

INFORMES

Derecho a la libertad de expresión y acceso a las redes sociales: El caso *Packingham con Carolina del Norte*

Freedom of speech and access to social media: Packingham v North Carolina

Alejandro Herrán Aguirre

Universidad Autónoma de Chiapas, México

RESUMEN Al resolver el caso *Packingham con North Carolina*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos determinó que una ley de Carolina del Norte que prohibía a los criminales sexuales sentenciados el acceso y uso de sitios web comerciales sociales (redes sociales) era inconstitucional, debido a la restricción excesiva de la libertad de expresión. Este comentario analiza los detalles del estudio de constitucionalidad hecho por la Suprema Corte, al repasar los criterios generales del control de constitucionalidad de Estados Unidos a partir de los argumentos presentados en el caso, y reflexiona brevemente sobre las posibles consecuencias de esta resolución.

PALABRAS CLAVE Libertad de expresión, redes sociales, primera enmienda, control de constitucionalidad.

ABSTRACT In its decision in *Packingham v North Carolina*, the Supreme Court of the United States found a North Carolina law that barred registered sex offenders from accessing commercial social networking web sites (social media) as unconstitutional, because of the law's overbroad restriction of lawful first amendment speech. This comment analyzes the details of the constitutional review by the Supreme Court, reviewing the general criteria used in such reviews, using the arguments presented in the case. It also briefly considers the possible consequences of the decision.

KEYWORDS Freedom of speech, social networks, internet, First Amendment.

Introducción

¡Dios es bueno! ¿Qué tal que tuve tanta suerte que desestimaron la multa incluso antes de que comenzara la sesión de la corte? Sin multas, sin costos judiciales, sin gastar nada. ¡Alabado sea Dios, wow! ¡Gracias, Jesús!¹

A través de una publicación en Facebook agradeciendo a Dios específicamente, comenzó uno de los casos más importantes sobre internet como medio de expresión. La decisión de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos sobre el caso de Lester Packingham se relaciona íntimamente con el derecho constitucional norteamericano, la ponderación de derechos y la libertad de expresión como derecho fundamental. El estudio del caso muestra la importancia de la actividad jurisdiccional en la protección de derechos individuales, y ofrece interesantes consideraciones respecto del conflicto que la libertad de expresión encuentra frente a la actuación del Estado, aun cuando el propósito de éste es bueno. Sin duda, un caso relevante que empezó cuando una persona, feliz por no tener que pagar una multa de tránsito, decidió compartir la noticia en Facebook.

La historia de Lester G. Packingham

Desde el punto de vista de los hechos, hay muchas partes de este caso que no es posible saber con certeza, especialmente hablando de la intención de Lester G. Packingham cuando hizo esta publicación en Facebook en el año 2010. Sin claridad absoluta, es posible considerar, a través de los documentos de la Corte, que cuando Lester Packingham agradeció a Dios a través de la red social por la desestimación de una multa de tránsito, lo hizo consciente de que su publicación constituía un delito.

El principal dato que corrobora esta suposición es que Packingham no publicó su feliz nota a nombre propio: de hecho, su cuenta personal de Facebook estaba registrada bajo un seudónimo. El que Packingham utilizara un seudónimo en dicha red tampoco sorprende. En el año 2002, cuando tenía 21 años, se declaró culpable del delito de tomar libertades indecentes con niños,² después de tener una relación sexual

1. Sentencia de *Packingham con Carolina del Norte*, Corte Suprema de Estados Unidos, 2017, folio 3, disponible en <http://bit.ly/2nISsnD>.

2. Usamos la traducción literal de la expresión *taking indecent liberties with children*, toda vez que la frase es un tipo penal específico contenido en el Código de Carolina del Norte en el capítulo 14 (*Criminal Law*) sección 14-202.1. Al efecto, se define el delito «tomar libertades indecentes con niños» a partir de conductas que tengan «el propósito de excitar o gratificar deseos sexuales» con niños o niñas de menos de dieciséis años. Este delito es diferente de otros similares, como ofensa sexual con un niño menor de trece años (*sexual offense with a child under 13*, sección 14-27.4A), ofensa sexual (*sexual offense*, sección 14-27.4) y violación de acuerdo con la ley u ofensa sexual de una persona que tiene entre trece y quince años (*statutory rape or sexual offense of a person who is 13-15 years old*, sección 14-27.7A). Es particu-

con una niña de trece años. La sentencia de Packingham lo obligó a ser registrado en la base de datos de delincuentes sexuales y, más importante aún, lo hizo sujeto de la sección 202.5 del capítulo 14 de los Estatutos Generales de Carolina del Norte.

La Ley 202.5, como se le puede llamar de forma abreviada, busca impedir o dificultar las actividades de vigilancia y depredación sexual hacia niños y niñas a través del internet. Prohíbe a los delincuentes sexuales el acceso a páginas web que les permitan tener contacto con menores de edad u obtener información acerca de ellos. Cuando Lester Packingham creó una cuenta de Facebook con un seudónimo, sabía perfectamente que al hacerlo cometía un delito.

La razón por la que decidió crear y mantener dicha cuenta es otro de los componentes que no se pueden conocer con certeza, pero es dable suponer que Packingham decidió continuar con su actividad delictiva, porque en su opinión la Ley 202.5 era injusta, aunque probablemente ésa no sería la palabra que el mismo Packingham usaría para describirla.

Vincular a Lester Packingham con el seudónimo de la cuenta de Facebook que hizo la publicación no fue difícil. Un oficial del Departamento de Policía de Durham, Carolina del Norte, que investigaba a criminales sexuales que posiblemente se encontraban violando la Ley 202.5 encontró la publicación hecha a nombre de «J. R. Gerrard» y le pareció reconocerlo. El oficial consultó el historial de la Corte de Packingham y confirmó que había recibido un citatorio de la Corte por una violación de tránsito, que esta sanción se había desestimado y, además, que las fechas coincidían con la publicación de Facebook de J. R. Gerrard. Mediante una orden de registro, la policía de Carolina del Norte tuvo acceso a las computadoras y otros dispositivos de Packingham, con lo que confirmó sin lugar a dudas que Lester Gerard Packingham, criminal sexual condenado, y J. R. Gerrard eran la misma persona.

Packingham fue enjuiciado y condenado por violar la Ley 202.5. Apeló su condena a la Corte de Apelaciones de Carolina del Norte, la cual encontró que la Ley 202.5 era violatoria de la primera enmienda y revocó la sentencia contra Packingham. El estado apeló esta decisión ante la Corte Suprema de Carolina del Norte, la cual revirtió la

larmente importante la distinción entre los delitos *taking indecent liberties* y *statutory rape* cuando se considera que el primero habla de conductas que busquen la excitación o gratificación sexual, lo cual puede incluir frotaciones o caricias, y el segundo se define a partir del coito vaginal. Nuestra decisión, además, se soporta en que la más frecuente traducción al español de la expresión *statutory rape* suele ser «abuso sexual» o «abuso infantil», ambos delitos, que se persiguen aunque la conducta se haya hecho con el consentimiento de la víctima, por estar relacionados con niños y niñas menores de edad. Por lo tanto, llamar al delito de Packingham abuso sexual no solo no describe adecuadamente la conducta por la que se lo sancionó, sino que impide comprender parte importante del origen del caso. Packingham no fue condenado de violación, ello le hubiera implicado una sentencia mucho más severa, al ser el delito por el que se le condenó menos severo que la violación o el «abuso sexual». Su pena requirió su registro como criminal sexual y, más importante para el caso, se volvió sujeto de la Ley 202.5.

sentencia, al declarar que la Ley 202.5 era constitucional. Lester Packingham solicitó a la Suprema Corte de los Estados Unidos que revisara su caso y, finalmente, la Corte Suprema aceptó.

Conflicto de derechos

Packingham con Carolina del Norte tiene en su núcleo un conflicto de derechos fundamentales. Por un lado, el derecho personal de Lester Packingham de expresión y acceso a la información; por el otro, el interés legítimo del estado de Carolina del Norte en prevenir delitos de alto impacto. En los casos de conflicto o choque de derechos, es necesario que la autoridad jurisdiccional analice la importancia de cada uno de los derechos en conflicto, sopesando o ponderando su calidad en el caso específico. Los análisis de ponderación de derechos tienen orígenes diferentes en los sistemas del derecho anglosajón —especialmente en la jurisprudencia de Estados Unidos— y los sistemas latinoamericanos, los cuales, en general, se acercan a la metodología alemana de la ponderación de derechos. Estados Unidos, por su parte, desarrolló sus criterios de interpretación constitucional con base en la jurisprudencia, lo que creó con el tiempo lo que han llamado los «criterios de escrutinio constitucional» (*constitutional review*).

Para comprender la importancia del caso *Packingham*, es necesario entender cómo funciona el proceso de escrutinio en los casos de conflicto de derechos fundamentales en la jurisprudencia de los Estados Unidos, y la mejor forma de lograrlo es mirar dentro de los argumentos esgrimidos por las partes. Comprender sus posturas y demandas permite a su vez entender las particularidades y exigencias que la Corte de Estados Unidos sopesa en estas decisiones.

Un buen lugar para comenzar es la Ley 202.5 de Carolina del Norte. La norma impone una restricción en el uso y acceso a diversas páginas de internet, dirigido especialmente a las páginas que ofrecen servicios de redes sociales e intercambio de información personal. En su parte relevante, la ley establece:

Prohibición del uso de sitios web de redes sociales comerciales por delincuentes sexuales. [...]

a) Ofensa: Es ilegal que un delincuente sexual [...] acceda a un sitio web comercial de redes sociales donde el delincuente sexual sabe que el sitio permite a los niños menores convertirse en miembros o crear o mantener páginas web personales. [...]

b) Para los fines de esta sección, un «sitio web de redes sociales comerciales» es un sitio web de internet que cumple con todos los requisitos siguientes: 1) es operado por una persona que obtiene ingresos por cuotas de membresía, publicidad u otras fuentes relacionadas con el funcionamiento del sitio web; 2) facilita la introducción social entre dos o más personas con fines de amistad, encuentro con otras personas o intercambio de información; 3) permite a los usuarios crear páginas web o perfiles personales que contengan información como el nombre o el apodo del usuario,

fotografías [...], otra información personal sobre el usuario y enlaces a otras páginas [...] de amigos o asociados del usuario al que pueden acceder otros usuarios o visitantes del sitio web; 4) proporciona a los usuarios o visitantes los mecanismos [...] para comunicarse con otros usuarios, como un muro de mensajes, sala de chat, correo electrónico o mensajería instantánea.

c) Un sitio web de redes sociales comerciales no incluye un sitio web de internet que: 1) proporciona solo uno de los siguientes servicios discretos: compartir fotos, correo electrónico, mensajería instantánea, sala de chat o plataforma de mensajes; o 2) tiene como propósito principal la facilitación de transacciones comerciales que involucren bienes o servicios entre sus miembros o visitantes.

La definición de sitio de redes sociales de la ley parece muy amplia —lo cual será un punto fundamental en los argumentos de Packingham—, incluye diferentes criterios y por su amplitud impide el acceso a un medio de comunicación vasto que puede ser considerado esencial para la expresión personal y, por lo tanto, para ejercer la libertad de expresión. La restricción que la ley impone a las personas es severa, pero se estableció con un propósito de interés social. La constitucionalidad de la ley dependerá entonces de cómo se interpreta la validez de la restricción de la ley en oposición a su objetivo.

Las limitaciones de derechos constitucionales en Estados Unidos

La limitación de un derecho constitucional fundamental como la libertad de expresión en la legislación y la jurisprudencia de Estados Unidos requiere que la autoridad, en este caso el estado de Carolina del Norte, demuestre un interés legítimo que persiga un beneficio social y que la restricción sea «estrecha o adecuadamente limitada» (*narrowly tailored*). No existe controversia respecto al propósito que la ley persigue (prevenir el abuso sexual de menores de edad) y que califica plenamente como un interés legítimo para el estado que permite la restricción de un derecho fundamental. La principal controversia por resolver en el caso es determinar si la Ley 202.5 está adecuadamente diseñada, es decir, es lo menos restrictiva posible en la búsqueda de su propósito.

En la doctrina de Europa y recientemente en la latinoamericana, este concepto tiene gran parecido con el subprincipio de idoneidad del principio de proporcionalidad propuesto por Alexy (Bernal-Pulido, 2014).³ En este sentido, al resolver la apelación, la Corte Suprema de Carolina del Norte encontró que la ley fue «cuida-

3. De acuerdo con Bernal-Pulido, el subprincipio de idoneidad establece que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, por lo que se necesita tanto el fin constitucionalmente legítimo como que la restricción sea idónea para fomentar su obtención. La similitud del subprincipio de idoneidad con los requisitos de la evaluación constitucional de la jurisprudencia norteamericana es evidente. Para más detalles sobre el principio de proporcionalidad, es muy recomendable la completísima obra de Bernal-Pulido (2014).

dosamente diseñada [...] para prohibir a los delincuentes sexuales registrados el acceso únicamente a aquellos sitios web que les permiten la oportunidad de obtener información acerca de menores». ⁴ La Corte estatal también determinó que la ley deja abiertas a los sujetos obligados alternativas de comunicación suficientes, porque permite al recurrente tener acceso a sitios web que la Corte consideró que tenían «funciones parecidas o similares» a las redes sociales. De esta manera, aunque la Ley 202.5 limita en buena medida las capacidades de expresión y de acceso a la información de Packingham, en opinión de la Corte estatal estas limitaciones son lo suficientemente específicas como para asegurar su objetivo y permiten suficientes alternativas como para no causar una limitación excesiva.

El derecho fundamental en conflicto con la Ley 202.5 es un principio esencial de la primera enmienda de la Constitución norteamericana que establece, dentro de las garantías de la libertad de expresión, el derecho a toda persona de tener acceso a lugares donde puedan hablar, escuchar y, tras una reflexión, hablar y escuchar nuevamente (Kagan, 1996). Este principio es ampliamente reconocido por la jurisprudencia en varios países. Se relaciona directamente con el derecho a la información y es parte integral de una libertad de expresión completa. Específicamente, se ha determinado que la participación en un debate público y el acceso a la información y a las opiniones diferentes es parte esencial de una sociedad democrática. ⁵

La importancia del debate y la opinión pública para las sociedades democráticas ha sido extensamente comentada en la doctrina sobre la libertad de expresión, principalmente por Meiklejohn (1948) y más recientemente Balkin (2004), quien incluso ha desarrollado el concepto de la «cultura democrática», dentro de la cual la libertad de expresión y el acceso a la información son elementos esenciales. La jurisprudencia también ha reconocido el principio de acceso al foro público y al debate público, como estableció por ejemplo la Corte Constitucional española en 1982. En México, esta protección se ha reconocido identificándola como la opinión pública, y se ha determinado el derecho esencial de toda persona de acceder al foro público para participar del debate público. ⁶

4. Sentencia de *Packingham con Carolina del Norte*, folio 4.

5. Este principio y sus aplicaciones se reflejan en la jurisprudencia de México en las tesis que delimitan las dimensiones individual (Tesis 1a. 420/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 13, tomo 1, diciembre de 2014, p. 233) y política de la libertad de expresión (Tesis 1a. 419/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 13, tomo 1, diciembre de 2014, p. 234). Un excelente resumen de la concepción de la libertad de expresión como elemento esencial del debate público y de la democracia en la jurisprudencia de Estados Unidos es el brillante y clásico artículo del ministro de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos (Brennan Jr., 1965). Sobre la jurisprudencia internacional y la libertad de expresión, incluyendo el importante papel que desempeña en la construcción de la opinión pública y la democracia, véase Botero Marino (2013).

6. «Libertad de expresión e imprenta. Las limitaciones establecidas por el legislador relacionadas con

En conclusión, el tema presentado a la Suprema Corte de Estados Unidos se resume a determinar si el acceso a un sitio web de redes sociales, o al internet en general, está protegido por la primera enmienda de la Constitución norteamericana como parte del ejercicio del debate público; además, determinar si la Ley 202.5 de Carolina del Norte está adecuadamente limitada o diseñada para restringir sin excesos este derecho.

Los criterios de revisión constitucional sobre libertad de expresión en la jurisprudencia de Estados Unidos

Dentro de la jurisprudencia norteamericana, la limitación de un derecho fundamental debe cumplir con la cláusula de protección igualitaria ante la ley de la decimo-cuarta enmienda, que prohíbe a los estados aplicar leyes de manera dispareja a los ciudadanos.⁷ La protección igualitaria requiere que, si ha de clasificarse a una persona o a un acto, esta clasificación debe ser igual para todas las personas, de lo contrario se presenta un acto de discriminación.

La clasificación de las limitaciones relacionadas con la primera enmienda o la libertad de expresión está determinada por el objeto de la limitación misma. Esta primera clasificación determina si la limitación está basada en el contenido de la expresión (limitación basada en contenido) o si su origen es ajeno al contenido (limitación neutral al contenido). Esta distinción es muy importante. Históricamente, la jurisprudencia norteamericana ha protegido a la expresión, por lo que ha admitido muy pocas limitaciones basadas en el contenido de la expresión; algunos ejemplos son las limitaciones a expresiones que contienen amenazas o incitación a la violencia. Por lo general, las limitaciones basadas al contenido son sometidas al nivel de escrutinio más alto de la Corte, el escrutinio estricto, razón por la cual la mayoría de estas limitaciones son declaradas inconstitucionales.

Las limitaciones neutrales al contenido, por otro lado, son estudiadas por la Corte en forma diferente. Aparentemente, no tienen interés en regular el contenido de las expresiones, sino algún otro elemento de ellas. Algunos ejemplos típicos son las limitaciones al volumen o tipo de espectáculos públicos, la prohibición de publicidad espectacular en carreteras, etcétera.

El análisis de la constitucionalidad de las limitaciones neutrales al contenido es muy variado. La Corte Suprema ha utilizado diversos criterios y estándares para fun-

la veracidad y claridad de la publicidad comercial son constitucionales cuando incidan en su dimensión puramente informativa», (Tesis 165/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo 21, enero de 2005, p. 421).

7. «Equal protection», Cornell Law School, Legal Information Institute, disponible en <http://bit.ly/2MPsqH>.

damentar sus decisiones, lo que ha creado un amplio y complicado panorama de estudio de constitucionalidad. Pero, de forma muy general, se puede decir que la Corte aplica tres tipos de estándar de evaluación cuando estudia la constitucionalidad de una limitación de expresión que es neutral al contenido:

- **Reseña diferencial:** Este tipo de análisis de la constitucionalidad se parece mucho al estándar racional de la evaluación de la protección igualitaria. En general determina que las limitaciones que racionalmente persiguen un interés legítimo del Gobierno son constitucionales (Stone, 1987). Así, incluyen casos en que la Corte determina que la limitación no implica una afectación de la libertad de expresión o que algunas limitaciones a la libertad de expresión son constitucionales si son razonables. Con un poco más de complicación, la Corte determina que también son constitucionales aquellas restricciones que están diseñadas para servir un interés sustancial del Gobierno y que no limitan irracionalmente formas y vías de comunicación. A este tipo de limitaciones se les suele llamar de tiempo, modo o lugar. De esta forma, también se consideran constitucionales aquellas limitaciones que persiguen un interés sustancial del Gobierno, que este interés no se encuentre relacionado con suprimir la expresión, y que la restricción no es mayor que lo esencial para la consecución del interés gubernamental. En general, las limitaciones sometidas a este estándar de evaluación suelen ser declaradas constitucionales a menos que se trate de limitaciones discriminatorias, arbitrarias o irracionales.⁸
- **Revisión intermedia:** En este nivel de evaluación, la Corte estudia la sustancialidad del interés legítimo que persigue el Gobierno y la disponibilidad de medidas alternas menos restrictivas. Los medios de estudio de la Corte son variados, pero su objetivo principal es acreditar la importancia real del interés que persigue el Gobierno, desde la perspectiva de la legitimidad, así como del impacto social. La Corte Suprema también ha buscado determinar si exis-

8. La decimocuarta enmienda y la garantía de protección igualitaria tienen una importante historia en la jurisprudencia de los Estados Unidos. La protección igualitaria fue el fundamento para el trato igualitario entre razas, aunque en la infame decisión *Plessy con Ferguson* de 1896 se utilizó para justificar la postura que permitía la legal segregación entre personas de color y blancos, lo que terminó efectivamente con la esclavitud, pero permitió la discriminación legal, doctrina conocida como «separados pero iguales». Fue hasta 1954 cuando en *Brown con Board of Education* se estableció la inconstitucionalidad de la doctrina de *Plessy*. Aun después de *Brown* la controversia persiste, pues la declaratoria de inconstitucionalidad se refiere únicamente a las normas discriminatorias que sean de plena cara discriminantes, y no a aquellas que de cara son neutrales, aunque sus consecuencias sean discriminatorias. Este criterio general se ha formado porque se da el beneficio de buena fe al legislador y a su intención. Para más sobre el tema, es recomendable el análisis histórico que hace Siegel (1997), así como la reflexión sobre el pensamiento blanco y la intencionalidad discriminatoria del legislador de Flagg (1993).

ten otras soluciones que consigan el mismo efecto deseado por el Gobierno pero que sean menos restrictivas. Uno de los criterios más importantes en esta evaluación es que el Gobierno debe probar a la Corte que el uso de un medio alternativo menos restrictivo que el propuesto dañará o socavaría seriamente el interés que se persigue. Por ello, no es suficiente que el Gobierno argumente la racionalidad de la restricción: deberá probar que la restricción es necesaria para la consecución de su interés legítimo, a falta de dicha prueba la restricción será declarada inconstitucional. Las restricciones analizadas bajo este nivel suelen ser declaradas inconstitucionales con más frecuencia que las constitucionales.

- Revisión estricta: Este nivel de evaluación requiere que el Gobierno demuestre un interés preponderante, no solo uno sustancial, y que pruebe que la restricción es necesaria para lograr su fin legítimo. Este estándar de revisión es conocido en la jurisprudencia y doctrina norteamericana como escrutinio estricto (*strict scrutiny*), y representa el nivel más elevado de protección que se puede tener. Sus extremas demandas resultan en que la gran mayoría de las restricciones evaluadas bajo este principio son consideradas inconstitucionales.

En general, la Corte Suprema estima que las restricciones basadas en el contenido deben ser evaluadas de forma más rigurosa que las que son neutrales al contenido. Esto es así porque, en opinión de la Corte, las restricciones basadas en el contenido pueden afectar tres importantes áreas del campo de la libertad de expresión: la distorsión del debate público, motivaciones impropias y el impacto comunicativo (Stone, 1987). La evaluación de las restricciones basadas en contenido requiere entonces superar la alta prueba de escrutinio estricto, por lo que, en la práctica, las legislaturas buscan construir sus restricciones a la libertad de expresión de forma que sean consideradas no restrictivas del contenido para que, en caso de ser evaluadas por la Corte, sus posibilidades de supervivencia sean mayores. Ése fue precisamente el argumento del estado de Carolina del Norte en el caso *Packingham*.

Los argumentos

Los argumentos en el caso *Packingham* son simples en su contenido, pero debido a la complejidad del estudio constitucional es posible separarlos en diversas partes con complicadas relaciones.

Los argumentos de *Packingham* contra la constitucionalidad de la Ley 202.5 parten de la decisión de la Corte Suprema de Carolina del Norte, que determinó que la ley debe ser analizada como «una limitación a la conducta» y no como una restricción directa a la expresión. La Corte del estado considera que la ley no impide a los sujetos obligados el acceso a oportunidades de expresión personal, sino que limita

su conducta, específicamente usar páginas web de redes sociales. La restricción a la expresión es una consecuencia incidental de la prohibición. Si Pakingham no puede usar Twitter o Facebook es porque no puede acceder a esas páginas, pero, de acuerdo con la Corte de Carolina del Norte, no se le impide el libre uso de la expresión; si ése fuera el caso, se impediría algún tipo específico de expresión. Desde este punto de vista, la ley debería ser sometida a un análisis de constitucionalidad de escrutinio intermedio como una restricción de tiempo, lugar o forma. De manera similar, la Corte Suprema de Carolina del Norte consideró que la restricción era suficientemente delimitada (*narrowly tailored*) y que perseguía un fin legítimo para el estado, por lo que se declaró su constitucionalidad.

Packingham

Packingham arguye que la ley no regula conductas específicas, por ejemplo, leer un periódico, sino que regula actividades que están directamente relacionadas con la primera enmienda, no solo de forma incidental sino sustancialmente. La decisión de la Corte Suprema de Carolina del Norte consideró que utilizar redes sociales es solo una mera conducta, es decir, una acción mecánica de usar una computadora para visitar páginas web específicas; pero en realidad, dice el argumento de Pakingham, lo que se está regulando es la forma de tener acceso a herramientas necesarias para ejercitar plenamente la libertad de expresión. Las redes sociales no son equiparables a formas estáticas de recibir información como un periódico impreso, pues su naturaleza permite un flujo de información muy variado y, más importante aún, su común uso y general extensión en la población las ha convertido en los lugares más comunes para enviar y recibir todo tipo de comunicaciones. Las redes sociales, a diferencia de los periódicos impresos, son un potenciador de la relación entre personas, sirven como ventanas a mundos completos y permiten muchos tipos de actividades e interacciones.

Esta distinción es importante. El argumento de Pakingham presenta a la Ley 202.5 como una restricción a su habilidad general para expresarse, ya que le impide acceder a uno de los mecanismos más útiles e importantes que existen para el ejercicio pleno de la libertad de expresión cuando limita su acceso a los medios sociales. Esta restricción al disfrute de la primera enmienda se entiende no solo como una limitación de la expresión personal de Pakingham: debe comprenderse como una limitación a su derecho de acceso a la información, pues le impide conocer y seguir información de interés general y particular. Para reforzar su argumento, Pakingham menciona que Twitter es una de las más desarrolladas formas de tener acceso a información general, lo que incluye temas importantes de política —el mismo presidente Trump utiliza Twitter para comunicarse directamente con el electorado— religión, y hasta seguridad: los servicios de protección civil en Estados Unidos utilizan Twitter para comunicar todo tipo de alertas.

La ley no regula el tiempo, lugar o forma de la expresión de manera neutral, dice Packingham. Estas restricciones existen para regular el uso de espacios públicos en su relación con terceros, de forma que el ejercicio del derecho de una persona en un espacio público no afecte el ejercicio o disfrute del mismo o de otro derecho de otra persona. En una verdadera restricción de tiempo, lugar o forma es razonable limitar el derecho de alguien para proteger el de un tercero, como tocar música en un lugar público en horarios que pueden ser molestos, por ejemplo. Estas restricciones buscan un balance entre los derechos de todas las personas en la esfera pública. Pero, argumenta Packingham, los medios sociales como Facebook no tienen un impacto negativo en otros como si fueran espacios públicos. Las redes sociales en ese sentido no son equiparables a un parque público, el ejercicio que Packingham haga de su expresión no afecta a terceros, por lo que la restricción a su acceso no debe ser considerada como neutral al contenido sino basada en el contenido.

La importancia de este argumento es evidente. Si la restricción que la Ley 202.5 impone a Packingham no es considerada de tiempo, lugar o forma, sino relacionada con el contenido, entonces la prueba de constitucionalidad tiene que superar el examen del escrutinio estricto, lo que condenaría la ley a la inconstitucionalidad. Una vez que se determina que la evaluación apropiada es el escrutinio estricto, resulta importante determinar qué tan adecuadamente está construida la restricción. La esencia de la construcción delimitada es evitar que se prohíban cantidades sustanciales de expresión que no están relacionadas con el mal que se desea evitar.

La limitación adecuadamente circunscrita requiere, por una parte, que se construya de forma que no se impida el libre ejercicio del derecho restringido innecesariamente, es decir, que no se limiten expresiones no relacionadas directamente con el beneficio que se persigue; por otro lado, también requiere que la limitación deje disponibles otras alternativas que sean al menos igual de útiles y efectivas en el ejercicio del derecho, de manera que la persona que sufre la limitación tenga las suficientes alternativas para ejercitar su derecho esencial.

A decir de Packingham, la Ley 202.5 falla en ambos puntos. Para empezar, la ley no está lo suficientemente delimitada, dice su argumento, porque al impedir el acceso a las redes sociales no solo se limita el acceso a los perfiles de menores de edad —el fin legítimo protegido por el Estado— sino que también se limitan la capacidad de expresión y el derecho de acceso a la información de Packingham de forma irreparable. La extrema amplitud de la definición de sitios de redes sociales no deja verdaderas alternativas a Packingham para ejercer sus derechos de la primera enmienda. La definición de redes sociales de la ley incluiría a sitios web no relacionados con el fin que persigue el estado, por ejemplo, incluiría a la tienda en línea Amazon.com y el sitio web del *The New York Times*. En las palabras de Packingham, «la ley prohíbe la expresión de demasiadas personas, por demasiado tiempo, sobre sitios web que el estado reconoce no tienen relación con sus preocupaciones».

Respecto de las alternativas, dice Packingham, la ley es también muy deficiente, pues excluye plataformas diversas que le permitirían al usuario interactuar con sus funcionarios electos, obtener educación en línea y hasta conseguir un empleo remunerado. En la práctica las opciones que deja la Ley 202.5 simplemente son insuficientes. Estas consideraciones pueden resumirse en el argumento principal de Packingham: la ley impone cargas severas en actividades esenciales de la primera enmienda, por lo que debe ser considerada inconstitucional.

Carolina del Norte

El estado de Carolina del Norte argumenta por su parte que la constitucionalidad de la Ley 202.5 debe ser ratificada, como lo hizo la Corte Suprema de ese mismo estado. Su argumento inicia, como debe ser, por su requerimiento legal, con la acreditación del interés legítimo que el estado persigue proteger o lograr con la Ley 202.5. En sus propias palabras: «La Legislatura de Carolina del Norte promulgó una ley que prohíbe a los criminales sexuales el “acceso a sitios web comerciales sociales” que permiten que menores se vuelvan miembros». La abierta actividad posible a través de las redes sociales presenta un ambiente propicio para que personas con fines nefastos puedan obtener información útil para actividades de depredación sexual. En términos generales, las redes sociales presentan un peligro para los menores de edad, y en combinación con la alta tasa de reincidencia de los crímenes sexuales, se justifica la restricción para las personas que han sido condenadas por este delito. A partir de este punto, el estado de Carolina del Norte acredita sin lugar a dudas la importancia, legitimidad y preponderancia del fin perseguido, por lo que el punto a tratar es si la Ley 202.5 cumple con los criterios necesarios para ser constitucional. El estado argumenta que sí, pero que la ley debe ser evaluada con un escrutinio intermedio, toda vez que no regula el contenido de la expresión de los obligados, sino solo conductas específicas, en efecto, el acceso a sitios web debidamente definidos y delimitados. Por lo que el fondo del asunto es demostrar que la Corte Suprema de Carolina del Norte adecuadamente consideró que la Ley 202.5 debe ser evaluada usando el escrutinio medio.

El argumento del estado de Carolina del Norte descansa sobre la idea de que impedir el acceso a los sitios web de redes sociales no constituye una restricción al contenido de la expresión porque la limitación es general. Si la restricción estuviera relacionada con el contenido, dice el estado, entonces se limitaría el acceso por lo que se puede decir; sin embargo, la restricción de la Ley 202.5 es general, se limita el acceso sin importar qué es lo que se piense decir y, además, la limitación está directamente relacionada con la calidad del sujeto, es decir, con su condición como criminal sexual condenado. Desde esta perspectiva, la limitación no puede ser considerada como relacionada con el contenido, toda vez que la limitación no impide al sujeto hacer la misma expresión a través de otros medios.

Respecto de la adecuada delimitación de la norma, el estado de Carolina del Norte argumenta que la definición utilizada en la ley debe ser amplia, ya que de lo contrario no incluiría algunos de los sitios web que busca delimitar, pero que aun así está adecuadamente limitada en relación con su propósito, que la limitación es necesaria y que permite suficientes alternativas igual de efectivas para el ejercicio de los derechos de la primera enmienda. Primero se debe considerar que las aplicaciones y los sitios web que ofrecen servicios que pueden llamarse «redes sociales» no son uniformes, existe gran variabilidad en su conformación y en los servicios que proporcionan, por lo que es necesario construir una definición amplia que sea útil para el fin que se persigue. La definición debe ser amplia porque la consecución del objetivo propuesto requiere de ello: sin una definición que abarque las posibles formas de depredación sexual, la ley no puede ser efectiva. Este razonamiento también implica que la limitación es necesaria para lograr el objetivo de la ley, ya que no se concibe que la protección de la depredación sexual a través de medios sociales se logre sin limitar los mismos medios sociales.

En su informe, el estado reconoce que la definición de la Ley 202.5 puede incluir sitios web que por su naturaleza o propósito no están directamente relacionados con el intercambio de información personal o que de plano no pueden ser considerados redes sociales, como el sitio del diario *The New York Times* o la tienda Amazon. Al respecto, argumenta que, de la necesaria amplia definición que ya se describió, se desprenden consecuencias no previstas, pero que éstas no son irreparables y que, además, los obligados tienen amplias alternativas para satisfacer las necesidades que esos sitios cumplen. Hay muchos otros sitios de noticias que no están comprendidos en la definición de la ley, por lo que el acceso a la información no está siendo verdaderamente limitado; así también, existen muchas tiendas en línea que pueden ser libremente usadas por los obligados. Incluso debe reconocerse, dice el argumento, que los obligados no tienen una verdadera limitación en su derecho al acceso a la información, porque nada les impide caminar a su puesto de periódicos más cercano y comprar la versión impresa de *The New York Times*; su impedimento es simplemente no tener acceso a plataformas que les permitirían realizar actividades de depredación sexual. Esta es una limitación física, lo que debe considerarse como una limitación a la conducta y, por lo tanto, la ley debe ser considerada como una regulación de tiempo, forma o lugar.

Además, para condenar a un criminal sexual de violar la Ley 202.5, el estado debe probar que la persona accedió intencionalmente a un sitio web de una red social sabiendo que ese sitio web era utilizado por menores de edad, lo que requiere además los requisitos que la ley menciona.

En su decisión, la Corte Suprema de Carolina del Norte encontró que «la Ley 202.5 no viola la primera enmienda o la cláusula de debido proceso [...] aunque los sitios web de redes sociales proveen tanto un foro para obtener información y un me-

dio de comunicación, el propósito esencial de la sección 202.5 es limitar la conducta de los criminales sexuales, a decir, “acceder a ciertos sitios web bien definidos”». ⁹ Por esta razón, según el estado, la ley está sujeta solo al escrutinio intermedio, porque es una ley que regula el tiempo, lugar o forma de una expresión y que no discrimina con base en el contenido de la expresión. La ley es neutral porque fue diseñada para proteger al público de criminales sexuales y no para promover la discriminación en contra de algún mensaje particular. La ley aplica solo para los delincuentes sexuales porque son el grupo que utilizaría los sitios de relaciones sociales con el propósito de depredación sexual, grupo que además se demostró tiene altos índices de reincidencia delictiva. El peligro que representan los delincuentes sexuales permite a los estados crear leyes más restrictivas para este grupo que para el público en general.

Queda claro entonces que los argumentos del caso *Packingham* pueden resumirse en un clásico conflicto de derechos, el del estado de Carolina del Norte de regular conductas en la consecución de un fin legítimo, y en el derecho de las personas que han sido condenadas por crímenes sexuales de tener acceso a los medios sociales para ejercer plenamente sus derechos de la primera enmienda. La Corte Suprema estudió los argumentos en su fondo y llegó a una importante decisión, cuya relevancia no cae solamente en la solución del conflicto de derechos, sino en la determinación que la Corte Suprema haría de los sitios web de redes sociales.

La decisión

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos resolvió el caso *Packingham con Carolina del Norte* desde una perspectiva de la protección de los derechos consagrados en la primera enmienda. De hecho, la opinión empieza su estudio del fondo con la siguiente declaración:

Un principio fundamental de la primera enmienda es que todas las personas tienen acceso a lugares donde puedan hablar y escuchar, y entonces, después de la reflexión, hablar y escuchar una vez más. La Corte ha buscado proteger el derecho a hablar en este contexto espacial.¹⁰

Este es un inicio muy interesante e importante. Con la primera oración del estudio el ministro Kennedy, autor de la opinión, prepara la escena para lo que será una determinación espacial sobre las redes sociales y la libertad de expresión. En esencia, el sentido espacial de la libertad de expresión se refiere al lugar o lugares donde las personas pueden ejercitar plenamente sus derechos de la primera enmienda.

Un parque público o la calle son los primeros ejemplos que nos encontramos

9. Respuesta de Carolina del Norte en *Packingham con Carolina del Norte*, núm. 15-1194, folio 8.

10. Sentencia de *Packingham con Carolina del Norte*, folio 4.

cuando ponemos las palabras de la opinión en contexto. Un lugar en donde las personas puedan escuchar, hablar y reflexionar. Se refiere a lugares donde se desenvuelve el debate público, los lugares, espacialmente hablando, donde la opinión pública se construye y las ideas compiten en un abierto mercado de evaluación general. Hace tiempo, dice la Corte Suprema, era difícil identificar cuáles eran los lugares más importantes, en un sentido espacial, para el ejercicio de los derechos de libertad de expresión, pero en la actualidad la respuesta es clara: «Es en el ciberespacio, el vasto foro democrático del internet en general [...] y las redes sociales en particular».¹¹ En efecto, la Corte Suprema comprendió que el caso *Packingham* trascendió las consideraciones de un análisis de constitucionalidad: en el caso se estudia cómo las redes sociales en específico y el internet en general se relacionan con la libertad de expresión. Kennedy es claro al aceptar esta responsabilidad por parte de la Corte: «Este caso es uno de los primeros que esta Corte ha tomado que habla sobre la relación entre la primera enmienda y el internet moderno. Como resultado, la Corte debe tener extrema caución antes de sugerir que la primera enmienda provee poca protección de acceso a vastas redes en ese medio».¹²

La decisión de la Corte Suprema descansa sobre dos importantes consideraciones: primero, la forma en que está redactada la ley prohíbe el acceso a los sitios de redes sociales comunes, pero también a otros sitios muy variados, como Amazon.com, Washintongpost.com y Webmd.com. Tan solo por esta única parte la ley no pasará la prueba de constitucionalidad, pero aun así es importante la segunda consideración, en que la Corte Suprema concede que la decisión emitida en el caso no debe interpretarse como una prohibición a los estados de promulgar leyes más específicas que la que está en estudio. Se reconoce entonces el claro e importante interés del estado de Carolina del Norte para limitar la expresión en la protección de los menores de edad, pero la prohibición deberá ser más limitada.

La Suprema Corte consideró que la Ley 202.5 es demasiado amplia e impone prohibiciones nunca antes vistas a las libertades de la primera enmienda. En efecto, la Corte Suprema emitió una decisión que da verdadero valor al acceso a las redes sociales, al considerarlas medios esenciales para el ejercicio de la libertad de expresión:

Las redes sociales permiten a los usuarios obtener acceso a información y comunicarse unos con otros sobre cualquier tema que se venga a la mente [...] Al prohibir a los criminales sexuales el uso de esos sitios web, Carolina del Norte, con un amplio movimiento, impide el acceso a lo que para muchos son las principales fuentes para conocer eventos actuales, buscar empleo, hablar y ser escuchados en la plaza pública moderna, y la exploración de los vastos reinos del pensamiento y conocimiento humanos. Estos sitios web pueden proveer tal vez el mecanismo más poderoso dis-

11. Sentencia de *Packingham con Carolina del Norte*, folio 5.

12. Sentencia de *Packingham con Carolina del Norte*, folio 6.

ponible para los ciudadanos privados para que hagan oír su voz. Permiten a una persona con una conexión a internet «convertirse en un pregonero cuya voz resuena más lejos de lo que podría hacer desde una simple tarima».¹³

Al considerar las implicaciones de las palabras de la Corte Suprema en la decisión, podemos comprender el gran impacto que tienen para el ciberespacio y para la libertad de expresión en la sociedad actual. En términos prácticos, Kennedy y la Suprema Corte equiparan al ciberespacio con una plaza pública; no solo eso, reconocen que en cuanto herramientas modernas, los sitios web de medios sociales son esenciales para el libre ejercicio de la libertad de expresión.

¿Significa esto que la Corte Suprema estableció que el uso de los medios sociales está garantizado por la Constitución? Esta pregunta es un poco más difícil de responder con claridad. Para determinar el alcance de la sentencia, podemos usar sus propias palabras: «En suma, cerrar el acceso a los medios sociales de forma total es impedir que el usuario ejercite legítimamente sus derechos de primera enmienda».¹⁴ La Suprema Corte encuentra difícil de concebir que se pueda prohibir el acceso a los medios sociales, aunque se trate de un grupo reducido de personas que han sido condenados por crímenes sexuales.

La decisión considera que el estado de Carolina del Norte no consiguió demostrar que el amplio alcance de la ley es necesario o legítimo para el propósito que busca. En términos de precedentes —tan importantes para la jurisprudencia norteamericana—, Kennedy menciona que no ha habido resolución de la Corte Suprema que haya aprobado una ley con un alcance tan amplio como el que se establece en la Ley 202.5. El caso más parecido, argumentado como precedente por parte del estado de Carolina del Norte, es *Burson con Freeman* de 1992,¹⁵ en el que se aprobó como constitucional una restricción que prohíbe hacer actos de campaña a cien pies de una casilla electoral. Sin embargo, en opinión de Kennedy y de la Corte Suprema en unanimidad, *Burson con Freeman* no asiste a los argumentos del estado de Carolina del Norte, ya que las restricciones impuestas en ese caso son mucho menos onerosas que las que el estado buscó en la Ley 202.5.

Como apoyo de precedente para su decisión, la Corte Suprema estimó que el caso más parecido a *Packingham* era uno en que se estudió una ley local que prohibía cualquier actividad relacionada con la primera enmienda en el aeropuerto internacional de Los Ángeles.¹⁶ En ese caso, la Corte Suprema invalidó la ley local porque cubría toda clase de expresiones protegidas que no causaban disturbios y que incluyen «hablar o leer, o portar botones de campaña o ropa simbólica», lo que claramente

13. Sentencia de *Packingham con Carolina del Norte*, folio 8.

14. Sentencia de *Packingham con Carolina del Norte*, folio 8.

15. «*Burson v Freeman*», Oyez, disponible en <http://bit.ly/2vRyXxw>.

16. *Board of Airport Cmm'rs of Los Angeles con Jews for Jesus, Inc.*, 482 US 569, 1987.

constituye una prohibición demasiado amplia. En palabras de Kennedy, «si una ley que prohíbe “toda la expresión protegida” en un solo aeropuerto no es considerada constitucional, sigue entonces con aún más fuerza que el estado no puede promulgar esta prohibición completa del ejercicio de los derechos de la primera enmienda en sitios que son integrales en el tejido de nuestra sociedad y cultura moderna».¹⁷

Todo lo anterior puede resumirse en un criterio ampliamente reconocido de la Corte Suprema que considera que el Gobierno no puede suprimir expresiones legales como un medio para suprimir expresiones ilegales. Las dificultades que este conflicto de derechos presenta son evidentes y el caso *Packingham* es un claro ejemplo de lo difícil que es para los legisladores en Estados Unidos la creación de leyes que restrinjan derechos constitucionales.

La decisión en el caso *Packingham* fue unánime. El recién nombrado ministro Gorsuch no participó en el caso, pero a pesar de la unanimidad, el ministro Alito emitió un voto particular, en el que expresa su desacuerdo con las consideraciones de sus compañeros. Alito concuerda en que la Ley 202.5 de Carolina del Norte excede su alcance por ser de extremo restrictiva, por lo que debe ser considerada inconstitucional, pero no puede concordar con los criterios de los demás miembros de la Corte que consideran que es posible igualar al internet en su totalidad con los parques y avenidas públicos. En realidad, a lo que Alito se opone es a la consideración del ciberespacio como un espacio público esencial para el ejercicio de los derechos de la primera enmienda. Predice que tal declaración pone una carga extrema en los estados, quienes quedarán imposibilitados de restringir aun a los depredadores sexuales más peligrosos de usar sitios de medios sociales.

Conclusiones

El estudio de un caso sobre conflictos de derechos fundamentales requiere que se analicen con cuidado los elementos de cada uno de los derechos en conflicto. Es innegable que el fin legítimo que persiguió la legislatura de Carolina del Norte es adecuado y relevante, incluso podría ser necesario, pero la gran amplitud con que la Ley 202.5 fue redactada la condenó a la inconstitucionalidad. La misma Corte Suprema dijo que su decisión no impedía al estado intentar de nuevo redactando una ley que fuera menos restrictiva. Pero en la práctica es muy difícil encontrar el punto de redacción apropiado para limitar un derecho tan relevante sin caer en excesos.

En la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos, la libertad de expresión, como parte de los beneficios de la primera enmienda, goza de una gran estima y protección. Esto es probablemente resultado del proceso histórico de independencia de esa nación, para la cual la expresión individual y sobre todo la expresión crítica fue va-

17. Sentencia de *Packingham con Carolina del Norte*, folio 9.

lorada como uno de los más importantes derechos e incluso como un baluarte ante la actividad autoritaria del Estado. Esta larga tradición de protección de la libertad de expresión ayuda a explicar la reticencia de la Corte Suprema en autorizar una restricción a la expresión tan amplia como la que se establecía en la Ley 202.5. Aun así, la Corte Suprema ha encontrado, en otras ocasiones, restricciones a la expresión basadas en su contenido como constitucionales. Estas restricciones incluyen las palabras que incitan a la violencia (*fighting words*)¹⁸ y las verdaderas amenazas (*true threats*);¹⁹ con más dificultad, en países como México el discurso de odio (*hate speech*) ha sido determinado como un exceso en la libertad de expresión.²⁰ Por su parte, los Estados Unidos, en general, han evitado establecer al discurso de odio como excepción a la libertad de expresión, como se puede ver en la reciente sentencia del caso *Matal con Tam* de 2017.

Estos antecedentes muestran que sí es posible que restricciones a la expresión basadas en el contenido sean declaradas constitucionales. Cada uno de los ejemplos anteriores implica por sí mismo un estudio de constitucionalidad que requiere un análisis de ponderación de derechos. Para cada uno de los escenarios planteados el resultado de la ponderación, aplicada en los casos específicos en estudio, determinó que la restricción de la expresión era justificada constitucionalmente, especialmente porque su ejercicio violaba o dañaba otros importantes derechos fundamentales.

Sobre las redes sociales como foro público

El caso *Packingham* presenta una perspectiva novedosa en el análisis de la restricción de la libertad de expresión y su control constitucional, su relación con una nueva tecnología que potencia la comunicación y el alcance de cada uno de los ciudadanos. El internet en general y las redes sociales en particular representan un importante cambio en la forma en que las personas se comunican. Las interacciones que hoy parecen normales a través de las redes sociales presentan importantes retos que hasta hace unas décadas no eran concebidos.

18. *Fighting words* suelen ser consideradas las expresiones que incitan a la respuesta violenta. Para conocer más sobre esta doctrina, véase Mannheim (1993) y Friedlib (2005).

19. La doctrina sobre las amenazas es muy interesante y compleja, aún en decisiones recientes no hay un criterio claro de la Corte para establecer la diferencia entre una expresión que parece amenaza (que estaría protegida) y una amenaza verdadera (Crane, 2006).

20. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la diferencia entre expresiones en las que se manifieste un rechazo hacia ciertas personas o grupos (opiniones impopulares) y los discursos de odio se encuentra en que «mientras las primeras pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando [...] molestia o inconformidad [...] su finalidad se agota en la simple fijación de una postura, mientras que los segundos se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia» (Tesis 1a. 150/2013, 10a., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro 20, tomo 1, mayo de 2013, p. 545).

El primer caso que estudió la importancia del internet como medio a través del cual se ejerce la libertad de expresión fue *Reno con ACLU* de 1997,²¹ en el cual la Corte Suprema determinó como inconstitucional la Ley para la Decencia en las Comunicaciones, que buscaba proteger a los menores de edad de ser expuestos a materiales indecentes a través del internet. Para lograr ese objetivo, estableció diferentes obligaciones para los productores de pornografía, así como para los sitios que la manejaban, con el fin de asegurarse de que los menores de edad no pudieran tener acceso a este contenido indecente. Uno de los puntos similares de este caso con *Packingham* es que ambas restricciones fueron consideradas inconstitucionales por poner dificultades excesivas o gravar excesivamente la libertad de expresión. Esto se expresa perfectamente en la siguiente cita:

Estamos persuadidos de que la Ley para la Decencia en las Comunicaciones carece de la precisión que requiere la primera enmienda cuando una ley regula el contenido del discurso. Con el fin de negar el acceso de los menores a un discurso potencialmente perjudicial, la ley suprime efectivamente una gran cantidad de expresión que los adultos tienen el derecho constitucional de recibir y de dirigirse entre sí. Esa carga para el discurso de los adultos es inaceptable si algunas alternativas menos restrictivas serían al menos igual de efectivas en el logro del propósito legítimo para el cual el estatuto fue promulgado.²²

Tras la declaratoria de inconstitucionalidad de *Reno*, el Congreso de los Estados Unidos se dio a la tarea de reestructurar la restricción para el manejo de la pornografía a través del internet, mediante la Ley Protectora de Menores en Línea, la cual también fue declarada inconstitucional.²³ Cuando Kennedy dijo en la decisión de *Packingham* que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 202.5 no implicaba que la Legislatura de Carolina del Norte no pudiera intentar una nueva formulación de la restricción, parecía hacer eco de las luchas por la regulación de la pornografía en internet.

El ejercicio de la libertad de expresión siempre ha encontrado interesantes retos cuando la tecnología ha producido nuevas formas de comunicarse. Los criterios para decidir respecto de la restricción de la expresión han variado dependiendo de los medios en que se dan. En el caso *Red Lion Broadcasting Co. con FCC* de 1969,²⁴ la Corte Suprema decidió que la doctrina de justicia (*fairness doctrine*), la cual requiere una transmisión balanceada y justa de los concesionarios de televisión, no es anticonsti-

21. «*Reno v ACLU*», Oyez, disponible en <http://bit.ly/2PfUtUH>.

22. Sentencia de *Reno, Attorney General of the United States y otros con American Civil Liberties Union y otros*, 1997, folio 874.

23. «*Ashcroft v American Civil Liberties Union*», Oyez, disponible en <http://bit.ly/2PfhSE>.

24. «*Red Lion Broadcasting Co. v FCC*», Oyez, disponible en <http://bit.ly/2PgftV>.

tucional. Así también, en la controversial decisión en *Federal Communications Commission con Pacifica Foundation* de 1978,²⁵ la Corte determinó que una sanción a una estación de radio que transmitió el famoso monólogo del comediante George Carlin sobre las palabras «sucias» no era inconstitucional, inclusive si las palabras no eran obscenas y las mismas no hubieran llevado sanciones en caso de haber sido publicadas de forma impresa. Este último caso es en particular interesante, porque la Corte justificó su decisión a través de la característica misma del medio de comunicación. Miller cita a la Corte y lo comenta de la siguiente forma: «La Corte explicó que había “reconocido desde hace tiempo que cada medio de expresión presenta problemas especiales de la primera enmienda”» (Miller, 1992).

La consideración de Kennedy y la mayoría del ciberespacio como un foro público puede tener importantes consecuencias para todos los actores jurídicos. A éstas fue a las que se refirió el ministro Alito en su voto concurrente cuando criticó «la retórica» de la mayoría. Las preocupaciones de Alito fueron adecuadamente expresadas en el seguimiento de caso del *Harvard Law Review* sobre *Packingham*, que incluye este pasaje:

Aunque constituye alta prosa, el lenguaje expansivo de *Packingham* abrió una caja de Pandora, que liberó complicaciones relacionadas con la digitalización de preceptos de la primera enmienda. Más notablemente, la analogía de la Corte a los espacios públicos sugiere que la doctrina del foro público —mediante la cual el Gobierno protege actividades de expresión en propiedad bajo su dominio o control— pudiera extenderse a todas las partes del internet y de las redes sociales.²⁶

Es muy difícil anticipar cuáles serán las consecuencias de la liberación del contenido de la caja de Pandora digital. El *Harvard Law Review* menciona los problemas ocasionados cuando un ente de Gobierno utiliza una página de Facebook o una cuenta en Twitter. ¿Son estos medios considerados parte de la doctrina del foro público? En caso de que la respuesta sea sí, como Kennedy parece sugerir y Alito prevenir, serios problemas pueden ocurrir. Estos medios no son públicos por naturaleza, y para complicar el asunto, la infraestructura del internet es propiedad de una compleja mezcla de particulares, entidades no gubernamentales y gobiernos. La misma *Harvard Law Review* menciona las demandas presentadas por siete usuarios de Twitter que fueron bloqueados por la cuenta del presidente Trump. La demanda argumentó que la cuenta de Twitter del presidente constituye un canal de información oficial del Gobierno, por lo que al bloquear a los usuarios se lesionó su derecho al acceso a la información. La decisión del caso *Knight First Amendment Institute y otros con*

25. «Federal Communications Commission v Pacifica Foundation», *Oyez*, 5 de agosto de 2018, disponible en <http://bit.ly/2nMYRyk>.

26. «Packingham v. North Carolina», *Harvard Law Review*, 10 de noviembre de 2017, disponible en <http://bit.ly/2vTHy2K>.

*Donald J. Trump y otros*²⁷ fue favorable a los demandantes: para el 5 de junio de 2018, las cuentas de los demandantes habían sido desbloqueadas, pero la Casa Blanca planeaba apelar la decisión.²⁸

En México ya se había dado este mismo escenario. En septiembre del 2017, un juez de distrito del estado de Sonora concedió el amparo y protección de la justicia federal a un ciudadano que fue bloqueado en Twitter por el presidente municipal de Nogales. La sentencia consideró que la cuenta del funcionario era equiparable a una fuente de información oficial, por lo que al bloquear al ciudadano infringió su derecho a ser informado, sentencia que posteriormente fue confirmada por el Tribunal Colegiado.²⁹

La confluencia de lo particular y lo oficial, lo público y lo privado a través del internet y el ciberespacio crea, necesariamente, muchos posibles conflictos de derechos. Para el ministro Alito, la mayoría de la Corte Suprema de Estados Unidos fue exagerada —por no decir irresponsable— al equiparar sin un estudio detenido a las redes sociales con un foro público. Sin embargo, las consideraciones del ministro Alito pueden también verse como la ansiedad natural ante las dificultades que las nuevas formas de comunicación e interacción presentan. Sin duda son consideraciones importantes, sobre todo cuando se toma en cuenta el muy largo camino jurisprudencial y doctrinario que se ha recorrido en materia de libertad de expresión, pero tampoco es dable negar las realidades de la interacción social. Las redes sociales presentan escenarios auténticamente nuevos, sus desafíos no pueden ser menospreciados, pero es muy probable que los cambios que la sociedad encuentra hoy son solo el comienzo de una nueva forma de entender conceptos como comunicación, privacidad e inclusive libertad de expresión. Un verdadero y profundo estudio de las redes sociales o del ciberespacio como un espacio público de libertad de expresión excede por mucho el alcance de este comentario, pero su exploración tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es una necesidad imperiosa.

Sobre la limitación de la expresión en el caso *Packingham*

En *Packingham* es imposible evitar preguntarse cómo pudiera redactarse la Ley 202.5 de forma que superara una prueba de escrutinio estricto. Hacerlo parece una tarea muy difícil, pero tampoco puede considerarse imposible, sobre todo porque el interés legítimo que busca el estado, la protección de menores de edad, está tan claramente justificado.

27. Sentencia de *Knight First Amendment Institute y otros con Donald J. Trump y otros*, Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York, 23 de mayo de 2018, disponible en <http://bit.ly/2MsB5Wc>.

28. Charlie Savage, «White House unblocks Twitter users who sued Trump, but appeals ruling», *The New York Times*, 5 de junio de 2018, disponible en <https://nyti.ms/2PfDEcA>.

29. Carlos Alfredo Soto Morales, «Amparo contra bloqueo en redes sociales», *Reflexiones Jurídicas*, 30 de septiembre de 2017, disponible en <http://bit.ly/2vRDosa>.

En el estudio de la definición de sitios web que la Ley 202.5 consideró redes sociales, la Corte Suprema encontró que la definición de la ley incluía muchos sitios que no tenían relación alguna con el fin perseguido. Los ejemplos más extremos son el sitio web de *The New York Times* y WebMD. El primero, como es de amplio conocimiento, es el sitio web de un importante periódico de gran circulación con una buena reputación internacional, mientras que el segundo es un sitio que ofrece información y ayuda médicas de forma gratuita.

Tanto *The New York Times* como WebMD tienen sitios web que permiten a los usuarios crear perfiles. Ambos sitios operan bajo una cuota económica, aunque tienen también una versión gratuita. A través de sus perfiles, los usuarios pueden cargar al sitio fotografías personales y subir información personal (dirección, teléfono, edad, correo electrónico, entre otros). Además, pueden vincularse directamente con otros usuarios a través de sus perfiles, comentar en sus publicaciones, enviar y recibir información e incluso encontrar vínculos a otros sitios externos. De acuerdo con la redacción de la Ley 202.5, ambos sitios web cumplen con los requisitos necesarios para quedar comprendidos en la prohibición; sin embargo, ninguna persona desinteresada en el caso los consideraría como redes sociales. Cuando se confrontó este punto con los representantes del estado de Carolina del Norte, ellos dijeron a la Corte Suprema que, aunque era desafortunado que la definición de la ley incluyera a sitios como *The New York Times*, aún permanecían a los usuarios otras alternativas para recibir información y noticias.

Por otro lado, la ley hace una importante excepción que llama mucho la atención. Consideraba que no debía formar parte de su lista de sitios web aquéllos que se dedican exclusivamente a la publicación de comentarios personales, es decir, los cuartos de chat o los foros de boletines. Llama la atención de quienes están familiarizados con los crímenes sexuales relacionados con el internet, porque los sitios de chat privados son algunos de los lugares principales donde se realizan actividades de depredación sexual (Wolak y otros, 2013). Esto significa que uno de los lugares en los que la ley debería poner su atención, porque su relación con el interés legítimo que se busca está fácticamente documentada, queda excluida. ¿Cómo se puede explicar esta situación? No queda otra conclusión que concordar con la Suprema Corte en que la definición de sitio web de la ley es demasiado amplia, no cumple necesariamente su objetivo y reduce las alternativas para los afectados. Su inconstitucionalidad es incontrovertible.

Si bien es imposible determinar con claridad las intenciones y los mecanismos por los que actuó la legislatura en el diseño de la Ley 202.5, es necesario reconocer que la forma en que la ley determinó los sitios a los que se debía negar el acceso a los criminales sexuales muestra ignorancia sobre el funcionamiento del internet y las realidades del ciberespacio. No es para menos: las nuevas tecnologías cambian con frecuencia, sus consideraciones técnicas son muy profundas y pueden ser muy complicadas, el legislador está en verdadera desventaja al tratar de comprender y legislar

al respecto del fenómeno del internet. Puede ser que sea preferible que la legislatura falle en la construcción de sus restricciones a que simplemente no se haga el esfuerzo. En el primer caso, al menos, quedará como resultado algún criterio respecto de cómo puede abordarse un tema de prevención del delito en el ciberespacio.

El caso *Packingham* es un excelente ejemplo de las dificultades de la legislación del ciberespacio, de la solución de conflictos de derechos fundamentales y también de los criterios de ejercicio de la libertad de expresión a través del internet. Su resultado más importante es, sin lugar a dudas, la equivalencia que la Corte Suprema ha hecho entre el ciberespacio y los parques públicos. En efecto, la decisión de la Corte Suprema indica que, por precaución, debe tratarse al ciberespacio de la misma forma que un foro público. Esta declaración, como ya se dijo, tiene muy importantes consecuencias, muchas de las cuales no podemos anticipar, pero que debemos enfrentar con claridad, calma y bajo el dominio de la razón.

El ciberespacio, como una extensión de la actividad humana, seguirá presentando importantes desafíos para la ciencia jurídica. Para las personas continuará siendo una poderosa herramienta y a la vez un potenciador de derechos. Los desafíos de su regulación y de la solución de conflictos, tanto públicos como privados, será tan complicada y controvertida como la de cualquier otra revolución tecnológica. El caso de *Lester Packingham* es solo un ejemplo de los complicados resultados del ejercicio de la libertad de expresión a través de las redes sociales, aunque sea solo para agradecer a Dios.

Referencias

- BALKIN, Jack (2004). «Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society». *New York University Law Review*, 79 (1): 1-58. Disponible en <http://bit.ly/2PcEoAK>.
- BERNAL-PULIDO, Carlos (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOTERO MARINO, Catalina (2013). «Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información». Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos.
- BRENNAN JR., William (1965). «The Supreme Court and the Meiklejohn interpretation of the first amendment». *Harvard Law Review*, 79 (1): 1-20. DOI: 10.2307/1338856.
- CRANE, Paul (2006). «True threats and the issue of intent». *Virginia Law Review*, 92 (6): 1.225-1.277. Disponible en <http://bit.ly/2vTwumg>.
- FLAGG, Barbara (1993). «“Was blind, but now I see”: White race consciousness and the requirement of discriminatory intent». *Michigan Law Review*, 91 (5): 953-1.017. DOI: 10.2307/1289678.
- FRIEDLIB, Linda (2005). «The epitome of an insult: A constitutional approach to de-

- signed fighting words». *The University of Chicago Law Review*, 71 (1): 385-415. Disponible en <http://bit.ly/2vPupIc>.
- KAGAN, Elena (1996). «Private speech, public purpose: The role of Governmental motive in first amendment doctrine». *University of Chicago Law Review*, 63 (2): 413-517. DOI: 10.2307/1600235.
- MANNHEIMER, Michael (1993). «The fighting words doctrine». *Columbia Law Review*, 93 (6): 1.527-1.571. DOI: 10.2307/1123082.
- MEIKLEJOHN, Alexander (1948). *Free speech and its relation to self-government*. Clark: The Lawbook Exchange.
- MILLER, Philip (1992). «New technology, old problem: Determining the first amendment status of electronic information services». *Fordham Law Review*, 61 (5): 1.147-1.201. Disponible en <http://bit.ly/2OIucgN>.
- SIEGEL, Reva (1997). «Why equal protection no longer protects: The evolving forms of status-enforcing State action». *Stanford Law Review*, 49 (5): 1.111-1.148. Disponible en <http://bit.ly/2OI85Hc>.
- STONE, Geoffrey (1987). «Content-neutral restrictions». *The University of Chicago Law Review*, 54 (1): 46-118. DOI: 10.2307/1599715.
- WOLAK, Janis, Lindsey EVANS, Stephanie NGUYEN y Denise HINES (2013). «Online predators: Myth versus reality». *New England Journal of Public Policy*, 25 (1): 1-11. Disponible en <http://bit.ly/2OFZ1D2>.

Sobre el autor

ALEJANDRO HERRÁN AGUIRRE es abogado. Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Maestro en Administración por la Universidad del Valle de México. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Chiapas, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas. Su correo electrónico es alejandro.herran@ijj-unach.mx.

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

EDITOR GENERAL

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

SITIO WEB

rchdt.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rchdt@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



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