmisión de información de asuntos de interés público a través de canales personales no está sometida a las exigencias de acceso propias de canales oficiales. 13. El uso que un funcionario público le dé a su cuenta personal de Twitter no altera su naturaleza privada, es decir, el hecho de que mediante aquella se transmita información que pueda ser de interés público no convierte dicha cuenta en una oficial o institucional”*, por ello el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de amparo planteada por un particular que pretendía que un funcionario lo desbloqueara de Twitter. Analizando el fallo, Monge afirma que, dado que el funcionario debe actuar motivado por el principio de transparencia y que en sus actuaciones utiliza aquello que el Estado le provee para cumplir sus funciones *“es razonable exigirle que no utilice su cuenta personal de Twitter para cuestiones relativas a su función pública”*. En MONGE (2019), pp. 162-171.

³⁰ IGNACIO (2022), p. 109.

³¹ URQUIZO (2020), p. 791.

Estos últimos dictámenes son particularmente problemáticos debido a que aplican a las cuentas privadas de las autoridades de la Administración el mismo régimen al que se sujetan las cuentas institucionales del organismo sin hacerse cargo de las diferencias esenciales que existen entre unas y otras. Podríamos cuestionarnos, por ejemplo, si podría aplicarse este mismo criterio a las redes sociales de un funcionario público que no sea autoridad. Además, nada se dice sobre qué clase de información es aquella que permite esta transformación de cuenta privada en cuenta institucional o si acaso es determinante la relevancia de la información publicada para que se considere que se trata de un medio de difusión de la institución. Tampoco se resuelve qué ocurre con la titularidad de la cuenta de la red social, pues si se afirma que por propia iniciativa la autoridad *“Transforma su cuenta personal en una vía de comunicación pública”*, ¿durante cuánto tiempo queda sujeta a las mismas obligaciones que pesan sobre las cuentas institucionales? ¿recuperaría el dominio pleno la autoridad al momento de salir del cargo o su cuenta permanecerá, al menos parcialmente, sujeta a los principios de publicidad y transparencia mientras exista información del servicio publicada en ella a la que sea imposible acceder por otra vía?

En suma, extender la obligación de cumplir con el principio de publicidad en la función administrativa más allá de las labores ordinarias que el funcionario cumple en virtud del vínculo laboral que lo une con la Administración del Estado, limita su libertad de expresión al quitarle el control que tiene sobre su cuenta, prohibiéndole emplear las funciones editoriales que tienen el resto de los usuarios. Fundado en idénticos argumentos podría forzarse al usuario a mantener información publicada y no borrarla, a hacer público un perfil que previamente se encontraba cerrado y a mantener esa situación mientras exista un interés público en la información que se encuentre publicada en este.

3.2. Principio de probidad y la obligación de llevar una vida social conforme a la dignidad del cargo

El principio de probidad administrativa se encuentra definido en el artículo 52 de la ley 18.575 cuyo inciso segundo indica que *“el principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”*, agregando el inciso tercero que la inobservancia de este principio acarreará las responsabilidades y sanciones que la Constitución y las leyes señalen. Históricamente -afirma Pallavicini- se consideraba que el principio de probidad administrativa consistía en que los recursos públicos no deben ir en beneficio particular de quienes los gestionan, pero actualmente es posible ser más exigentes en la conceptualización de este principio y su ámbito de aplicación, lo que implica que la probidad requiere además el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia, economía y oportunidad³². En cuanto principio el de probidad impregna la conducta del funcionario de manera tal que sus labores administrativas deben propender a su cumplimiento, pero además se traduce para el funcionario en las obligaciones del artículo 61 letras g) e i) del Estatuto Administrativo: *“Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”*; y *“observar una vida social acorde con la dignidad del cargo”*.

El principio de probidad se asocia al cumplimiento de deberes morales, lo que se evidencia en el artículo 154 del antiguo Estatuto Administrativo, al indicar que *“el empleado debe comportarse con dignidad en el desempeño de su cargo y en su vida social, como, asimismo, guardar respeto y lealtad a sus jefes y compañeros del Servicio y, de un modo general, al personal de la Administración...”*³³. El uso de la voz *“vida social”*, al referirse al comportamiento digno del

³² PALLAVICINI (2013), p. 119.

³³ PALLAVICINI (2013), p. 119.

funcionario, nos exige traer a examen el actual artículo 61 letra i) del Estatuto Administrativo, que con una formulación similar permite observar que esta idea de cumplimiento de deberes morales asociado al principio de probidad aún se mantiene en nuestra legislación. El artículo en comento establece las obligaciones a las que se encuentran sujetos para los funcionarios sujetos al Estatuto, entre ellas la de *“observar una vida social acorde con la dignidad del cargo”*. En el dictamen 42.372 de 2010 Contraloría General de la República ha señalado que *“El principio de probidad administrativa no solo constituye un sinónimo de honestidad, sino que alcanza todas las actividades que un funcionario público realiza en el ejercicio de su cargo, teniendo incluso por aplicación de tal principio el deber de observar una vida privada acorde con la dignidad de la función”*. De esta forma *“la calidad de servidor público no solo obliga el correcto desempeño de las actividades propias del respectivo empleo y de aquellas al que se accede en virtud de tal calidad, sino que incluso afecta al comportamiento privado del funcionario en tanto pudiera significar, entre otros efectos, desprestigio del servicio o faltar a la lealtad debida a sus jefaturas, a sus compañeros y a la Comunidad”*³⁴.

Concretizando este deber a la actividad en redes sociales resulta esclarecedor lo planteado por Bertoni al analizar el caso en que un funcionario público de alta jerarquía difunde afirmaciones falsas de manera masiva a través de sus redes sociales. Sostiene el autor que las publicaciones falsas en redes sociales son asimilables -en cierto sentido- a las expresiones falsas que el funcionario anota en documentos públicos en el sentido en que tanto unas como otras *“derrumban la confianza con la que debe manejarse la sociedad en las relaciones cotidianas”*³⁵.

Distinto de las otras obligaciones establecidas en el mismo artículo 61, la letra i) se refiere no a la actuación del funcionario público en ejercicio de sus funciones, si no que a aquello que realiza en su vida privada, fuera de la jornada de trabajo. Así lo ha reconocido expresamente Contraloría General de la República al señalar que *“el ejercicio de la Función Pública impone al empleado determinados deberes que no solo abarcan sus actuaciones en el desempeño mismo del cargo dentro del servicio y durante la jornada de trabajo, sino que también se extienden a su comportamiento fuera de aquel, en la medida que comprometan las funciones que desempeñan”*³⁶. Contraloría General de la República ha indicado que a través de esta obligación de llevar una vida social conforme a la dignidad del cargo no se pretende controlar la *“conducta estrictamente privada de los funcionarios”*, salvo que esta trascienda a la vida social comprometiendo el prestigio del servicio. Así *“observar una vida social acorde con la dignidad del cargo significa que la calidad de servidor público no solo obliga al correcto desempeño de las actividades propias del respectivo empleo y de aquellas a que se acceda en virtud de tal calidad, sino que también afecta al comportamiento privado que pudiere significar, entre otras consecuencias, desprestigio del servicio o faltar a la lealtad debida a sus jefaturas, a sus compañeros y a la comunidad”*³⁷. Esta pretensión de clarificar los límites de aquello que puede ser analizado no ha sido fructífera, existiendo en la doctrina y en la práctica de los servicios públicos disparidad de criterios al entender esta disposición. Rivadeneira, refiriéndose a la norma equivalente en el antiguo Estatuto Administrativo, señala que en virtud de esta disposición el funcionario no solamente debe observar una conducta funcionaria intachable como exige la ley de bases, sino también una vida privada, moralmente libre de reproche, pues de otro modo no sería acorde con la dignidad del cargo³⁸. Esta indeterminación conceptual también existe en materia de probidad. Como indica Ponce *“el legislador se vale de términos jurídicamente indeterminados, tales como ‘intachable’, ‘honesto’ y ‘leal’, cuyo sentido va más allá del derecho”*³⁹. Si la delimitación de aquello que es estrictamente privado es ya difícil, la situación se complica cuando el funcionario actúa como privado en instancias sociales en las que tiene un

³⁴ CELIS (2015), p. 64.

³⁵ BERTONI Y DEL CAMPO (2021), p. 24.

³⁶ PANTOJA (1984), pp. 233- 234.

³⁷ Contraloría General de la República, dictamen N°11.964, de 1 de abril de 1998.

³⁸ RIVADENEIRA (1996), p. 92.

³⁹ PONCE (2020), p. 162.

nivel de visibilidad pública. Estamos pensando en la actividad que tiene el funcionario cuando participa de redes sociales en su tiempo libre.

4. Las redes sociales como extensión de la vida social del funcionario público

Actualmente la vida en sociedad demanda la participación de cada persona en alguna clase de entorno digital, sea para fines personales, laborales o académicos. Así, utilizamos masivamente el correo electrónico, servicios de mensajería como WhatsApp o Telegram, plataformas de *streaming* como Netflix, HBO Max o Spotify, plataformas de búsqueda como Bing o Google o redes sociales. Tanto de nuestra vida diaria se ha trasladado a los entornos virtuales que quien se sustraiga a participar de la aldea global queda aislado socialmente. La vida en sociedad exige que el individuo tenga no solamente una presencia física sino también una presencia virtual.

Definir qué es una red social es una labor compleja⁴⁰, en primer lugar, atendido el hecho de que la nomenclatura no es unívoca. Si bien han existido esfuerzos por conceptualizar qué es aquello que llamamos redes sociales, cada autor que lo intenta se ha encontrado con la dificultad de que aquellas plataformas que podrían encuadrarse en el término son muy distintas entre sí, por lo que, al intentar definir las cada quien resalta aspectos distintos de ellas. La dificultad aumenta al considerar que autores hispano y angloparlantes utilizan distinta nomenclatura, pues las traducciones de los términos que se usan para referirse a las redes sociales no son literales. Es así que, mientras la literatura en español prefiere el término red social sin hacer matices, los autores angloparlantes prefieren la denominación *social media*, equivalente al español “medios sociales”, categoría más amplia que la de red social (que equivale a *social network*)⁴¹. Atendida esta dificultad -y al hecho de que este artículo no pretende ofrecer una definición exhaustiva- se preferirá utilizar la nomenclatura “redes sociales” como un término operativo que incorpora aquellas plataformas, sitios web o aplicaciones en los cuales los usuarios participan a través de la creación de un perfil que les permite relacionarse con otros usuarios a través de fórmulas de seguimiento, de agregarlos como perfiles amigos a sus redes o incluso formas relacionales más inestables como la utilización de *hashtags* o participación en hilos, y en las cuales los usuarios pueden crear, comentar o difundir contenido de cualquier especie. La forma en que el individuo se muestra ante el resto de los participantes en estas plataformas es a través de la elaboración de un perfil, que consiste en la sumatoria de un nombre de usuario (que puede o no coincidir con el nombre real de la persona), una fotografía o imagen que le identifique, cierta información personal como fecha de nacimiento, ubicación o incluso una breve biografía, y finalmente, contenido que el sujeto ha creado o compartido y con el cual tiene una vinculación más directa que otros con los que haya podido interactuar. Pensamos, a modo ejemplar, en sitios y aplicaciones como Facebook, LinkedIn, Twitter, Instagram o Tik Tok.

No cabe duda que estas plataformas y aplicaciones se sujetan al ordenamiento jurídico no sólo en cuanto son servicios o herramientas o en cuanto a la forma societaria en la que actúan en el tráfico mercantil. Las acciones y omisiones de los sujetos que participan de ellas constituyen conductas que pueden ser jurídicamente relevantes, aun cuando sólo se produzcan en el medio virtual. Ello ha llevado a la necesidad de interpretar cómo se aplica la normativa a esta realidad, y en caso de vacío, regularla.

El problema que nos convoca en el presente trabajo surge de la presencia virtual de los funcionarios públicos. En cuanto personas naturales gozan, en principio, de los derechos, garantías y libertades de los que goza el resto de la población. Por tanto, pueden contar con presencia virtual y el sustraerse de ella les genera los mismos detrimentos que a cualquier otra persona. Sin embargo, los funcionarios públicos se encuentran sujetos a ciertas obligaciones especiales atendida su calidad de tales, las que se aplicarían igualmente a su presencia virtual en cuanto son una proyección de su personalidad. Señala Ignacio que “*Si los ámbitos de lo público y*

⁴⁰ SILVA (2023), pp. 10-23.

⁴¹ ALLCOTT et al. (2020), pp. 629-676.

lo privado en tiempos de internet y redes sociales no están claramente definidos, entonces, resulta complejo saber cuándo un funcionario usa su cuenta de redes sociales para informar sobre su función pública y cuándo lo hace solamente expresando sus íntimas convicciones. Al parecer todo el tiempo estaría actuando como un agente político en constante actividad pública”⁴².

Si sostenemos que las redes sociales son un espacio de actividad social, entonces cabe preguntarse en qué medida (o con qué intensidad) será escrutada la presencia virtual del funcionario. Aplicando el dictamen 6.696, cuando el perfil es utilizado para difundir información del servicio antes de que esta aparezca en los canales oficiales institucionales o cuando la cuenta es la única fuente que permite acceder a la información, el perfil privado es tratado como si fuese la cuenta de red social institucional, debiendo cumplir con idénticas limitaciones que los bienes del servicio. El control en este caso es de una gran intensidad, privando al funcionario de utilizar parte de las funciones editoriales que el resto de los ciudadanos posee sobre sus cuentas.

A partir de la opinión de Contraloría podemos extraer una regla a aplicar a otras situaciones. Si la función de la cuenta de red social del servicio es informar sobre sus actividades, y la red social del funcionario se utiliza para dar cumplimiento a esa misma función, entonces existirá control de la red social del funcionario en cuanto ella sea utilizada como si fuera un perfil del servicio. Ahora, ¿deberá dedicarse la cuenta de red social del funcionario exclusivamente a cumplir funciones públicas para ser considerada propiedad del servicio? El mismo dictamen responde que no, que basta que la información pública que se encuentre en la red del funcionario no esté disponible en otra parte. Entonces, siempre que con la difusión del contenido se cumpla una función pública y este no se encuentre disponible en otra fuente existirá control por parte del servicio.

¿En qué caso el perfil del funcionario estaría exento de control por parte de la Administración? A primera vista podríamos afirmar, quizás apresuradamente que, si ni el perfil ni el contenido publicado en él guardan relación alguna con la Administración del Estado o con las funciones que el empleado tiene en ella, entonces no existiendo vinculación, tampoco debería existir control. Sin embargo, existe aún algo en común que las pone en relación: el funcionario mismo. Se produce en él un desdoblamiento entre dos calidades: la de ciudadano y la de empleado público y mientras que en virtud de la primera tiene todo el espectro de libertad de expresión que tiene cualquier otra persona natural, en virtud de la segunda se encuentra sujeto a las obligaciones funcionarias en virtud de las cuales su conducta, aún privada, puede ser objeto de reproche en ciertas condiciones. Entonces la función que cumple en este caso no es de publicidad, sino de probidad. Aquí el perfil no estaría exento de control, sino que pesaría sobre él un grado mínimo de control. Así, el nivel de menor control sería aquel en el cual el perfil no contiene información alguna del servicio ni de la calidad de funcionario de su titular. Básicamente, no existe referencia alguna a su pertenencia a la Administración del estado ni a las actividades que realiza en ella. Siendo este el caso, este perfil solo sería jurídicamente relevante para la Administración en cuanto en él se aloje algún contenido que muestre o constituya en sí mismo infracción a la obligación de llevar una vida social conforme a la dignidad del cargo.

Entre estos dos extremos en el nivel de intensidad del control sobre el perfil de redes sociales del funcionario cabrían diversos puntos medios que deberían ser valorados caso a caso para determinar las exigencias que pesan sobre él. Por ejemplo, si la persona se identifica en el perfil como empleado de la Administración (como se acostumbra a hacer en LinkedIn) sus acciones -aunque no puedan ser imputadas directamente al servicio- sí tienen mayor vinculación con él que si no hiciera referencia a su empleo, pues se afectaría en este caso el prestigio de la Administración. Hacer mención expresa al cargo que ocupa, tanto en la información de su perfil como al hacer una publicación (como quien dice “en mi calidad de funcionario público opino que...” o utilizar para ello uniformes o credenciales institucionales) dan la impresión de que quien habla lo hace con la voz del servicio, y por tanto afecta claramente el prestigio de la

⁴² IGNACIO (2022), p. 105.

Administración con sus expresiones. Volveremos sobre este punto al criticar la limitación a la libertad de expresión del funcionario.

5. La libertad de expresión enfrentada a las obligaciones funcionarias

Actualmente las redes sociales son un medio de comunicación esencial en diversos sentidos: primero, porque permiten la difusión de ideas políticas tanto a través de la publicación de mensajes masivos, la interacción directa entre candidatos y votantes y la deliberación entre pares; segundo, porque dada su masividad los medios de comunicación tradicionales (prensa escrita, radio y televisión) se han sumado publicando sus contenidos en sitios web y plataformas de toda clase, a tal punto que actualmente un gran porcentaje de la población se informa a través de redes sociales⁴³.

Debido a su novedad, los sistemas de comunicación que dependen de internet aun no cuentan con regulación constitucional o legal que les sea propia, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema aplica a las redes sociales parámetros de contenidos similares a aquellos que se exigen de los medios de comunicación tradicionales. Dicen Balbontín y Maldonado que *“la Corte Suprema busca dos objetivos: el primero es igualar a las redes sociales como medio de comunicación actual al nivel de los medios de comunicación convencionales, como la radio, televisión o periódicos; y segundo, establecer límites a la libertad de expresión en estas plataformas, de manera de no afectar las libertades y derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución...”*⁴⁴. Si reconocemos su calidad de medios les resultan aplicables las normas que protegen la libertad de expresión, entre ellas, el artículo 19 n°12 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas *“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”*⁴⁵.

Por una parte, lo protegido por la norma es el acceso al medio a través del cual el sujeto puede expresarse y la posibilidad de hacerlo sin censura previa. Ello, tal como indica el artículo 13 n°2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no obsta a que procedan responsabilidades posteriores. Para analizar cómo se aplica esta norma a los contenidos publicados por los funcionarios públicos debemos detallar las formas en las cuales es posible expresarse en redes sociales⁴⁶. En términos generales todas ellas permiten publicar directamente un contenido nuevo, compartir un contenido publicado por un tercero, compartir y simultáneamente comentar un contenido publicado por un tercero, etiquetar y dar “me gusta” a publicaciones propias y ajenas. La pregunta a responder en este punto para analizar si se ve o no afectada la libertad de expresión en verdad es: ¿cuándo puede asumirse que el usuario es un emisor del contenido? La pregunta no es baladí. Se estima que la gran mayoría de los usuarios de internet no crean contenido nuevo, sino que se limitan a compartir contenido ajeno o a ser observadores pasivos. Así, un 89% de los usuarios son observadores pasivos (o *lurkers*), un 10% comparte y comenta contenido ajeno y apenas el 1% son creadores de contenido original⁴⁷. La jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido clara en este sentido. Conociendo de un recurso de protección entablado por alumnos de la Universidad Adolfo Ibáñez que fueron sancionados por esta casa de estudios por dar “me gusta” a una publicación ofensiva contra uno de sus compañeros, la Corte Suprema señaló el año 2021 en el considerando sexto de su sentencia que *“las sanciones aplicadas resultan desproporcionadas a juicio de esta Corte, porque se trató de un*

⁴³ BAY (2018), pp. 1-14.

⁴⁴ BALBONTÍN Y MALDONADO (2019), p. 626.

⁴⁵ En este trabajo se utilizará el término “medios de comunicación” y no “medios de comunicación social”, que es la nomenclatura utilizada por la Ley de Prensa, debido a que estimamos que las características de las redes sociales no las hacen asimilables a lo regulado por tal norma. La denominación aquí preferida no se utiliza en sentido técnico, sino que solo hace referencia a aquellos medios a través de los cuales las personas se comunican.

⁴⁶ Cabe hacer presente que cada red social tiene sus funcionalidades propias que las hacen distinguibles entre sí, por lo que en este artículo trataremos aquellas que son comunes en esta clase de plataformas.

grupo de alumnos que no participó en la creación ni difusión de la publicación en cuestión, ni expresó comentarios explícitos al respecto, limitándose a consignar la expresión ‘me gusta’, agregando en lo resolutivo que en todo caso *“los recurridos tendrán en consideración lo inapropiado de su actuación, que afecta a otro compañero en su libre determinación como persona”*⁴⁸. Por otro lado, conociendo de recurso de nulidad en materia penal, la misma Corte Suprema consideró que al magistrado Leonel Torres Labbé le afectaba una causal de implicancia al haber realizado publicaciones respecto del asunto que se encontraba conociendo aun estando pendiente la rendición de prueba. En su fallo la Corte Suprema considera como antecedentes para determinar la falta de imparcialidad del juzgador que este habría *“autorizado a registrar”* ciertas publicaciones de terceros en su sitio de Instagram que habrían incluido los hashtag *“#justiciaparaantonia, #martinpradenasviolador y el calificativo de “maldito violador”, antecedentes que dan cuenta de la afinidad del Juez redactor con los intereses de la parte acusadora, apartándose de la objetividad con que debía enfrentar el juicio y dictar la sentencia recurrida”*⁴⁹. Es decir, mientras en el primer fallo se consideró que el poner “me gusta” es una actividad de menor entidad que crear, difundir o comentar explícitamente un cierto contenido, en el segundo se considera que simplemente por tolerar publicaciones ajenas en un perfil propio estas pueden ser atribuidas al dueño del perfil al no eliminarlas. Esto podría resultar tremendamente complejo para cualquier usuario, pero aún más en la situación de los funcionarios públicos si se encuentran en la hipótesis de no poder bloquear usuarios de sus redes sociales. En suma, es dudoso aún qué puede considerarse como manifestación de expresión. Si aplicáramos el criterio sostenido por la Corte Suprema en el fallo de recurso de nulidad recién visto, ello significaría que el funcionario público sería responsable no solo de aquello que publica como creador original del contenido o de aquello que difunde o a lo que reacciona, sino también de aquello que se aloja en su perfil por su mera tolerancia. Si a ello agregamos los pronunciamientos de Contraloría en la materia, ocurriría que un funcionario que publique información del servicio en su perfil privado y que, por tanto, no puede bloquear usuarios, se vería en la obligación de eliminar cada contenido publicado por terceros que pudiera acarrearle sanciones, sin poder evitar que esos mismos usuarios vuelvan a realizar publicaciones similares.

De aceptar las limitaciones anteriores a la libertad de expresión de los funcionarios podría resultar más conveniente o incluso necesario para evitar riesgos simplemente no publicar en redes sociales –tomando una postura absolutamente pasiva de mero receptor- o directamente eliminando el funcionario su presencia virtual. Entendemos que ninguna de estas soluciones es compatible con el derecho a recibir informaciones e ideas. Primero, porque conforme al artículo 13 n°3 del Pacto de San José de Costa Rica: *“No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”*. Pero, además, la calidad, cantidad y velocidad de la información y la posibilidad de contrastar distintas perspectivas respecto de un mismo tema convierten a las redes sociales en medios informativos cada vez más insustituibles, por lo que no participar de la plaza pública digital es equivalente a restarse de la vida social. Por otra parte, aunque el sujeto se presentara como un mero receptor, las redes sociales son valiosas por la interacción que se produce entre los usuarios, por lo que de todas formas estaría accediendo a una versión muy desmejorada del ágora digital de la que participan el resto de los ciudadanos.

Por si todo lo anterior no fuese suficiente, debemos considerar que la limitación de los derechos fundamentales es excepcional y es la misma Constitución la que establece estas situaciones de manera explícita e inequívoca⁵⁰. Compartimos la opinión de Covarrubias de que los funcionarios públicos son simplemente personas ordinarias que ejercen una función pública, por lo que en su calidad de tales gozan de la totalidad de los derechos fundamentales que la

⁴⁸ Corte Suprema, Rol N° 47.380-2021, de 6 de junio de 2022.

⁴⁹ Corte Suprema, Rol N° 80.876-2022, de 29 de diciembre de 2022.

⁵⁰ COVARRUBIAS (2014), p. 876.

Constitución asegura a todas las personas⁵¹. Si el constituyente no ha hecho distingos entre sujetos no corresponde que el intérprete los haga en su lugar, pues cuando la Constitución pretende limitar algún derecho fundamental entrega esta tarea al legislador, sea de forma expresa o a través de encomendarle el desarrollo del derecho del cual se trate⁵².

Respecto de la libertad de expresión, el artículo 19 n°12 de la Constitución consagra que aquellas responsabilidades ulteriores que se generen por el abuso de la misma deben ser establecidas a través de ley de quórum calificado. Atendido todo lo ya expuesto debemos realizar algunos comentarios a la disposición: primero, que la norma exige que las responsabilidades se establezcan a través de ley de quorum calificado y este no es el caso del Estatuto Administrativo, pues se trata de una ley ordinaria; segundo, que -aunque pueda resultar discutible la aplicación de principios y garantías del derecho penal al derecho administrativo sancionatorio⁵³, en particular el de tipicidad- a fin de cautelar el núcleo esencial de la libertad de expresión el establecimiento de responsabilidad administrativa por abusos cometidos en uso de ella debería, cuando menos, referirse en términos generales a la conducta que se pretende sancionar, exigencia que no cumplen las obligaciones funcionarias relativas al principio de probidad ni al de llevar una vida social conforme a la dignidad al cargo. En suma, nuestro derecho administrativo no cumple con el estándar que nuestra propia Constitución ha fijado para dar lugar a responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión, tanto por no ser ley de quórum calificado como por no describir con suficiente precisión las conductas que harían incurrir en responsabilidad.

Es razonable entender que la calidad de funcionario público ponga al sujeto en una posición diferente a la que tendría cualquier otro ciudadano, pero esta sola posición no basta para justificar una restricción genérica a su libertad de expresión. En sentido similar lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara Iribarne v. Chile⁵⁴ a propósito de la publicación del libro “Ética y Servicios de Inteligencia”, cuyo autor era miembro en servicio activo de la Armada, al indicar que *“es lógico que la formación y experiencia profesional y militar del señor Palamara Iribarne lo ayudaran a escribir el libro, sin que esto signifique per se un abuso al ejercicio de su libertad de pensamiento y de expresión. Una interpretación contraria impediría a las personas utilizar su formación profesional o intelectual para enriquecer la expresión de sus ideas y opiniones”*. Es decir, aun cuando el funcionario publicara información relativa a la Administración o a su propio servicio, ello no implica necesariamente que esté utilizando abusivamente su libertad de expresión, debiendo acudir siempre al contenido de lo publicado para determinarlo. Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que las limitaciones a la libertad de expresión proceden en cuanto estén consagradas en la ley y en cuanto ellas sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o en virtud de la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Es decir, no basta cualquier interés público para justificar la persecución de responsabilidades derivadas del uso abusivo de la libertad de expresión. Por tanto, aunque sea razonable entender que el funcionario se encuentra en una relación especial de sujeción respecto del Estado, ella no basta para justificar la restricción desmedida de su libertad de expresión. Deberá en cada caso justificarse de qué manera la limitación de los derechos del funcionario resulta adecuada, necesaria y proporcionada para proteger los derechos de terceros, la seguridad nacional o el orden público, lo que implicará realizar este mismo análisis al momento de entender que una cuenta privada de una red social se ha convertido en una cuenta del servicio. Tal conversión sólo será procedente en la medida en que se cumpla con los parámetros antedichos.

⁵¹ COVARRUBIAS (2014), p. 898.

⁵² COVARRUBIAS (2014), p. 877.

⁵³ LONDOÑO (2014), pp. 147-167.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

6. Conclusión

La función pública exige que los empleados de la Administración del Estado se sometan a un estándar superior de comportamiento, pues tanto las labores específicas que ellos realizan como la forma en que se desenvuelven son materia de interés público. Ello explica que los principios que guían la actividad de la Administración se apliquen no solo a sus labores en cuanto empleados, sino que también sus obligaciones funcionarias se extiendan a su actividad en cuanto particulares. Por tanto, si bien los funcionarios gozan de los mismos derechos fundamentales que el resto de las personas, se ha señalado que estos pueden verse sujetos a limitaciones derivadas de otros intereses públicos comprometidos.

El ejercicio de la libertad de expresión por parte de los funcionarios públicos y, en particular, el que se verifica a través de redes sociales, no se encuentra regulado en nuestra legislación, por lo que para determinar si es posible limitarlo como se dijo precedentemente podemos acudir a los principios de la actividad administrativa, teniendo tanto el principio de publicidad como el de probidad el potencial para extenderse más allá de la actividad meramente laboral del funcionario. Respecto del principio de publicidad, Contraloría se ha pronunciado en el sentido de restringir las funciones editoriales que tienen las autoridades públicas sobre sus redes sociales en la medida en que las utilicen para el cumplimiento de funciones públicas. En el caso del principio de probidad no existe aún tratamiento en la jurisprudencia judicial ni administrativa, pero entendemos que en virtud de la obligación de llevar una vida social conforme a la dignidad del cargo sería posible justificar restricciones en el ejercicio de la libertad de expresión de distintas maneras, siempre en cuanto se argumente que los contenidos publicados o el perfil en sí mismo puedan permitir el cumplimiento de funciones públicas.

Ahora bien, ¿es admisible tal limitación? Lo será si entendemos el vínculo entre el funcionario y la Administración como una relación especial de sujeción en virtud de la cual los derechos del primero se sujetan al cumplimiento de los intereses que el público deposita en la función administrativa, que es como se ha entendido por la jurisprudencia administrativa tanto de Contraloría como del Consejo para la Transparencia. En contra puede alegarse que la Constitución no establece ninguna diferencia entre particulares y funcionarios al momento de consagrar los derechos fundamentales, y que además exige que las responsabilidades derivadas del abuso en el ejercicio de la libertad de emitir opinión e informar sean establecidas en virtud de ley de quórum calificado, estándar que no se cumple en este caso. Finalmente, aun si se intentara regular esta materia, las limitaciones no podrían constituir censura previa -ni directa ni indirecta- sino solo darían lugar a responsabilidades posteriores, las que deben surgir de la afectación abusiva de derechos de terceros, de su reputación y de la protección de la seguridad nacional y del orden, salud y moral públicas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALLCOTT, HUNT; BRAGHIERI, LUCA; EICHMEYER, SARAH Y GENTZKOW, MATTHEW (2020): "The Welfare Effects of Social Media", en: *American Economic Review* (Vol. 110, N° 3), pp. 629-676.

ALLESCH PEÑAILILLO, JOHANN Y OBANDO CAMINO, IVÁN (2004): "Una visión crítica sobre la normativa de acceso a los actos e información administrativa", en: *Ius et Praxis* (Vol. 10, N° 2), pp 11-58.

BALBONTIN GALLO, CRISTÓBAL Y MALDONADO CARVAJAL, ALEXANDRA (2019): *Libertad de expresión, derecho a la información y medios de comunicación* (Santiago, Thomson Reuters).

BAY, MORTEN (2018): "Social Media Ethics: A Rawlsian Approach to Hypertargeting and Psychometrics in Political and Commercial Campaigns" en: *ACM Transactions on Social Computing* (Vol. 1, N° 4), pp. 1-14.

BERMÚDEZ SOTO, JORGE (2011): Derecho Administrativo general, 2ª edición (Santiago, Legal Publishing).

BERTONI, EDUARDO Y DEL CAMPO, AGUSTINA (2021): “La mentira de los funcionarios, ¿tiene patas cortas o efectos largos?” en: Publicaciones del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo. Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/cele/papers/Desinformacion-y-funcionarios-publicos.pdf [visitado el 11 de julio de 2024]

CELIS DANZIGER, GABRIEL (2015): Derecho Administrativo disciplinario (Santiago, Editorial El Jurista).

CHAIRES VELASCO, ENRIQUE JOSÉ (2020): “Funcionarios públicos y su libertad de expresión en materia electoral dentro de redes sociales”, en: *Ius Comitiālis*, (Vol. 3, N° 5), pp. 149-160.

COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO (2014): “Evaluación crítica de la noción de que los funcionarios públicos tienen una intimidad más reducida que la de una persona ordinaria (a propósito de algunas decisiones del consejo para la transparencia)”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 41, N° 3), pp. 871-906.

COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO (2015): “La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)” en: *Ius et Praxis* (Vol. 21, N° 1), pp. 217-270.

GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO (1960): “Relaciones de sujeción y principio de legalidad de la Administración: contribución a la teoría del Estado de derecho”, en: Ponencia presentada en el seminario de Derecho Público del profesor Maunz, Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, diciembre 1960. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/221551961034011.pdf> [visitado el 11 de julio de 2024]

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2008): *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª edición (Madrid, Civitas), tomo II.

GIL GARCÍA, LUZ MARINA; GARCÍA CORONADO, GLORIA; ESTEBAN GARCÍA, RAÚL HERNANDO (2009): “Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto” en: *Prolegómenos. Derechos y Valores* (Vol. 12, N° 23), pp. 177-192.

HUIDOBRO SALAS, RAMÓN (2018): “Empleo público y derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho Público* (número especial), pp. 97-110.

IGNACIO VELAZCO, WILDER (2022): “Libertad de expresión de funcionarios públicos en la virtualidad y la facultad de bloquear en redes sociales”, en: Gálvez Condori, Walter y Espezúa Salmón, Boris (Coords.), *Homenaje a Carlos Ramos Núñez* (Puno, Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas), pp. 97-113.

KANT, EMMANUEL (2009): “¿Qué es la ilustración?”, en: *Foro de educación* (N°11), pp. 249-254.

LONDOÑO MARTINEZ, FERNANDO (2014): “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio”, en: *Revista de derecho* (Valdivia) (Vol. 27, N° 2), pp. 147-167.

MERGEL, INES (2013): “Implementing social media in the public sector”, en: *State & Local Energy Report* (Fall) pp. 16-20. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/258028013_Implementing_Social_Media_in_the_Public_Sector [visitado el 11 de julio de 2024]

MONGE MORALES, GONZALO J. (2019): “¿Un servidor público me puede bloquear en Twitter? Un análisis procesal constitucional de la STC Exp. N° 00442-2017-PA/TC”, en: *Gaceta Constitucional* (Tomo 142), pp. 162-171.

PALLAVICINI MAGNÈRE, JULIO (2013): "El principio de probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General", en: Revista de Derecho Público (Vol. 78), pp. 117-135.

PANTOJA, ROLANDO (1984): Estatuto administrativo interpretado (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).

PONCE CORREA, PATRICIO (2020): "Proporcionalidad en la aplicación de sanciones por faltas graves a la probidad administrativa. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles, rol 18823-2019 2 de marzo de 2020", en: Revista Jurídica Digital UANDES (Vol. 4, N° 1), pp. 160-166.

RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) SOBRE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y EXPRESIÓN; REPRESENTANTE DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE) PARA LA LIBERTAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN; RELATOR ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) Y RELATORA ESPECIAL DE LA COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CADHP) PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN (2021): "Declaración Conjunta 2021 sobre líderes políticos, personas que ejercen la función pública y libertad de expresión". Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1214&IID=2> [visitado el 11 de julio de 2024].

RIVADENEIRA, RICARDO (1996): "Balance diagnóstico de la legislación actual en materia de corrupción", en: Revista de Ciencia Política (Vol. 18, N° 1), pp. 91-97.

SILVA MAJOR, ANGIE (2023): "La necesidad de definir las nuevas tecnologías deliberativas para el derecho", en: Revista Chilena de Derecho y Tecnología (Vol. 12), pp. 1-33.

URQUIZO PEREIRA, DARWIN (2020): "La protección de la libertad de información y de expresión en redes sociales; ¿puede un funcionario público bloquear a un ciudadano en su cuenta de redes sociales?", en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Año XXVI), pp. 773-792.

JURISPRUDENCIA CITADA

Contraloría General de la República 8 de febrero de 1968, dictamen N° 7.521.

Contraloría General de la República 1 de abril de 1998, dictamen N° 11.964.

Palamara Iribarne vs. Chile (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005.

Perozo y Otros vs. Venezuela (2009) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de enero de 2009.

Ríos y Otros vs. Venezuela (2009) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de enero de 2009.

Consejo para la Transparencia 15 de julio de 2009, Rol N° A47-09.

Contraloría General de la República 9 de septiembre de 2009, dictamen N° 62.219.

Consejo para la Transparencia 2 de octubre de 2009, Rol N° A159-09.

Consejo para la Transparencia 29 de junio de 2010, Rol N° C95-10.

Contraloría General de la República 28 de julio de 2010, dictamen N° 42.372.

Consejo para la Transparencia 7 de enero de 2011, Rol N° C816-10.

Consejo para la Transparencia 18 de enero de 2011, Rol N° C626-10.

Contraloría General de la República 9 de mayo de 2011, dictamen N° 29.084.

Consejo para la Transparencia 24 de agosto de 2011, Rol N° C713-11.
Consejo para la Transparencia 7 de diciembre de 2011, Rol N° C1033-11.
Consejo para la Transparencia 23 de noviembre de 2012, Rol N° C 836-12.
Consejo para la Transparencia 5 de diciembre de 2012, Rol N° C1326-12.
Contraloría General de la República 29 de julio de 2014, dictamen N° 57.468.
Contraloría General de la República 1 de junio de 2015, dictamen N° 43.233.
Contraloría General de la República 10 de julio de 2019, dictamen N° 18.671.
Iriarte vs. Cateriano (2019): Tribunal Constitucional de Perú 15 de agosto de 2019 (Recurso de agravio constitucional) STC exp. N° 0442-2017-PA/TC.
Contraloría General de la República 23 de marzo de 2020, dictamen N° 6.696.
Contraloría General de la República 31 de mayo de 2021, dictamen N° 109.649.
Cuadra con Universidad Adolfo Ibáñez (2021): Corte Suprema 6 de junio de 2022 (recurso de protección), Rol N° 47.380-2021, en: www.pjud.cl.
Ministerio Público con Pradenas (2022): Corte Suprema 29 de diciembre de 2022 (Recurso de nulidad), Rol N° 80.876-2022, en: www.pjud.cl.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República. Diario oficial, 22 de septiembre de 2005.
Convención Americana de Derechos Humanos. Gaceta Oficial N° 9460 del 11 de febrero de 1978.
Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 5 de diciembre de 1986.
Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Diario Oficial, 16 de marzo de 2005.