
ACOSO Y AMENAZA EN REDES SOCIALES. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES.

Alejandro Francisco Herrán Aguirre



La presente obra estudia cuatro casos relevantes ocurridos tanto en los Estados Unidos como en Canadá, donde la libertad de expresión, ejercida a través del internet resultó en un conflicto. Los casos provienen de diferentes jurisdicciones e instancias, fueron seleccionados por su relevancia y en todos los casos la expresión causa del conflicto se realizó a través de una aplicación de redes sociales, específicamente Facebook y Twitter. Tres provienen de cortes de los Estados Unidos: uno fue resuelto por la Corte Suprema de Carolina del Norte, otro más por la Corte de Apelación del 5to Circuito, y, el último fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. El cuarto caso fue resuelto por la Corte de justicia de Ontario, Canadá.



UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ISBN: 978-0-9862237-7-8

ACOSO Y AMENAZA
EN REDES SOCIALES.
COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES.

Alejandro Francisco Herrán Aguirre



UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



ACOSO Y AMENAZA EN REDES SOCIALES.
COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
CARLOS EUGENIO RUIZ HERNÁNDEZ, RECTOR

ISBN: 978-0-9862237-7-8
Editado en Austin, Texas; 2016

D.R © Imagen de cubierta, 2007
Akio Hanafuji

D.R © Diseño editorial, 2016
Edgar Lara Morales

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuera el medio, sin el consentimiento por escrito del editor.



Universidad Autónoma de Chiapas

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ocozocoautla, Chiapas
8 de noviembre de 2016
Memorándum No. CE/IJ/02/16

Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa
Director General
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Presente

Por este medio comunicamos a usted que con fecha 7 de noviembre del presente año, el Consejo Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas en su 2ª sesión ordinaria acordó autorizar la publicación de la obra:

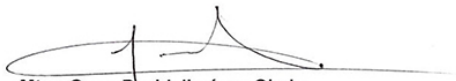
No.	AUTOR	TÍTULO
1	Alejandro Francisco Herrán Aguirre	Acoso y amenaza en redes sociales. Comentarios jurisprudenciales

Cabe mencionar que se ha constatado que dicha obra es fiel testimonio de los trabajos académicos desarrollados y se verificó que dicho texto cumple con el rigor metodológico y es conforme a las líneas editoriales del Instituto.

Atentamente
"Por la conciencia de la necesidad de servir"


Dr. Oswaldo Chacón Rojas
Presidente del Consejo Editorial


Mtra. Adriana Yolanda Flores
Castillo
Secretaria del Consejo Editorial


Mtro. Omar David Jiménez Ojeda
Vocal

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	<i>IX</i>
ELONIS V. LOS ESTADOS UNIDOS	<i>1</i>
TAYLOR BELL V ITAWAMBA COUNTY SCHOOL BOARD	<i>9</i>
SU MAJESTAD LA REINA Y GREGORY ALLAN ELLIOT	<i>33</i>
STATE OF NORTH CAROLINA V ROBERT BISHOP	<i>49</i>
CODA	<i>i</i>
REFERENCIAS	<i>iii</i>

PRESENTACIÓN

La libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales más importantes, tanto para las personas en lo individual, como para la sociedad. Su libre ejercicio es requisito esencial para la autodeterminación, uno de los principales postulados de la libertad humana y de los derechos humanos¹. La libertad individual de pensamiento, de conciencia, religión, de expresar opiniones libres de censuras, y otras formas de expresión son necesarias para el desarrollo personal de un proyecto de vida.

Desde la perspectiva democrática, la libertad de expresión es un elemento fundamental en la creación y mantenimiento de una sociedad verdaderamente democrática². La participación activa de las personas en el discurso y análisis de asuntos públicos forma la base de la construcción del debate público y de la opinión pública, ambos elementos claves en la formación de una democracia informada y activa³.

¹(Peces-Barba Martínez, 1987)

²(Balkin, 2004)

³(Carbonell Sánchez, 2004)

El efecto de la libertad de expresión en la sociedad excede aún la gran importancia en la construcción del debate público, la cultura, a través de la creación, apropiación y mezcla de expresiones tiene la capacidad de moldear la estructura misma de la sociedad creando una verdadera cultura democrática. Esta complicada relación entre expresión, cultura, sociedad e individuo se encuentra en un momento de gran fluctuación por los enormes cambios en la tecnología de comunicaciones.

El internet, con su impresionante capacidad de comunicación y flexibilidad ha transformado el panorama de la expresión, tanto personal como pública. A través de sus aplicaciones, el internet permite nuevas formas de enviar y recibir mensajes, imágenes, videos, documentos, de interactuar personalmente, en tiempo real y asincrónico. Las aplicaciones de interacción social, como las redes sociales, tienen números crecientes de usuarios que publican todo tipo de contenidos en una impresionante avalancha digital de información. La oferta de servicios es amplia, cada aplicación ofrece una forma particular de comunicación que presenta características tanto únicas como compartidas. Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat, son algunas de las aplicaciones sociales más usadas, sus usuarios alcanzan grandes porcentajes de la población, sus contenidos han superado la barrera de lo privado y trascienden en lo público, a través de su relación cercana con la política y sus actores, así como también la prensa y las instituciones gubernamentales.

Desde la perspectiva de la ciencia jurídica el internet presenta muy importantes e interesantes problemas que requieren estudio. La

problemática jurídica del internet es muy amplia, describirla en detalle requeriría mucho más espacio y documentación que el que esta breve obra permite, podemos mencionar que, de forma muy simplista, esta problemática abarca los siguientes temas:

1) El gobierno y la regulación del internet, esto abarca desde el reconocimiento del acceso a internet como un derecho fundamental, hasta las regulaciones de las relaciones jurídicas a través del internet, implica el estudio desde múltiples disciplinas, como derecho mercantil (propiedad intelectual, bienes digitales, etc.), derecho internacional público y privado, regulación en materia aduanera, regulación de la libertad de expresión y muchas más.

2) La brecha digital y sus implicaciones para el internet como derecho fundamental, esta problemática presenta muy importantes retos de análisis y construcción a los gobiernos democráticos, ya que al considerar al internet como una herramienta potenciadora de recursos y hasta de derechos humanos, se le imponen a los Estados, requisitos que deben garantizar o promover en la búsqueda de un acceso libre y general al internet; demanda el desarrollo de políticas públicas apropiadas que incidan positivamente en la promoción del acceso, así como la posible regulación y control de quienes proveen el servicio de internet (Internet Service Providers, ISPs).

3) La ausencia de fronteras geográficas en la red, la extraterritorialidad de la red presenta una serie única de desafíos a los actores jurídicos y políticos como nunca antes se había visto, los problemas o

conflictos por jurisdicción y competencia pueden ser muy complicados por la diversidad de actores y elementos técnicos que están diseminados por todo el mundo.

4) La complicada relación entre los múltiples actores interesados en el contenido y regulación de la red, la naturaleza doble de la red, como una herramienta abierta y libre pero que también puede encontrarse que parte de su estructura se encuentra bajo el control de entidades privadas, provoca una complicada relación entre quienes tienen intereses o inversiones en el desarrollo del internet, sin dejar de lado, por supuesto a gobiernos y organizaciones internacionales, tanto públicas como privadas, quienes también buscan influir en la forma y delimitación de las políticas que gobiernan la red.

La libertad de expresión puede ser ubicada dentro de todos los anteriores campos posibles de estudio como soporte en todas las interacciones y comunicaciones que se realizan a través de la red. Esto por supuesto no significa que la expresión a través del internet no conozca límites, como es razonable, la expresión personal, ejercida a través del internet está limitada de la misma forma que lo está la expresión a través de los demás medios de comunicación. Las limitantes de la libertad de expresión y sus fundamentos han sido formuladas desde hace muchos años. El sistema internacional de los derechos humanos tiene importantes principios que protegen la libertad de expresión y establecen los requisitos que las limitaciones de la misma requieren para ser considerados legales. En la Convención Americana de Derechos

Humanos, el artículo 13 párrafo 2, establece que el ejercicio la libertad de pensamiento y expresión “no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”⁴.

En este sentido, los conflictos de la libertad de expresión con sus límites son un campo fértil de estudio. El ejercicio personal de la expresión, aunque no esté restringido por cesura previa, sí está limitado por un régimen de responsabilidad, que puede ser tanto civil como penal. La expresión por internet, así como la de cualquier otro medio, puede lesionar derechos fundamentales, como en la violación al derecho al honor, o a la intimidad, o la privacidad de las conversaciones. Así también, el ejercicio de la expresión por internet puede implicar responsabilidades penales si se determina que configura alguno de los casos previstos para ello.

A la vista de estos importantes retos el estudio de la problemática que rodea al internet y la libertad de expresión requiere dimensionar su alcance si es que desea ser útil y comprensible. La presente obra estudia cuatro casos relevantes ocurridos tanto en los Estados Unidos como en Canadá, donde la libertad de expresión, ejercida a través del internet resultó en un conflicto. Los casos provienen de diferentes jurisdicciones e instancias, fueron seleccionados por su relevancia y en todos los casos la

⁴(Organización de los Estados Americanos, 1969)

expresión causa del conflicto se realizó a través de una aplicación de redes sociales, específicamente Facebook y Twitter. Tres provienen de cortes de los Estados Unidos: uno fue resuelto por la Corte Suprema de Carolina del Norte, otro más por la Corte de Apelación del 5to Circuito, y, el último fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. El cuarto caso fue resuelto por la Corte de justicia de Ontario, Canadá.

Los casos tienen toda relevancia para estudio de la solución de los conflictos derivados por el ejercicio de la libertad de expresión a través del internet, incluyendo responsabilidades penales y conflictos de derechos fundamentales. Tratan sobre temas diversos como la expresión dentro de las escuelas, las amenazas proferidas por Facebook, la intimidación escolar a través del internet, etc. Así también las resoluciones son variadas, no podemos concordar con todas ellas y en un caso, aunque concordamos con la resolución y sus fundamentos, nos parece que las implicaciones de la misma son lamentables para el caso específico de estudio.

Las resoluciones son expuestas en orden cronológico a partir de la fecha de su publicación, sin distinguir sus jurisdicciones o instancias. Los casos son citados usando las normas aplicables en cada uno de sus países, las citas se han simplificado y en las citas textuales de cada resolución se han omitido las referencias internas y las citas internas de las mismas para facilitar su lectura.

A pesar de tratar de temas diversos, todos los casos tienen dos cosas en común, primero, que en su núcleo se trata de un conflicto de

derechos fundamentales entre los que uno de ellos es la libertad de expresión; y, segundo, en todos los casos, la conducta o acción de estudio se desarrolló a través del internet, específicamente a través de las redes sociales Facebook y Twitter. De esta manera podemos ofrecer un breve pero interesante panorama de la actividad jurisdiccional en relación con la libertad de expresión y los conflictos que surgen por su ejercicio a través del internet.

ELONIS V. LOS ESTADOS UNIDOS¹

El caso Elonis tiene gran importancia por varias razones, en primer lugar, Elonis fue la primera ocasión en mucho tiempo que la Corte tuvo para determinar respecto del contenido de una amenaza, un delito que causa muchos problemas en su definición porque es muy difícil establecer el estado mental que el actor debe tener para cometer el delito. El estándar para determinar el componente mental de la amenaza en Estados Unidos al momento de Elonis era la llamada “amenaza verdadera” (true threat), que se estableció en la solución de Watts. En Watts la Corte determinó que las amenazas, para configurarse como una verdadera limitante a la libertad de expresión tenían que ser consideradas como verdaderas, distinguiendo de las amenazas irónicas o sardónicas². La dificultad, por supuesto, se encuentra en distinguir las amenazas verdaderas de las que no lo son. El caso Elonis presentó una oportunidad para aclarar esta importante imprecisión.

Anthony Douglas Elonis era un usuario común de la aplicación social Facebook, la esposa de Elonis, después de casi siete años de matri-

¹(Chief Justice Roberts, 2015)

²(“Watts v. United States,” 1969)

monio lo dejó llevándose con ella a sus dos hijos. Los conocidos de Elonis reportaron en el juicio que comenzó a escuchar música violenta y comenzó también a publicar letras de canciones de rap en su muro de Facebook. Elonis cambió el nombre de su perfil por el de “Tone Dougie”, un alter-ego virtual. El contenido de las canciones publicadas por Elonis contenía lenguaje violento, pero entre estas publicaciones Elonis publicaba también aclaraciones donde decía que el contenido que publicaba en su muro era satírico, ficticio, y que no se relacionaba con personas reales.

Después de comentar una foto de Facebook en la que parecía que amenazaba a un compañero de trabajo, Elonis fue despedido de su empleo en un parque de diversiones. En respuesta, Elonis publicó un mensaje breve en su perfil en el que amenazaba de forma general al parque de diversiones, su personal y visitantes.

Elonis también publicó una copia de un *sketch* satírico en el que un comediante se burlaba de la prohibición de amenazar de muerte al presidente de los Estados Unidos. Elonis cambió el contenido del *sketch* para que las amenazas estuvieran dirigidas a su esposa en lugar del presidente. Elonis acompañó la publicación con una liga al video original y manifestó expresamente que su publicación era artística. La esposa de Elonis, después de ver los contenidos de amenazas obtuvo una orden de restricción de una corte, ante este hecho, Elonis publicó una nueva amenaza en la que preguntaba a su esposa si la orden de protección era suficientemente gruesa para detener una bala. Esta publicación contenía una liga a la página de la Wikipedia sobre la libertad de expresión.

La conducta de Elonis resultó de suficiente importancia para los administradores del parque donde trabajaba que hicieron un reporte a la policía local y al FBI. Elonis recibió una visita de dos agentes del FBI en su domicilio. Después de la visita, en la que los agentes lo caracterizaron como “amable pero no-cooperativo”, Elonis publicó una nueva canción con letras que amenazaban directamente a uno de los agentes que estuvo en su domicilio.

Estos hechos resultaron en que Elonis fuera acusado de profetizar amenazas para lastimar a las víctimas de sus publicaciones. Elonis argumentó que no se le podía encontrar culpable del delito de amenazas toda vez que él nunca tuvo la intención de comunicar una verdadera amenaza. El jurado del caso Elonis recibió instrucciones de encontrar al inculcado culpable si podía determinarse que una persona razonable sentiría miedo tras conocer las publicaciones de Elonis. El núcleo del caso Elonis está en estas instrucciones y en su impacto en la decisión de la corte. Todo depende, casi exclusivamente, del estado mental que el actor debe tener para que su conducta sea considerada como un delito en el derecho americano.

En el derecho penal americano, un delito tiene dos componentes, el físico, una conducta, y el mental, el estado mental del actor al momento de realizar la conducta (*mens rea*). En la doctrina y jurisprudencia americana se reconocen cuatro estados mentales principales:

1) Intencional (*intent, purpose*), el actor conoce el resultado de su conducta y obra con el expreso propósito de que suceda ese resultado;

2) Conocimiento (*knowledge*), el actor conoce el resultado de su conducta, no tiene deseo que se materialice, pero aun así obra para que suceda, por ejemplo, cuando una persona pone una bomba en un avión buscando la muerte de un pasajero específico, sabe que otras personas morirán también, pero aun así continúa, su estado mental con relación a la víctima principal es intencional y en relación con los otros desafortunados pasajeros es consciente.

3) Imprudencia (*reckless*), el actor conoce y está consciente del resultado de su conducta, así como de la probabilidad de que este suceda, aun así, continúa su conducta esperando que el resultado no ocurra.

4) Negligencia (*negligence*), el actor no está consciente del riesgo que la conducta presenta cuando tenía la posibilidad o la obligación de estarlo, en este caso, a través de una omisión no reconoció el posible impacto negativo de su conducta y continuó con ella.

El jurado de Elonis fue instruido para determinar culpabilidad basándose en el estándar de la negligencia:

Una declaración es una verdadera amenaza cuando un acusado intencionalmente hace una declaración en un contexto o bajo tales circunstancias en donde una persona razonable preveía que la declaración sería interpretada por aquellos a quienes el hablante comunica la declaración como una expresión seria de intención para infligir lesiones corporales o tomar la vida de un individuo³.

El argumento del gobierno tenía como punto central que era irrelevante la intención que Elonis tenía al momento de hacer sus ame-

³(Chief Justice Roberts, 2015)

nazas, “no importa lo que piense” lo importante era qué sentían los blancos de sus amenazas.

En el estudio del caso, la Corte determinó que en el caso de derecho penal (*criminal law*), el componente mental ha sido ya consistentemente establecido por la misma corte: “*Wrongdoing must be conscious to be criminal*”.

El “pensamiento central” es que un acusado debe ser “culpable en mente” antes de que pueda ser declarado culpable, un concepto que los tribunales han expresado en el tiempo a través de varios términos como *mens rea*, *scienter*, *malice*. Aunque hay excepciones, la “regla general” es que una mente culpable es “un elemento necesario en la acusación y prueba de todo crimen”⁴.

Este es uno de los elementos básicos del derecho penal americano y requiere que el estado mental del inculpado sea lo suficientemente consciente como para determinar que su propósito era producir el resultado de su conducta. Es irrelevante si el actor sabía o no que la conducta o su resultado eran ilegales, ya que el no conocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, basta con determinar que el imputado podía, conscientemente, determinar la consecuencia de sus acciones y actuar con la intención de producir dicho resultado.

El núcleo del caso *Elonis* es acerca de la definición expresa del estado mental de un imputado al momento de proferir sus amenazas. ¿Sabía el acusado que sus expresiones causarían miedo y angustia a las personas a las que la dirigió?, ¿tenía la intención expresa de causar miedo y angus-

⁴(Chief Justice Roberts, 2015, p. pag. 10.)

tía?, ¿o sabía que podía causar estos sentimientos a pesar de que no era su intención hacerlo?, y, si sabía que podía causar miedo y angustia, aunque ese no era su propósito ¿qué responsabilidad tiene por haber continuado con su conducta? El caso *Elonis* se resolvió atendiendo exclusivamente a consideraciones de técnica penal y estudio del delito.

Desde este punto de vista la Corte confirmó que el componente mental que se contenía en la instrucción que había recibido el jurado de *Elonis* era demasiado bajo y que por lo tanto su condena debía ser revocada.

A la luz de lo anterior, la convicción de *Elonis* no puede persistir. El jurado fue instruido de que el Gobierno sólo tenía que demostrar que una persona razonable consideraría las comunicaciones de *Elonis* como amenazas, y eso fue un error. La responsabilidad penal federal generalmente no se centra únicamente en los resultados de un acto sin considerar el estado mental del acusado. Ese entendimiento “tomó raíces profundas y tempranas en el suelo americano” y el Congreso lo dejó intacto aquí: Bajo la Sección 875 (c), “el mal debe ser consciente de ser criminal”⁵.

Cuando la SCOTUS anunció que había decidido revisar la decisión del caso de *Elonis* se generó mucha expectativa. El caso es muy interesante, incluye un conflicto de derechos fundamentales, la libertad de expresión y la seguridad, expresado a través de Facebook, una aplicación del internet, y también ofrecía la oportunidad de aclarar el estándar de las amenazas verdaderas. Lamentablemente, al decidir la Corte el fondo del asunto *Elonis* exclusivamente en base al componente penal no estudió lo relacionado con la libertad de expresión. Así como tampoco se aclaró el contenido mental necesario para criminalizar la amenaza.

⁵(Chief Justice Roberts, 2015)

No se discute que el requisito de estado mental en la Sección 875 (c) se cumple si el acusado transmite una comunicación con el propósito de emitir una amenaza, o con el conocimiento de que la comunicación será vista como una amenaza. En respuesta a una pregunta oral, Elonis afirmó que una constatación de imprudencia no sería suficiente. Ni Elonis ni el Gobierno han informado o discutido ese punto, y en consecuencia rechazamos abordarlo. (esta Corte está “mal situada” para abordar un argumento que la Corte de Apelaciones no consideró, las partes no informaron y el abogado mencionó “Sólo de la forma más superficial en la argumentación oral”). Dada nuestra disposición, no es necesario considerar ninguna cuestión de la Primera Enmienda⁶.

Y es así, a través de un párrafo en la decisión, que la Corte Suprema de los Estados Unidos dejó de analizar el contenido de derechos fundamentales en conflicto gracias al internet más importante que ha revisado. La falta de la precisión del estándar mental requerido para la verdadera amenaza también es una decepción, las redes sociales siguen siendo una herramienta muy socorrida por quienes buscan amedrentar a otros.

La decisión de la corte revocó la sentencia de Elonis y regresó el caso para que volviera a ser resuelto atendiendo a las instrucciones de la sentencia. La decisión de Elonis nos parece desafortunada toda vez que no analizó el contenido relacionado al conflicto de derechos fundamentales. La libertad de expresión, ejercida a través del internet ha encontrado un reto en la comprensión y regulación de las declaraciones injuriosas, los insultos y/o las amenazas que tan fácilmente corren por el internet. Protegidos tras una máscara de anonimato en línea, es común ver que personas son “acosadas” con múltiples mensajes y amenazas recibidas en línea. No es fácil cuantificar el efecto negativo de estas amenazas, así como tampoco es

⁶(Chief Justice Roberts, 2015)

fácil determinar cuáles de ellas pueden ser consideradas “amenazas verdaderas”, desde el punto de vista de la víctima todas pueden serlo.

El estado mental requerido para criminalizar la amenaza obviamente incluye a la intención y a la consciencia, al evitar definir si la negligencia constituye un estándar suficiente la Corte decidió emitir un fallo prudente, que dejara la cuestión de lado por temor a caer en error. La decisión prudente de la Corte nos parece apropiada, la negligencia es un estándar que tiene amplio uso en el derecho civil americano, sin embargo, su adopción por parte de la SCOTUS como estándar mental para un delito podría acarrear serios problemas para el ejercicio de la libertad de expresión. Si la negligencia es la medida por la que el impacto de la expresión va a ser medida, entonces es comprensible ver que, al adoptar un estándar tan bajo en busca de proteger a las víctimas, la Corte puede incitar a muchas personas a silenciar sus expresiones. Esto se constituiría en una forma indirecta de censura, toda vez que el estado de negligencia, pondría en peligro muchas formas de sátira o parodia, expresiones importantes en una sociedad democrática. Coincidimos con la Corte que en ese caso la prudencia es el mejor camino, la libertad de expresión es uno de los más importantes derechos fundamentales, su régimen de limitación debe ser el más estricto y angosto posible, si la amenaza debe de criminalizarse, es mejor que sea de forma restrictiva mediante un estándar muy alto que viceversa. El efecto lamentable en aquellos que sufren amenazas y otras injurias de parte de extraños a través del internet es un pesado e inquietante sacrificio para proteger la estructura democrática de la sociedad.

TAYLOR BELL V ITAWAMBA COUNTY SCHOOL BOARD⁷

El caso de Taylor Bell toma su importancia del conflicto de derechos fundamentales que se dio en él, a diferencia de *Elonis*, Bell no llegó a la Corte Suprema, la decisión final fue tomada *en-banc* por la Corte de Apelaciones del 5to Circuito de los Estados Unidos en una decisión muy dividida, que incluye votos disidentes que son tan interesantes como el de la mayoría. Otra forma en que Bell se diferencia de *Elonis* es que, en Bell, la Corte no se mantuvo al margen del estudio de las implicaciones del derecho a la libertad de expresión.

Taylor Bell era un estudiante de la Itawamba Agricultural High School, en el Condado de Itawamba, Mississippi. En enero de 2011, Bell, estudiante del último año de bachillerato, publicó una grabación en su página de Facebook. La grabación, una canción de rap, incluía como contenido menciones expresas a dos entrenadores (coaches) de Bell, “W” y “R”, y les imputaba serias conductas impropias en contra de alumnas. Las autoridades escolares se enteraron del contenido del

⁷(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

video cuando uno de los entrenadores mencionados lo reportó. Bell fue interrogado por las autoridades escolares y el abogado del Consejo Escolar, Bell relató lo relacionado con su video y las imputaciones a los entrenadores, las conductas y las alumnas afectadas. El día posterior a la reunión Bell editó una versión final de su video y lo subió a YouTube. Bell fue suspendido en lo que se realizaba una audiencia disciplinaria.

Durante la audiencia disciplinaria Bell reconoció haber realizado el contenido del video con el propósito de que sus compañeros lo vieran. Manifestó que consideraba necesario hablar de la conducta impropia de los entrenadores, así mismo negó que la letra de su canción fuera una amenaza literal y dijo que seguía una fórmula común en el rap. El resultado de la audiencia disciplinaria fue contrario a Bell. El comité disciplinario dijo que no podía pronunciarse respecto al contenido de las presuntas amenazas hechas por Bell, ya que éste era demasiado vago. Sin embargo, encontró que la publicación del video constituía una conducta de molestia y que podía causar un disturbio de acuerdo con la legislación y el reglamento aplicables para la escuela.

Bell apeló la decisión del comité disciplinario pero el Consejo Escolar también falló en su contra, es más, el Consejo encontró que el contenido de la letra de la canción de Bell sí constituía una amenaza en contra de los entrenadores.

En otras palabras, a diferencia de las conclusiones del comité disciplinario descritas anteriormente, que no caracterizan la grabación de rap como una amenaza (en lugar de eso, que el punto es “vago”), la junta

escolar encontró que Bell no sólo había acosado e intimidado a los maestros, los amenazó⁸.

La resolución del Consejo Escolar determinaba, en efecto, que la canción de Bell constituía acoso e intimidación para los maestros, de acuerdo con la normatividad de la escuela estas conductas constituían un acto disruptivo de la vida escolar y ameritaban sanciones serias. Bell presentó una acción de apelación en contra de la resolución del Consejo Escolar, argumentando, entre otras cosas, que la resolución violaba sus derechos consagrados en la Primera Enmienda, es decir, la libertad de expresión. La corte de distrito que conoció del caso recibió solicitudes de Bell y del Distrito Escolar solicitando cada uno un juicio sumario en su beneficio, toda vez que los hechos del caso no eran controvertidos y se presentaba una materia de interpretación de ley.

La Corte de distrito falló en contra de Bell:

El 15 de marzo de 2012, la corte de distrito negó la moción de Bell y concedió la de la junta escolar. Al hacerlo, concluyó que la grabación de rap consistía en “hostigamiento e intimidación de maestros y posibles amenazas contra maestros y amenazaba, acosaba e intimidaba empleados escolares. (comillas internas omitidas) (sic). El tribunal también concluyó que la grabación de rap “de hecho causó un trastorno material y / o sustancial en la escuela y...Era razonablemente previsible para los funcionarios de la escuela que la canción causaría tal interrupción”⁹.

Bell presentó una apelación que fue resuelta por un panel dividido de la Corte de Apelaciones del 5to Circuito que determinó que el Conse-

⁸(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

⁹(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

jo Escolar había violado la Primera Enmienda al disciplinarlo basándose únicamente en el lenguaje contenido en la grabación. El Consejo Escolar solicitó una revisión de la decisión ante la banca completa (*en-banc*) la cual fue admitida y constituye la resolución que estamos comentando.

Los hechos del caso no son materia de controversia, como establecieron las partes mismas, Bell reconoció la autoría de la canción, la grabación, los videos (el de Facebook y el de YouTube) y explicó también las razones que lo llevaron a su creación. Los entrenadores, al no tener procedimientos administrativos denunciados por actividades impropias con alumnas, no se manifestaron respecto de las imputaciones que hacía Bell en la canción, y estas tampoco fueron exploradas por el procedimiento administrativo al no ser consideradas esenciales para el mismo. Así también los entrenadores manifestaron que: 1) sintieron verdadero miedo ante las amenazas contenidas en la canción de Bell, y 2) tuvieron que alterar la forma en que realizaban sus clases y prácticas por las percepciones y preocupaciones generadas por la canción, lo que constituye un disturbio de su facultad para dar clase.

Al no haber controversia alrededor de los hechos, el caso Bell se estudia como uno de aplicación e interpretación de la ley. En su núcleo encontramos el conflicto de derechos fundamentales, por un lado, la libertad de expresión de Bell, ejercida a través de una expresión artística que fue realizada fuera de horario de escuela y sin utilizar recursos escolares, consagrada por la Primera Enmienda; y el derecho de los estudiantes y la comunidad escolar a una educación

libre y sin interrupciones innecesarias, contenido en la legislación Estatal adscrito a la libertad de educación.

El argumento principal de Bell descansa sobre la amplia protección que la Primera Enmienda ofrece al discurso, especialmente al discurso artístico, y que, dentro de este contexto, su canción no puede ser considerada una verdadera amenaza por lo que no puede ser sancionado por ejercer su derecho. El Consejo Escolar argumenta que los alumnos de una escuela tienen una expectativa de libertad de expresión reducida que la de otras personas, toda vez que la importancia del desarrollo de las actividades escolares pacífica y ordenadamente es esencial para lograr el derecho a la educación, por lo que las conductas que causen interrupciones graves a las actividades escolares deben ser sancionadas, y de acuerdo con la normativas escolar, las amenazas, acosos e intimidaciones a personal escolar son consideradas disturbios graves, por lo que la sanción está plenamente justificada.

En su estudio de la resolución, el pleno de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito estudió los méritos del caso atendiendo principalmente a los precedentes resueltos por la SCOTUS o por otras Cortes americanas. La jurisprudencia americana ha tenido ya varias oportunidades para manifestarse respecto de la libertad de expresión de los alumnos de escuelas públicas y sus posibles limitaciones, principalmente a través de casos relacionados con los movimientos por la defensa de los derechos civiles y/o por protestas durante la guerra de Vietnam. La resolución final del pleno fue dividida y controversial, son tan intere-

santes e importantes los votos disidentes como el voto de la mayoría. Comentaremos únicamente respecto de las consideraciones de la resolución que se relacionen directamente con la libertad de expresión, por ser nuestro tema de enfoque, sin profundizar sobre otras consideraciones utilizadas en la resolución. Y, al final, expondremos los argumentos principales de los votos disidentes respecto del voto de la mayoría.

El análisis de la resolución comienza estableciendo con claridad lo que será la materia de estudio en el caso ¿tienen los estudiantes como estudiantes una expectativa reducida del derecho a la libertad de expresión? El principal precedente que se utilizó para fundamentar sus resolutivos es *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, que se resolvió ante la SCOTUS en 1968, y en donde se determinó que los alumnos de escuelas públicas tienen el mismo derecho de libertad de expresión que cualquier otra persona, y que cualquier limitación que se imponga a expresiones realizadas por alumnos tiene que estar debidamente fundada en motivos constitucionales¹⁰. La resolución de *Tinker* estableció lo que se conoce como la “prueba *Tinker*” o prueba del “disturbio sustancial”, que busca determinar si el impacto de una expresión hecha por un alumno “interfiere material y sustancialmente con los requerimientos apropiados de disciplina en la operación de la escuela”.

La resolución inicia su estudio de la siguiente manera:

Los estudiantes *qua* estudiantes no pierden sus derechos de la Primera Enmienda a Libertad de habla y expresión. *Tinker*, (“Los funcionarios esco-

¹⁰(Fortas, 1969)

lares no poseen absoluta autoridad sobre sus estudiantes ... **En ausencia de una demostración específica de razones constitucionalmente válidas para regular su discurso**, los estudiantes tienen derecho a la libertad de expresión de sus opiniones.”). Por otra parte, la Primera Enmienda no otorga a los estudiantes derechos absolutos a tales libertades, y esos derechos deben ser templados a la luz del deber del oficial escolar, entre otros, de “enseñar a los estudiantes los límites del comportamiento socialmente apropiado”), y “protegen a los que están bajo su cuidado”. Como escribió el juez Oliver Wendell Holmes Jr. hace casi un siglo: “El carácter de cada acto depende de las circunstancias en que se haga. La protección más estricta de la libertad de expresión no protegería a un hombre al gritar falsamente fuego en un teatro y causar pánico”. Por lo tanto, porque “los derechos constitucionales de los estudiantes en la escuela pública no son automáticamente coextensivos con los derechos de los adultos en otros escenarios”, **cierto discurso, que estaría protegido en otros entornos, puede no recibir protección en el entorno escolar.** [énfasis añadido]

Este primer párrafo del estudio de la resolución adelanta el contenido y sentido de la resolución. En sus primeras frases inicia reconociendo que el precedente Tinker tiene aplicación concreta al caso de Bell, mencionando expresamente que los alumnos no pierden sus derechos de libertad de expresión salvo que existan consideraciones fundadas constitucionalmente. Sin embargo, inmediatamente después presenta las que piensa que son las consideraciones que pueden limitar la expresión de alumnos, los cuales “deben ser templados a la luz del deber del oficial escolar”. Por una parte, los oficiales escolares tienen la obligación de instruir a los alumnos y enseñarles el “comportamiento socialmente apropiado”, por lo que se apela a una protección del bien común. Por otro lado, se presenta que los actos deben ser estudiados dentro del contexto que se presentan, de estas dos posturas

comienza a determinar la resolución que no pueden equipararse automáticamente los derechos de los alumnos a los de un adulto.

En lo específico, Bell argumenta que Tinker no aplica a su caso, ya que Tinker regula expresiones emitidas en el contexto de las operaciones escolares y Bell realizó su canción y videos totalmente fuera del terreno escolar y sin utilizar recursos escolares, además que aunque aplicara, su caso no satisface la prueba Tinker, ya que su grabación no causó un disturbio grave a la operatividad escolar.

La resolución también reconoce que el avance de la tecnología de las comunicaciones presenta complicaciones al presente caso, ya que en la época en que Tinker fue decidido (1969) las formas de expresión de los alumnos estaban más limitadas tecnológicamente. Actualmente, la tecnología de comunicaciones hace muy difícil determinar si una expresión puede ser circunscrita a un territorio específico. El internet no conoce fronteras, por lo que las expresiones de los alumnos pueden ser más amplias y provenir de lugares diferentes, lo que vuelve muy difícil determinar en qué caso se está ante una expresión hecha en contexto escolar cuando el internet es el medio de difusión.

Hace más de 45 años, cuando se decidió Tinker, no existían Internet, teléfonos celulares, teléfonos inteligentes y medios sociales digitales. El advenimiento de estas tecnologías y su adopción general por parte de los estudiantes presentan desafíos nuevos y cambiantes para los administradores escolares, desdibujando los límites previamente delimitados de las regulaciones permisibles¹¹.

¹¹(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

La resolución examina después si Tinker es el precedente aplicable al caso, determinando que sí lo es. El siguiente punto es determinar cuál es la conexión que tiene Tinker con el caso Bell, toda vez que Bell realizó sus expresiones fuera del contexto escolar. La resolución encuentra la respuesta en las declaraciones mismas de Bell:

Por lo tanto, la siguiente pregunta es en qué circunstancias puede ser que el discurso emitido fuera de escuela sea restringido. No es necesario adoptar una regla específica: más bien, la admisión de Bell de intencionalmente dirigir a la comunidad escolar su grabación de rap que contiene amenazas, y acoso y la intimidación de, dos profesores permite la aplicación de Tinker en este caso¹².

La resolución considera que fue el mismo Bell al dirigir su grabación directamente a la comunidad escolar quien permite establecer su expresión dentro del contexto escolar.

Sostenemos que Tinker gobierna nuestro análisis, como en este caso, cuando un estudiante intencionalmente dirige a la comunidad escolar un discurso razonablemente entendido por los oficiales de la escuela para amenazar, acosar e intimidar a un maestro, incluso cuando dicho discurso se originó y fue diseminado fuera del campus sin el uso de recursos escolares¹³.

De esta manera, la resolución justifica aplicar Tinker como el precedente para determinar la posible sanción a la conducta de Bell. “Bell produjo y difundió la grabación de rap sabiendo que los estudiantes, y con la esperanza de los administradores, lo escucharían¹⁴”.

¹²(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

¹³(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

¹⁴(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

A continuación, de manera muy somera, la resolución analiza el contenido de las amenazas, pareciera que el caso se asemeja a *Elonis*, en donde la importancia de la resolución dependía directamente de la naturaleza de las amenazas, para determinar si estas pueden ser consideradas verdaderas. Pero la resolución no estudia el contenido de la amenaza, indicando simplemente que el contexto en que se emiten y la intención que tuvo Bell al emitir las eran suficientes para considerarlas disruptivas.

La resolución estudia si la conducta de Bell podía ser interpretada como un disturbio grave, al efecto estudia las circunstancias que deben considerarse en cada caso, por ejemplo, la naturaleza de la amenaza, si fue dirigida a personas específicas, cuál sería el impacto si el autor llevara a cabo la amenaza, etc. La resolución concluye que de la confluencia de estas características es razonable que el Consejo Escolar determine las amenazas como un disturbio serio de la operatividad escolar.

Al ver la evidencia en la necesaria luz más favorable a Bell, incluyendo sus afirmaciones de que sólo quería aumentar la conciencia de la presunta mala conducta de dos profesores (Bell admitió en la audiencia del comité de disciplina que su grabación tenía por objeto “aumentar la conciencia de la situación” Y que “presagiaba algo que podía suceder” (énfasis agregado)), la manera en que expresó su preocupación -con un lenguaje amenazador, intimidante y hostigador- debe ser tomada en serio por los oficiales de la escuela, y razonablemente podría ser pronosticada por ellos una interrupción sustancial.

El discurso se refería directamente a los acontecimientos que ocurrían en la escuela, identificaba a los dos maestros por su nombre, y fue entendido por uno como una amenaza a su seguridad y por terceros neutrales como amenazantes... Las posibles consecuencias fueron Graves -lesión grave, incluyendo la posible muerte de, dos profesores. A lo largo de esa línea,

Bell admitió que tenía la intención de que el discurso fuera público y llegara a los miembros de la comunidad escolar, lo que se evidencia también por su publicación de la grabación en Facebook y YouTube¹⁵.

Finalmente, la resolución toma en cuenta los recientes hechos violentos ocurridos en diversas escuelas de los Estados Unidos, como los sucedidos en Virginia Tech o en Columbine. En donde se determinó posteriormente que los administradores escolares pudieron haber detectado signos de alerta que de haber sido atendidos tal vez hubieran evitado las tragedias. Esta consideración de responsabilidad a las autoridades por la omisión en la detección de signos de alerta de violencia le permite considerar expresiones como la de Bell como razonablemente disruptivas.

Por las razones expuestas, la mayoría del pleno de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito encontró que la resolución debía ser confirmada, manteniendo la sanción impuesta a Bell. De esta manera la Corte de Apelaciones determina que la libertad de expresión de los alumnos como alumnos si puede ser limitada de acuerdo con el criterio de Tinker cuando las expresiones del alumno sean hechas en el contexto de la escuela y causen un disturbio grave. Como aportación única de esta resolución se considerará que una expresión está hecha en el contexto escolar cuando el autor tenga la intención de que la misma sea recibida por la comunidad escolar sin importar el medio o lugar de su difusión.

¹⁵(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

Especial mención merece el voto disidente que acompaña a la resolución de la mayoría, esta tiene varias críticas a los razonamientos de la mayoría que vale la pena describir por separado.

Primero, la resolución de la mayoría no toma en cuenta que la expresión originadora del caso debe ser considerada como importante porque publicita un asunto de importancia pública.

La opinión de la mayoría, por lo tanto, denigra y socava no sólo el derecho de la Primera Enmienda de Bell a participar en críticas en línea fuera del campus en asuntos de interés público, sino también los derechos de un número incalculable de otros estudiantes de nuestra jurisdicción para escudriñar el mundo a su alrededor y expresar sus críticas fuera del campus en línea sobre asuntos de interés público. Al hacerlo, la opinión de la mayoría anula la distinción históricamente significativa entre el hogar y el patio de la escuela al permitir que una política escolar sustituya la autoridad parental sobre la propiedad de las actividades expresivas de un niño en Internet fuera de la escuela, Y el aula del maestro al hogar y al dormitorio del niño...

... En primer lugar, la opinión de la mayoría erróneamente no reconoce que la canción de rap de Bell constituye un discurso sobre “una cuestión de interés público” y por lo tanto “ocupa el peldaño más alto de la jerarquía de los valores de la Primera Enmienda”¹⁶.

De acuerdo con el voto disidente la resolución de la mayoría ignora completamente la importancia del argumento de Bell que buscaba establecer la importancia de su grabación por el contenido que buscaba resaltar, la actividad impropia de los entrenadores. En las palabras del voto disidente:

¹⁶(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

El dictamen de la mayoría de la bancada ignora completamente el argumento de Bell de que la Junta Escolar violó sus derechos de la Primera Enmienda al castigarlo por su canción de rap, que sostiene fue discurso protegido en “una cuestión de preocupación pública”. Aunque Bell hizo su argumento de la preocupación pública en todas las oportunidades, incluso en la discusión oral *en banc*, la opinión de la mayoría no aborda este punto crítico. En cambio, la opinión de la mayoría transforma la política disciplinaria de la Junta Escolar del Condado de Itawamba en una regla sin precedentes de ley constitucional que permite a los funcionarios escolares de todo nuestro Circuito castigar las protestas de un estudiante respecto de mala conducta de un maestro independientemente de cuándo o dónde ocurre el discurso y sin tomar en cuenta si el orador es, en el momento del discurso, un adulto o un menor que está bajo la custodia y el control de sus padres. Respetuosamente pero enérgicamente estoy desacuerdo con el rechazo silencioso de la opinión de la mayoría del argumento de Bell, no sólo porque el argumento de Bell es meritorio, sino también porque la decisión *sub silentio* de la opinión de la cuestión presentada la ha llevado a varios graves y desafortunados errores constitucionales¹⁷.

La jurisprudencia, dice el voto disidente, soporta la idea fundamental que dice que la libertad de expresión es más valorada cuando contribuye al debate público o trata de temas de interés político y social. Existen varios estándares para determinar la calidad de importancia pública del discurso, por ejemplo, se le puede considerar cuando concierne hechos de importancia política, o que pueden ser considerados noticiosos. La determinación de la calidad de preocupación pública de un discurso debe hacerse atendiendo a sus características totales, qué busca decir el discurso, cuál es el propósito de su creación y difusión, a quiénes afecta y de qué forma se beneficia el público con la difusión del

¹⁷(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

mismo. Más importante todavía es el criterio que establece que la posible impropiedad o calidad controversial del discurso no tiene impacto alguno en su calidad de importancia pública.

Aplicando estos principios al presente caso, el registro indiscutiblemente revela que el discurso de Bell abordó un asunto de preocupación pública. Bell compuso su canción después de que varias de sus amigas en la escuela le informaron que los entrenadores W y R frecuentemente las habían acosado sexualmente durante la escuela...

... Aunque la canción contiene algunas letras violentas, el “contenido” de la canción es indiscutiblemente una protesta oscuramente sardónica pero apasionada de la supuesta mala conducta sexual de los dos profesores... Que la canción de Bell puede quedar corta de las preferencias estéticas de la Junta Escolar para el comentario sociopolítico no es relevante para determinar si el contenido de la canción de rap aborda un asunto de preocupación pública¹⁸.

Para el voto disidente, la forma de la expresión de Bell es una pista más de las razones por las que debe ser protegida bajo la primera enmienda.

La “forma” del discurso de Bell, es decir, una canción de rap, también milita a favor de encontrar que aborda un asunto de preocupación pública. Es axiomático que la música, al igual que otras formas de arte, ha funcionado históricamente como un mecanismo para aumentar la conciencia de los problemas sociales contemporáneos. El rap no es una excepción. “En los últimos veinte años ha habido extenso discurso académico sobre el papel de la música rap. . . Como una forma de expresión política, Bell invocó esta misma tradición desplegando las convenciones artísticas y el estilo del género del rap para criticar el acoso sexual de los entrenadores contra las estudiantes de sexo femenino¹⁹.

¹⁸(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

¹⁹(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

La segunda crítica del voto disidente es todavía más interesante, pues ataca la idea de la opinión mayoritaria de permitir a los distritos escolares hacer juicios de control de constitucionalidad, bajo el estándar de Tinker, para castigar a alumnos que hagan expresiones a la comunidad escolar. La jurisprudencia, argumenta el voto disidente, conoce muy pocas limitaciones para el ejercicio de la libertad de expresión, estas incluyen las obscenidades, el incitamiento, y las expresiones de pelea, que han sido definidas de forma restrictiva por lo que no es permisible inventar nuevas formas de limitación, aunque sea con el propósito de proteger a niños. Por lo que la libertad de expresión solo puede ser limitada de acuerdo con circunstancias muy estrictas y bien definidas.

Además, [los precedentes] iluminan el error en la decisión de la opinión mayoritaria de proclamar una restricción completamente nueva basada en el contenido sobre los derechos de los estudiantes a la Primera Enmienda. A pesar de reconocer que el gobierno tiene ciertas facultades para proteger a los niños de daños, la Corte Suprema de Brown expresamente sostuvo que esto “no incluye un poder flotante para restringir las ideas a las cuales los niños pueden estar expuestos”. De esta manera, la Corte hizo eco de los principios anunciados en Stevens y rechazó el argumento de que el estado está facultado para crear nuevas “exenciones categóricas” a las protecciones de la Primera Enmienda (por ejemplo, la obscenidad) que son aplicables únicamente a menores sin la presencia de una “larga tradición” de restringir ese discurso. Sin embargo, en contradicción directa con estos principios, la opinión mayoritaria otorga a los funcionarios estatales precisamente ese “poder flotante” al permitirles efectivamente regular una categoría de discurso sin precedentes y basada en el contenido, es decir discurso “amenazante”, “acosador”, e “intimidante” que está dirigido a la comunidad escolar²⁰.

²⁰(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

Con estos argumentos el voto disidente critica fuertemente las facultades interpretativas respecto de la Primera Enmienda que la resolución de la mayoría otorga a las autoridades escolares. Bajo la bandera de “guiar la conducta de los menores” y “proteger a la comunidad escolar” de disturbios o violencia las autoridades pueden determinar la calidad excepcionalmente restringida de expresiones públicas, efectivamente permitiéndoles realizar un control de la constitucionalidad de la libertad de expresión. Concordamos que esta crítica es muy adecuada y compartimos la preocupación por el grave problema a que somete a los estudiantes escolares que deseen expresar ideas inconformes o impopulares en el futuro. Al ser un estándar de interpretación muy amplio la facultad del distrito escolar es demasiado poderosa y puede ser en exceso restrictiva, lastimando derechos fundamentales de los alumnos y, tal vez peor aún, provocando un efecto acallador o enfriador en la expresión general de los estudiantes, lastimando seriamente la formación del debate público y de la cultura democrática. No omitimos considerar que la decisión de la mayoría está afectada también por la preocupación de dar a los administradores escolares las herramientas posibles para prevenir posibles ocurrencias de violencia escolar, motivo sin lugar a dudas importante y loable, pero que en el caso en específico no parecen tener relevancia. Bell no exhibió signos de alarma o alerta de violencia, su expresión fue pacífica y controlada, aunque molesta y controversial, el simplemente utilizar expresiones violentas ni implica una intención de realizarlas. Detrás de esta crí-

tica, el voto disidente deja mostrar una sutil molestia por la forma en que se desarrolló la audiencia disciplinaria, dejando entrever que el personal escolar estaba más preocupado por las expresiones “feas” de la canción de Bell que por los alegatos de acoso sexual en contra de los profesores. En nuestro juicio es imposible opinar determinadamente sobre este tema ya que la información disponible no permite hacer deducciones al respecto, pero es en sí mismo notable que el voto disidente, sutilmente, deje ver esta crítica.

Posteriormente el voto disidente utiliza *Reno v. ACLU* para determinar que el estándar establecido por la opinión mayoritaria es demasiado vago. De acuerdo con la resolución una expresión puede ser restringida si: i) tiene la intención de ser oída por la comunidad escolar; ii) puede ser percibida por una persona normal como “amenazante”, “acosadora” o “intimidante”, y; iii) satisface la prueba Tinker. Reno dejó en claro que las expresiones en el ciberespacio no pueden ser restringidas, al incluir expresiones hechas en el internet y vincularlas a la prueba Tinker simplemente por la “intención” del autor la resolución establece un vínculo demasiado amplio para el estudiante. De tener efecto este criterio sería muy difícil probar que el estudiante no tuvo la intención de exponer su expresión a la comunidad escolar, toda vez que la naturaleza del internet impide determinar la forma en que la información se propagará. Todas estas consideraciones de amplio criterio y muy vagas resultarán en un enfriamiento de la libertad de expresión.

Finalmente, la resolución de la mayoría consideró equivocadamente a Tinker como el precedente aplicable, la vinculación hecha de la expresión de Bell, exclusivamente basándose en su intención de compartirla con sus compañeros de escuela, aplica el criterio de Tinker de forma indebida.

El estándar de Tinker fue inventado, en parte, para contrarrestar las consecuencias del discurso que ocurre realmente dentro del ambiente de la escuela y tener en cuenta el interés competitivo de los funcionarios escolares de “controlar la conducta en las escuelas.” Específicamente, En Tinker, el interés del Estado era evitar las consecuencias disruptivas del discurso que ocurre dentro de la escuela. En consecuencia, el Tribunal Supremo elaboró un nivel específico de escrutinio (la prueba de “interrupción sustancial”) para evaluar las restricciones al habla en la escuela que establecen un equilibrio entre los intereses en competencia. Incluso suponiendo que las escuelas tuvieran alguna autoridad para castigar el discurso de los estudiantes realizado fuera de la escuela, es simplemente un *non sequitur* para la opinión de la mayoría asumir reflexivamente que el mismo análisis debería regular el alcance de la autoridad de las escuelas para castigar la expresión de los estudiantes fuera del campus, donde las consecuencias del discurso en cuestión y los intereses constitucionales en juego no son simplemente los mismos que en Tinker.

Aún más allá, el voto disidente critica severamente la resolución de la mayoría por no considerar apropiadamente los derechos fundamentales de Bell afectados en el caso, especialmente la libertad de expresión.

La lógica errónea de la opinión mayoritaria en este sentido proviene naturalmente de un error más fundamental: la opinión mayoritaria no toma en serio la importancia de los diversos intereses constitucionales que están implicados por su decisión de ampliar el alcance de Tinker. Como se detalla más arriba, los hechos particulares de este caso se refieren principal-

mente al derecho de la Primera Enmienda de los estudiantes a hablar sobre “asuntos de interés público” cuando están fuera de la escuela utilizando el poder incomparable de Internet para hacer escuchar esos mensajes. Pero concentrarse estrechamente en esta cuestión por sí solo ignora la constelación de otros intereses constitucionales en que la opinión mayoritaria tendrá un impacto negativo. Por ejemplo, incluso cuando su expresión fuera del campus no tiene una dimensión “política” o “religiosa”, los niños todavía mantienen derechos “significativos” de la Primera Enmienda, que indiscutiblemente incluyen un derecho a expresar falta de respeto o desdén hacia sus maestros cuando están fuera del campus. (“La Primera Enmienda no permite a una legislatura exigir que una persona demuestre su respeto por la bandera saludándola. La Legislatura, en lugar de obligar a respetar la bandera, prohíbe la falta de respeto”). Además, a los efectos de la Primera Enmienda, es simplemente irrelevante si las costumbres sociales predominantes consideran que el desprecio de un niño por su maestro es despreciable. “La historia de la ley de la libertad de expresión es una de reivindicación en los casos de habla que muchos ciudadanos pueden encontrar lamentable, ofensivo, o incluso feo²¹.”

Pero la que tal vez es la crítica más profunda es la que se refiere a la deferencia que la resolución de la mayoría le dio al Consejo Escolar para regular las expresiones de los alumnos bajo el precedente Tinker. Al hacer esto, critica el voto disidente, se le confiere a la autoridad escolar una facultad inusitada para realizar control de la expresión a nivel constitucional, lo que no sólo no es apropiado para una autoridad del nivel del Control Escolar, sino que también vulnera derechos fundamentales.

Exacerba la violencia cometida contra estos intereses constitucionales la cantidad de deferencia sin precedente que la opinión de la mayoría ofrece a las juntas escolares en disciplinar el discurso fuera del campus de acuerdo con Tinker. La opinión de la mayoría hace hincapié en el grado de “deferen-

²¹(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

cia” que, en su opinión, los tribunales están obligados a proporcionar a las decisiones disciplinarias de la junta escolar bajo Tinker. Contrariamente al enfoque de la opinión mayoritaria, sin embargo, no “deferimos” a las escuelas en la interpretación y aplicación de la Constitución. “La autoridad que posee el Estado para prescribir y hacer cumplir los estándares de conducta en sus escuelas, aunque se conceda que sea muy amplia, debe ser ejercida de manera consistente con las salvaguardias constitucionales. Además, si bien es verdad que Tinker “no es una carga difícil”, esta es la razón por la que no debemos aplicar Tinker al discurso fuera del campus, como el de Bell. De lo contrario, armados con el consuelo de que los tribunales simplemente deferirán a sus decisiones, las escuelas tendrán en gran parte carta blanca para regular el discurso de los estudiantes fuera del plantel, lo que significará una carga significativa no sólo para los derechos de los estudiantes sino también para los derechos constitucionales de sus padres y sus oyentes.

Finalmente, el voto disidente critica la evaluación de las pruebas y de los hechos por la mayoría en su resolución ya que de un análisis completo del expediente, argumenta el voto, debe considerarse que las expresiones hechas por Bell en su canción no constituyen un disturbio sustancial de las actividades escolares. Se critica incluso que de acuerdo con las transcripciones de la sesión del comité disciplinario, parece desprenderse que a Bell se le criticó más por el lenguaje usado con palabras “malas” e insultos y no tanto por el contenido de sus amenazas que, aún de acuerdo con los entrenadores afectados, constituían “solo una canción de rap”.

La conclusión del voto disidente ofrece fuertes palabras en contra del efecto violatorio de que la resolución tiene en la libertad de expresión de Bell y de todos los estudiantes del Circuito.

...la canción de Bell no fue una interrupción de las actividades escolares, sino un esfuerzo para participar como ciudadano en nuestra democracia constitucional al aumentar la conciencia de un asunto serio de interés

público. Sin embargo, en lugar de encomiar los esfuerzos de Bell, la Junta Escolar del Condado de Itawamba lo castigó por el contenido de su discurso, en efecto enseñando a Bell que la Primera Enmienda no protege a los estudiantes que desafían a quienes están en el poder. La opinión mayoritaria enseña esa misma lección equivocada a todos los niños en nuestro Circuito. De hecho, al concluir que la Primera Enmienda aprueba oficialmente la censura y el castigo de Bell por la Junta Escolar, en lugar de salvaguardar su libertad de expresión, la opinión mayoritaria socava los derechos de todos los estudiantes y adultos de hablar y recibir expresiones de interés público a través de la Internet²².

El caso Bell expone en primer plano las dificultades que el internet y las tecnologías de comunicación crean para las decisiones difíciles en materia de conflicto de derechos fundamentales. En otro voto particular del mismo caso, también disidente, se menciona una forma alterada del test de Tinker diseñado para determinar si una expresión hecha a través del internet puede ser considerada como hecha fuera de la escuela. Nos parece interesante que dentro de esta prueba propuesta se incluyan consideraciones de proporcionalidad, que ponderen la importancia de las medidas restrictivas en relación con la afectación del derecho a la libertad de expresión.

Me gustaría aplicar la siguiente prueba.

Para que una escuela discipline a un estudiante para hablar fuera del campus, la escuela debe:

- (1) proporcionar evidencia de hechos que razonablemente podrían haber llevado a las autoridades escolares a pronosticar una interrupción sustancial O evidencia de una interrupción real y sustancial;

²²(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

(2) demostrar un nexo suficiente entre el discurso y los intereses pedagógicos de la escuela que justificaría la disciplina de la escuela sobre alumno. A este respecto, consideraría tres factores no exclusivos:

a. Si se podría razonablemente esperar que el discurso llegue al ambiente escolar.

b. Si el interés de la escuela como fideicomisario del bienestar de los estudiantes supera el interés de respetar el papel parental tradicional en disciplinar a un estudiante para hablar fuera del campus. . .

i. Dando un peso especial a la evidencia, experiencial o de otra manera (como la investigación de intimidación en la decisión de Kowalski del Cuarto Circuito), que indica que el discurso particular fuera del campus tiene un impacto negativo único y probado en los estudiantes y el ambiente del campus.

c. Si el mensaje predominante del discurso del estudiante tiene derecho a una mayor protección²³. [énfasis añadido]

Es nuestra opinión que la resolución del caso Bell, como fue planteada por la mayoría carece de suficiente fundamentación para limitar el derecho a la libertad de expresión del estudiante. Concordamos con el voto disidente analizado al criticar la valoración que se hizo del discurso contenido en la canción de Bell. Tanto por su forma como por su contenido la canción es discurso artístico, original y versa sobre temas de interés público que garantizan su protección, y al vulnerarlo se envía un claro mensaje de control y subordinación de los estudiantes al poder de las autoridades escolares. Las limitaciones sobre derechos fundamentales, por principio general, deben ser siempre aplicadas de forma restrictiva, la fórmula que plantea la resolución de la mayoría de

²³(“Taylor Bell v. Itawamba County School Board,” 2015)

aplicar el test de Tinker al discurso emitido fuera del campus es, en realidad, una licencia de censura para las autoridades escolares. No escapa de nuestra opinión la consideración que las autoridades escolares seguramente dieron al peligro constante y real de violencia dentro del campus, ningún director quiere que sus alumnos sean víctimas de tragedias que pudieron ser evitables si tan solo se hubiera puesto atención a las señales de alerta apropiadas. Es muy lamentable que un temor, fundado o no, pero originado en tragedias ocurridos en otras escuelas, posiblemente haya influido en la decisión de la mayoría.

Bell solicitó la revisión de su caso por la Corte Suprema buscando la revocación de la resolución, la Corte decidió en febrero de 2016 denegar la revisión, confirmando tácitamente la resolución y concluyendo de forma fatal el caso.

SU MAJESTAD LA REINA Y GREGORY ALLAN ELLIOT²⁴

El caso de Gregory Elliot es muy interesante porque representa un cargo criminal de acoso realizado exclusivamente a través de redes sociales, específicamente Twitter. Por lo novedoso del caso y las personas involucradas, una conocida activista de derechos de la mujer de Toronto, el caso Elliot recibió amplia cobertura en los medios, incluso fue llamado el primer caso de acoso por Twitter en Canadá²⁵. La decisión es muy controversial porque al fallar a favor de Elliot el juez Knazan intentó fundamentar su decisión en consideraciones puramente técnicas basándose en los elementos del tipo penal y las pruebas ofrecidas en el caso, pero es innegable que la decisión tiene impacto en niveles políticos y sociales.

Celebrada por los partidarios de la libertad de expresión, la decisión fue sostenida como un respaldo a este derecho fundamental, afirmando que las expresiones hechas a través del internet deben gozar de las mismas protecciones que las hechas por otros medios de comunica-

²⁴(Knazan, 2016)

²⁵(Wong, 2016)

ción. Vilipendiada por los partidarios de los derechos de las mujeres, la decisión fue considerada por este grupo como una aprobación tácita de la cultura del acoso que es tan común a través del internet.

La decisión del juez Knazan nos parece un ejemplo de orden y análisis, descomponiendo los elementos del caso y estudiándolos a la luz de la ley y la doctrina, usaremos sus palabras para mostrar como resume los hechos del caso, define qué es Twitter y determina finalmente, si la Corona (el fiscal) cumplió con las cargas de prueba requeridas para acreditar el delito perseguido.

Knazan inicia definiendo qué es Twitter y otros términos importantes:

Uno no puede entender este caso sin saber sobre Twitter... Un caso de acoso penal sobre los medios sociales no puede depender en si el juez conoce o utiliza los medios sociales...Twitter es omnipresente; Muchas personas famosas tuitean y muchos artículos de prensa y programas de radio y televisión sugieren obtener más información sobre un tema recurriendo a Twitter... es una plataforma en línea libremente accesible donde la gente puede participar en el micro-blogueo, enviando mensajes cortos a los seguidores individuales o al público en general... Un tuit es un mensaje enviado en Twitter y está limitado a 140 caracteres, pero puede incluir enlaces a otros contenidos en Internet... Tuitear es enviar un mensaje a través de Twitter. Puede, pero no necesita ser dirigido a otro usuario o persona; Uno puede enviar un tuit sin dirigirlo...Un troll es un individuo o un grupo que constantemente causa problemas al hacer comentarios negativos y participar en el acoso en línea²⁶.

El cargo, acoso criminal, imputado se definió así: Elliott, entre las fechas del 1 de agosto del 2012 y el 20 de noviembre de 2012, en la

²⁶(Knazan, 2016)

ciudad de Toronto, sabiendo que Stephanie Guthrie y Heather Reilly eran acosadas se comunicó directa e indirectamente con ellas, causando que, razonablemente, y bajo cualquier circunstancia temieran por su seguridad.

El delito está contenido en la sección (artículo 264) del código penal (*criminal code*). Es un tipo penal complicado que requiere probar diversos elementos, particularmente importante y difícil para el caso resulta la fracción 2 inciso B) del artículo, que por su importancia a continuación se transcribe:

264. (1) Ninguna persona podrá, sin autoridad legal y sabiendo que otra persona es acosada o imprudentemente, si la otra persona es acosada, realiza la conducta referida en el inciso (2) que causa a esa otra persona razonablemente, en todas las circunstancias, temer por su seguridad o la seguridad de alguien conocido por ellos.

(2) La conducta mencionada en el inciso (1) consiste en...

...

(B) comunicarse repetidamente con, directa o indirectamente, la otra persona o cualquier persona conocida por ellos²⁷;

Al respecto el juez Knazan dice:

El delito, como el Parlamento lo ha definido en el artículo 264, es complejo. La aplicación de la subsección (2) (b) es aún más compleja en relación con Twitter, en la que la comunicación con los individuos directa e indirectamente se superpone con la comunicación con todos los que utilizan el servicio y la comunicación con todos los que utilizan el servicio se convierte en comunicación indirecta con los individuos²⁸.

²⁷(Knazan, 2016)

²⁸(Knazan, 2016)

Como plataforma abierta de comunicación Twitter permite enviar mensajes públicos, que pueden ser encontrados por cualquier persona, aunque no tenga una cuenta de Twitter, o a individuos específicos, que a menos que sean emitidos por una cuenta privada, también pueden ser consultados por todo el público. Por esto se puede ver que la diferencia entre mensaje público, comunicación directa o indirecta se vuelve borrosa y de muy difícil definición.

Los hechos principales del caso son los siguientes: la señorita Guthrie es una activista comunitaria, parte importante de su trabajo es la defensa de intereses de la mujer, derechos y seguridad. Twitter es una importante herramienta para su trabajo, así como parte fundamental de su vida privada, le permite conocer personas y organizaciones, así como realizar actividades de coordinación y organización. Después de la creación del *hashtag* #WiTOPoli (Mujeres en la política en Toronto/Women in Toronto Politics) solicitó los servicios de un diseñador para la creación de un logo y un poster. Elliott contactó a la señorita Guthrie para realizar el trabajo. Se reunieron para cenar el 18 de abril del 2012 donde la señorita Guthrie tuvo impresión amable, pero de mucho interés personal de parte de Elliott hacia ella. Después de una conversación por correo electrónico Elliott fue notificado que no sería el diseñador, la relación con Guthrie se mantenía amable, aunque ella declaró que mentía al ser amable con él, dato que el juez consideró importante ya que él no tenía forma de saber esto. Guthrie y Elliot continuaron con menciones esporádicas en Twitter sin alter-

cados por algunos meses hasta que tuvieron un desacuerdo en línea que concluyó con la señorita Guthrie bloqueando la cuenta de Elliott.

Después del bloqueo continuó una serie de intercambios en los que tanto Guthrie como Elliot tuitearon haciendo menciones indirectas el uno del otro, a través del usuario de twitter o de *hashtags*. Los intercambios se volvieron negativos y participaron muchas personas más. El tono y sentido del mensaje empeoró, Reilly, tuvo contacto por twitter con Elliott y también lo bloqueó. Tras un incidente en el que la señorita Guthrie pensó que Elliott se encontraba en el mismo lugar que ella decidió ir a la policía, poco después la señorita Reilly haría lo mismo.

De acuerdo con el tipo penal presentado el juez Knazan determinó que para satisfacer el análisis penal del caso, la fiscalía debía probar estos 5 hechos: 1) establecer que el acusado se había comunicado directa o indirectamente con las víctimas (fracción 2 inciso B del artículo 264); 2) establecer que la víctima era acosada; 3) establecer que el acusado sabía que la víctima era acosada, o que fue negligente ante esta situación; 4) establecer que la conducta causó miedo en la víctima por su seguridad o la seguridad de alguien conocido; y, 5) establecer que el miedo de la víctima era razonable en todas las circunstancias.

La primera parte analista de la resolución se dedica a resolver diversas preguntas relacionadas con usar tuits como pruebas ¿cómo puede probarse que un tuit fue enviado por una persona?, ¿cómo puede probarse que una persona envió tuits dirigidos a otra directa o indirectamente?, ¿cómo puede probarse la fecha y hora en que un tuit fue

enviado?, ¿cómo puede probarse que alguien recibió y leyó un tuit dirigido?, ¿qué es lo que se prueba con un tuit?, ¿qué tan confiable es la información contenida en internet? El trabajo de investigación del caso de los detectives de la Policía de Toronto permitió establecer, mediante software especializado qué tuits habían sido enviados directamente de una cuenta a otra, así también fue posible reconstruir “conversaciones” entre cuentas. También fue posible encontrar tuits que contenían *hashtags* (etiquetas) específicas, que habían sido creadas o usadas por las víctimas, así como etiquetas usadas y creadas por el acusado. Al ser Twitter una plataforma pública y abierta no fue necesario que se obtuvieran órdenes de búsqueda o cateo para localizar los tuits mencionados.

Elliott utilizó una importante defensa, ¿cómo podía la Corona probar que él era el autor de los tuits atribuidos a su cuenta? La creación de una cuenta de Twitter sigue un proceso muy sencillo que solo requiere un correo electrónico válido y un nombre, que puede ser falso. Es evidente la dificultad de probar que una persona específica es quien usa una cuenta específica sin tener forma de vincularlos directamente. Pero en el caso en estudio, la víctima tuvo una reunión para cenar con el acusado, en fechas posteriores tuits emitidos por la cuenta atribuida a Elliott hicieron mención de la reunión, por lo que solo una persona con conocimiento de la reunión podía tuitear al respecto, por lo que, en opinión del juez, tras este hecho se volvió posible probar que los tuits que provenían de la cuenta eran realmente escritos por el acusado.

Durante el procedimiento, surgieron imprevistos interesantes que pusieron en evidencia la dificultad de trabajar con pruebas contenidas en el internet, en este caso los tuits, ya que por su naturaleza es información que es susceptible de ser alterada, a lo menos, la historia de este caso ofrece interesantes perspectivas sobre lo particular que las pruebas digitales contenidas en el internet pueden ser.

El juez Knazan explica en su resolución que está al tanto de las implicaciones que el caso tiene para la libertad de expresión.

El litigio en este caso no se refiere directamente al uso adecuado de Twitter o su potencial para beneficiar o dañar a la sociedad. Pero para determinar la estrecha cuestión de si el Sr. Elliott cometió un delito en relación con la Sra. Guthrie y la Sra. Reilly, tengo que determinar cómo se debe ver un hashtag. La fiscalía y los querellantes se basan en todos los tweets del Sr. Elliott, incluidos los que usaban hashtags que usaban la Sra. Guthrie y la Sra. Reilly. El uso de #AOTID por el Sr. Elliott llevó a la Sra. Guthrie a ir a la policía. Además de la base probatoria cualificada que he explicado anteriormente, tengo el principio de la libertad de expresión y sus límites sobre los cuales considerar.

Twitter no sólo amplía el acceso a los lectores a aquellos que no tienen acceso a los medios de comunicación, es una alternativa a los medios de comunicación. Tiene el potencial de desarrollarse para que se puedan promover más y diferentes puntos de vista, incluyendo aquellos que no se reflejan en los medios tradicionales. Puesto que los tuits pueden incluir acoplamientos, puedo concluir, apenas de la evidencia, que Twitter puede separar artículos bien-considerados, así como la opinión del tuitador. Cualquier limitación en su uso que no sea necesaria para prevenir la criminalidad limitará este potencial. No será coherente con la libertad de expresión que es esencial para una sociedad libre y democrática²⁹.

²⁹(Knazan, 2016)

El juez Knazan reconoce plenamente el papel de las redes sociales como herramientas potenciadoras y necesarias en el ejercicio de la libertad de expresión. Es, por supuesto, controversial decir que las redes sociales son esenciales para el ejercicio de la libertad de expresión, toda vez que aún persiste el debate sobre la calidad de derecho fundamental del acceso al internet, especialmente cuando se considera la brecha digital y su impacto en la vida de las personas. Para alguien nacido en una nación del África de sub-Sahara el acceso al internet en general y a las redes sociales como parte del ejercicio de su libertad de expresión tiene un significado muy diferente que para un adulto que vive en los Estados Unidos o Canadá. Pero aun concediendo la existencia de la brecha digital y sus posibles implicaciones, creemos que se debe reconocer que, para las características sociales, económicas y culturales específicas de una persona en Estados Unidos o Canadá, se justifica plenamente considerar el acceso a las redes sociales como elemento fundamental para el ejercicio a la libertad de expresión.

Para el caso específico el argumento de la Corte para acreditar la comunicación indirecta de Elliott con las víctimas se basa en el uso de Elliott de *hashtags* y otros nombres de usuario para hacer tuits que Elliott sabía que las víctimas leerían, porque ellas seguían las conversaciones que utilizaban esos *hashtags*. De esta manera, argumenta la Corona, Elliott puenteaba el bloqueo impuesto por las víctimas a su cuenta y de forma intencionada y subterfugio les enviaba comunicaciones, acreditando el elemento esencial del delito en estudio. Pero

atinadamente en nuestra opinión, el juez Knazan no logra identificar cómo es posible acreditar que el mero uso de un *hashtag* por parte de Elliott acredita su intención de comunicar un mensaje directamente a las víctimas.

La posición de los querellantes, y la de la Corona, es que la repetida comunicación alegada del Sr. Elliott consiste en twittear usando identificadores, menciones y *hashtags*. La rama *hashtag* del argumento plantea la cuestión general de si la comunicación por Twitter utilizando un *hashtag* puede ser exactamente llamado a comunicarse con una persona en absoluto, no importa directa o indirectamente.

Si una persona incluye un *hashtag* en un tweet sólo con el propósito de comunicarse con alguien que saben lee el *hashtag*, entonces esta posición es correcta. Sin embargo, **dada la naturaleza de Twitter y *hashtags*, con el fin de demostrar que la intención de usar el *hashtag* es comunicarse con un seguidor particular de la misma, tendría que razonablemente excluir cualquier intención legítima de referirse a ella o comunicarse con alguien que podría estar siguiéndolo.**

La esencia de Twitter y *hashtags*, como demuestra la evidencia limitada en este caso, es facilitar la comunicación entre personas con intereses similares que voluntariamente elijan seguir ciertos temas o personas y ver lo que se dice sobre y por ellos. Si no se puede usar *hashtags* - los *hashtags* que desee y no importa quién los creó - entonces no se puede utilizar la plataforma a su potencial.

Incluso con respecto a tuitear en general, **usar Twitter mientras se protege uno de ver los tweets de otra persona o evitar que ellos vean o comenten sobre los propios es inviable.** Puede limitarse uno a ver los tweets de otra persona bloqueándolos, al no abrir el *feed* de otra persona y solicitando a los amigos que no retuiteen los tuits de las personas que se han bloqueado. Y uno puede evitar la lectura de sus respuestas. Pero si uno tuitea con *hashtags* y sigue *hashtags*, va a ver cada tuit que contiene esos *hashtags*, y cualquiera que quiera puede seguirlos. Un bloqueador puede elegir evitar ver tuits con *hashtags* que siguen de alguien que han

bloqueado, pero pierden el beneficio de la discusión del *hashtag* por esa elección³⁰. [énfasis añadido]

Estos párrafos de la resolución son muy interesantes e importantes, al estudiar la forma en que Twitter fue diseñado y funciona, Knazan comprende que la estructura misma de la plataforma no permite realizar los bloqueos de información que las víctimas hubieran deseado. Si esto es una falla por parte de Twitter o si los abre a alguna responsabilidad por su diseño o implementación ya que permite la comisión de delitos no es materia de este caso, y cualquier estudio al respecto tendría que considerar que el usuario acepta libremente los términos de uso de Twitter al crear una cuenta. Las víctimas alegan que ya no deseaban recibir comunicaciones de parte de Elliott, para esto lo bloquearon utilizando la herramienta que la plataforma contiene para ello, pero, argumentan, Elliott burló la restricción utilizando los *hashtags* que él sabía que las víctimas seguían. La dificultad, como ya se dijo está en la carga de la prueba, la Corona debe probar la intención o negligencia de Elliott en el uso de estos *hashtags*, este requerimiento parece de muy difícil acreditación. La defensa de Elliott, al menos respecto al uso de *hashtags* es muy sencilla y puede extraerse de uno de sus tuits: “Ella no es dueña de un hashtag. Twitter es público. ¿Qué clase de elitistas controladores son? ¿Censurando Twitter? Vayan a Facebook”³¹.

En su análisis sobre el delito con relación a la señorita Guthrie, Knazan concluye que Elliott, mediante el uso del nombre de usuario

³⁰(Knazan, 2016)

³¹(Knazan, 2016)

de ella y los *hashtags* que él sabía que ella leía, le envió comunicaciones directa e indirectamente, satisfaciendo ese requerimiento del delito imputado. Así también Knazan encuentra que Guthrie se sintió acosada por los tuits de Elliott, apegándose al concepto de acoso utilizado en la jurisprudencia. La dificultad del caso se encuentra en acreditar que Elliott sabía que Guthrie se sentía acosada, Knazan dice que del estudio de los tuits de Elliott no pudo encontrar alguno que fuera explícitamente acosador, y que la defensa tampoco le indicó uno específico, de haberlo hecho se podría concluir que, al querer acosarla, Elliott sabría que ella se sentía acosada. Pero la defensa solamente vinculó el acoso al gran volumen de tuits hecho por Elliott, pero a ninguno en particular, y Guthrie nunca comunicó expresamente a Elliott que se sentía acosada, únicamente lo bloqueó, para Knazan el simple bloqueo de una persona no constituye una indicación de acoso, ya que hay otras causas que pueden llevar al bloqueo de una cuenta.

Pero en otro sentido, importante para la determinación de este cargo, la Sra. Guthrie está equivocada. Si él tenía un punto válido, tenía derecho a usar los *hashtags* que ella había creado y mencionarla, ya que no sabría que ella fue acosada por sus puntos de vista en oposición a la suya o la de sus amigos. Esto es particularmente el caso con respecto a cualquier asunto sobre el cual la Sra. Guthrie se había referido.

Va más allá. Él no tenía que tener una opinión válida desde la perspectiva de ella o incluso una opinión que no fuera espuria en la opinión de ella. Él podría, en la tradición de la libertad de expresión canadiense que he discutido arriba, tener una opinión polémica o incluso ofensiva. Podía usar lenguaje extremo, hiperbólico, provocativo, como “feministas fascistas”. Podía ser, y por desgracia fue, homofóbico e insultante.

La opinión del Sr. Elliott, como emerge del contenido de sus tuits probados, es que él podía escribir lo que él deseara. Su visión se ajusta a las reglas de Twitter y al valor canadiense de la libertad de expresión. **Si ese era su estado de ánimo, entonces no sabría que la Sra. Guthrie fue acosada por su conducta que era lícita y que era permitida por la plataforma que ambos estaban usando.** Lo lícito se mantenía lícito; No constituye un crimen a menos que la persona que comunica sepa que la otra persona es acosada. [énfasis añadido]

Elliott sostenía entonces, que su uso de Twitter era por lo tanto lícito como permitido por los términos de uso de la plataforma misma, por lo que no tenía manera de conocer el estado mental de Guthrie, al no saber que ella se sentía acosada por su actividad normal en Twitter su conducta no podía constituirse en delito. Las interacciones en Twitter son públicas pero los propósitos y beneficios que cada quien quiere obtener de la plataforma complican notablemente la forma de usarla, el siguiente párrafo ilustra este punto con gran claridad, y constituye, en nuestra opinión, una importante introspección por parte del juez Knazan sobre el tema.

El uso adecuado de Twitter es complicado, ya que se está desarrollando. Una perspectiva es la del Sr. Elliott, como se expresa en los tuits tales como, “No sabes el valor de twitter. Si quieres una conversación privada usa el correo electrónico”, y tuits que expresan la importancia de permitir que otros tuiteen, incluso si uno piensa que sus opiniones no tienen validez y son basura. La perspectiva de la Sra. Guthrie es la contraria. Aunque declaró que el Sr. Elliott tenía derecho a dar su opinión, tomó la posición de que podía exigir que se la excluyera de recibirla, que es su derecho, pero también que él tenía que cumplir y cooperar, lo cual no es su derecho³².

³²(Knazan, 2016)

El corazón del conflicto parece partir, entonces, de una comprensión diferente del propósito, estructura y beneficios que la plataforma Twitter permite a sus usuarios. Knazan comenta explícitamente sobre la perspectiva de Guthrie sobre Twitter y lo que ella espera obtener de la plataforma.

Su volumen de tweets la acosaba debido a su punto de vista de que podía controlar el uso no amenazante y no sexual de la gente de su usuario y hashtags que usaba más allá de no leer sus tweets y tomar el paso ineficaz de bloquear. Él no puede ser imputado con el conocimiento de que la Sra. Guthrie fue acosada por su tuiteo. El Sr. Elliott no era responsable de esa opinión, que al menos es discutiblemente incompatible con Twitter³³.

Una vez determinado que Elliott no podía saber que Guthrie se sentía acosada el elemento intencional del componente mental del delito quedaba eliminado, sin embargo, el cargo también incluía negligencia, en este sentido, Knazan concluyó que Elliott podía y debía haber sabido que su conducta podía causar acoso, por lo que la negligencia si quedaba comprobada.

Respecto del componente relacionado con el miedo por su seguridad, este elemento tiene dos partes, la parte subjetiva relacionada con la apreciación de la señorita Guthrie de su estado personal, y una parte objetiva que es su razonabilidad en cualquier circunstancia. Respecto del elemento subjetivo, el juez Knazan lo tuvo acreditado por las declaraciones mismas de la señorita Guthrie, el elemento objetivo requiere una evaluación razonable del miedo de la señorita Guthrie.

³³(Knazan, 2016)

Knazan encuentra que la perspectiva de Guthrie, incluyendo su expectativa de que Elliott debía de evitar usar los *hashtags* que ella usaba, así como la baja opinión del contenido de los tuits de Elliott no soportaba un elemento racional de miedo, ya que Elliott tuiteaba y usaba el *hashtag* para debatir a los seguidores de Guthrie e incluso para defenderse de ataques en los que la señorita Guthrie tuvo un papel activo.

Pero en este caso, la premisa poco razonable de la Sra. Guthrie de que el Sr. Elliott era irracional y no tenía nada válido que decir significaba que ella nunca ponía sus tweets en ningún contexto. El mismo hecho de su tuitear cualquier *hashtag* que ella siguió o cualquier tuit sobre ella o con su usuario la acosaba.

Ni siquiera admitía la posibilidad de que tuviera alguna razón aparte de la obsesión con ella que ella percibía para tuitear sobre ella. Dado que ella tenía un papel de liderazgo en la campaña para denunciarlo, eso no es razonable.

Por lo que no se acreditó el elemento objetivo del componente del miedo y por lo tanto el cargo fue desechado.

Respecto de la señorita Reilly Knazan acreditó la comunicación, así como también el acoso, pero no tuvo acreditado el requisito del miedo, por lo que el cargo también fue desechado.

El caso R. V. Elliott es notable por las determinaciones del juez Knazan respecto de Twitter, reconociendo explícitamente que es una plataforma pública, además de que nadie puede considerarse dueño de un *hashtag* o limitar el uso o conversaciones que se dan alrededor de ese *hashtag*. Nos parece que el estudio del juez en el caso es apropiado, metódico y profundo. Tuvo que entender a lo mejor de su capacidad a

Twitter como aplicación y sus usos e impacto en la vida de las personas. Su estudio fue apegado a la estructura del delito y a su comprobación del acervo probatorio, en un caso difícil que involucra formas de comunicar nos parece una resolución bien fundamentada.

La importancia del caso para la libertad de expresión queda perfectamente expresada en estos párrafos de la resolución, por lo que dejamos que el juez Knazan concluya nuestro comentario utilizando sus propias palabras.

Suscribirse a Twitter y mantener abierta su cuenta es renunciar a su derecho a la privacidad en sus tweets. Organizar una reunión o un evento social utilizando tweets que no sean mensajes directos es como invitar a extraños a su hogar o a su línea telefónica mientras habla con sus amigos. El bloqueo sólo va tan lejos, siempre y cuando usted elija permanecer abierto.

STATE OF NORTH CAROLINA V ROBERT BISHOP³⁴

El caso Bishop fue finalmente resuelto por la Corte Suprema de Carolina del Norte, la resolución marcó el final de un largo camino de una ley promulgada con el objetivo de proteger a los menores del acoso en línea (*cyber-bullying*). En su núcleo Bishop trata de la libertad de expresión y la forma apropiada de limitarla, en este sentido se parece a *Reno v. ACLU* ya que el análisis específico del caso lleva a considerar qué tan amplia o reducida es la limitante creada por la ley controvertida.

Robert Bishop y Dillion Price eran alumnos de la escuela Southern Salamanca High School durante el año escolar 2011-2012. Comenzando en el otoño de 2011 algunos compañeros de Price comenzaron a publicar fotos y comentarios negativos en Facebook, incluyendo en la página del mismo Price. En septiembre de 2011, un compañero masculino publicó en Facebook una foto de un mensaje de texto de temas sexuales que Price le había enviado sin darse cuenta. En esa publicación varios alumnos hicieron comentarios, incluyendo a Price

³⁴(Hudson, 2016)

y a Bishop. Price acusó que la imagen había sido modificada o que era falsa, Bishop comentó respecto de la naturaleza homoerótica del texto. Hubo al menos otras dos publicaciones en Facebook de la misma naturaleza que incluían comentarios y acusaciones similares incluyendo a Price, Bishop y varios de los mismos comentaristas.

Una noche, la madre de Price lo encontró severamente afectado, llorando, aventando objetos y golpeándose. Ella vio en el teléfono de Price algunos de los comentarios e imágenes que los compañeros de Price habían publicado. Temiendo por su bienestar y preocupada por que pudiera hacerse daño a sí mismo la madre de Price acudió a la policía, quienes usaron perfiles de Facebook encubiertos para encontrar las publicaciones y tomaron capturas de imagen relevantes para la investigación.

El 9 de febrero de 2012 Bishop fue arrestado e inculcado con el delito de cyber-acoso (*cyberbullying*) contenido en la sección 14-458.1 de la Asamblea General de Carolina del Norte, algunos otros estudiantes también fueron arrestados.

Bishop fue enjuiciado y sentenciado en la Corte de Distrito, tras lo cual presentó apelación a la Corte Superior de Alamance County. Ante la Corte Superior Bishop solicitó el retiro del cargo toda vez que el artículo en cuestión era inconstitucional al ser violatorio de la Primera Enmienda, en específico, la libertad de Expresión. Su moción de remoción fue negada y Bishop fue encontrado culpable y sentenciado por cyberacoso. Bishop presentó apelación a la Corte de Apelaciones.

Ante la Corte de Apelaciones, Bishop argumentó, entre otras cosas, que el artículo aplicado relacionado con el cyberacoso restringe expresión protegida por la Primera Enmienda; que la restricción está basada en contenido, y que es demasiado amplia para satisfacer las demandas del escrutinio necesario. En una decisión unánime la Corte de Apelaciones rechazó esos argumentos, concluyendo que el estatuto en cuestión regula conductas, no el contenido de las expresiones, y que específicamente el estatuto castiga el acto de publicar o alentar a otros a publicar en el internet con la intención de atormentar o intimidar a un menor. Al respecto la Corte dijo que, en relación con la regulación de la expresión y su contenido, el estatuto de cyberacoso lo hacía de manera meramente incidental, y que esa naturaleza incidental era necesaria:

Y con respecto a esa carga “incidental”, la Corte de Apelaciones concluyó que “no es mayor de lo necesario” porque la ley “sólo prohíbe la divulgación de” información privada, personal o sexual relacionada con un menor en Internet con la Intención específica de intimidar o atormentar a un menor “y” no prohíbe ningún otro discurso o comunicación en Internet fuera de este contexto”³⁵.

A partir de esas consideraciones la Corte de Apelaciones no encontró error alguno en las sentencias de Bishop. La Suprema Corte de Carolina del Norte aceptó revisar discrecionalmente.

El caso Bishop nos parece realmente interesante y descorazonador porque el choque de derechos fundamentales que subyace al caso se relaciona directamente con conductas que afectan la integri-

³⁵(Hudson, 2016)

dad psicológica y física de la víctima. El acoso escolar (*bullying*) es un fenómeno real que puede tener profundos efectos en las víctimas, sus consecuencias pueden ser terribles, incluso fatales. El internet, a través de su gran flexibilidad permite nuevas formas de acoso y tormento que además tienen la carga adicional de ser imborrables, permaneciendo en la red. El conflicto entre la libertad de expresión y la integridad física de la víctima del acoso escolar no puede ser resuelto con facilidad ni ligereza. La Corte Suprema de Carolina del Norte encontró que el estatuto en cuestión violaba la Primera Enmienda por ser demasiado amplio y restringir expresiones protegidas, sus principales consideraciones son expuestas a continuación.

El estatuto impone una carga a las expresiones no solo a las conductas. Para la Corte publicar información en el internet no puede ser considerado simplemente una conducta, así como entregar panfletos tampoco puede serlo, ambos son ejercicios de libertad de expresión. El acto de publicar la información en internet no puede constituirse o separarse de la expresión, toda vez que cualquier expresión requiere necesariamente un acto para realizarse. Por lo que la Corte determina que el estatuto que castiga el cyberacoso sí afecta a la Primera Enmienda.

La siguiente consideración es de suma importancia, la corte determina que el estatuto sí regula el contenido de la expresión hecha, esta determinación no fue hecha a la ligera y tiene serias implicaciones para el estudio de la constitucionalidad de la ley. “Las regulaciones de expresión basadas en contenido deben satisfacer un escrutinio estricto-

to. Tales restricciones ‘son presuntamente anticonstitucionales y sólo pueden justificarse si el gobierno demuestra que están estrechamente adaptadas para servir a intereses imperiosos del Estado’³⁶.

La resolución estudia la forma apropiada de determinar si una ley que restringe la expresión es neutral al contenido o basada en él.

Hasta hace poco, no estaba claro cómo un tribunal debía determinar si una restricción del habla era basada en contenido o era neutral. En algunos casos, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sugerido que un tribunal de revisión debe centrarse en la intención detrás de la medida; En otros, ha enfatizado el texto claro del estatuto y cómo funcionaría en la práctica...

Recientemente, sin embargo, en *Reed v. Town of Gilbert*, la Corte aclaró que varios caminos pueden conducir a la conclusión de que una restricción del habla está basada en el contenido y por lo tanto está sujeta a un escrutinio estricto. Esta determinación puede encontrar apoyo en el texto claro de un estatuto, o el impulso animador detrás de él, o la falta de cualquier explicación plausible, además de desagrado por el tema o mensaje. En resumen, “porque un escrutinio estricto se aplica ya sea cuando una ley es un contenido basado en su cara o cuando el propósito y la justificación de la ley se basan en el contenido, un tribunal debe evaluar cada pregunta antes de concluir que la ley es neutral al contenido y por lo tanto sujeta a un menor nivel de escrutinio” ...

Aquí, está claro que el estatuto de intimidación cibernética está basado en el contenido, en su cara y en su texto claro, porque el estatuto “define es discurso regulado por su objeto particular”. La disposición en virtud de la cual el acusado fue arrestado y procesado prohíbe “publicar o animar a otros a publicar. . . Privada, personal o sexual que pertenezca a un menor.” El estatuto criminaliza algunos mensajes, pero no otros, y hace imposible determinar si el acusado ha cometido un crimen sin examinar el contenido de su comunicación. La justificación del Estado para el esta-

³⁶(Hudson, 2016)

tuto de intimidación cibernética “no puede transformar esta ley basada en contenido facial en una que sea neutra en términos de contenido y por lo tanto revocamos a la Corte de Apelaciones sosteniendo lo contrario³⁷.”

El camino que lleva a la Corte a concluir que la ley no cumple con los requisitos constitucionales para la adecuada limitación de la libertad de expresión requiere esta determinación, que además nos parece apropiada. La Corte atinadamente detecta que el contenido publicado en el internet, para ser considerado dentro de la ley estudiada, requiere que sea de ciertas características específicas: privado, personal o sexual. Sostener que la ley es neutral respecto del contenido no es posible, es aparente la necesidad de determinar cuál ha sido el contenido que se ha publicado en el internet. Si este no es privado, personal o sexual, aunque sea relacionado con un menor no será aplicable el estatuto. Queda claro que la medida, buscando proteger los intereses y la integridad de los menores desea proteger ciertos tipos específicos de contenido y evitar su publicación mal intencionada en el internet. Es evidente que desde esta perspectiva el estatuto contiene una apreciación directa del contenido de la expresión que se desea regular.

Una vez que se determina este punto el análisis de la Corte debe buscar determinar si el estatuto cumple con los requisitos constitucionales para ser considerado una restricción legítima. La libertad de expresión, como importante derecho fundamental soporta pocas restricciones de contenido, estas deben estar adecuadamente fun-

³⁷(Hudson, 2016)

dadas y correctamente redactadas, con precisión técnica. Es en este punto donde la similitud del caso Bishop con Reno v. ACLU se vuelve aparente, en Reno, la ley que protegía a los menores de contenido indecente publicado en el internet fue declarada inconstitucional por ser demasiado amplia en ese aspecto, la Suprema Corte de Justicia determinó que la gran amplitud de la ley resultaría en un efecto enfriador de la expresión en el internet.

En Bishop, de acuerdo con los estándares americanos, para determinar la constitucionalidad de la medida estudiada, se debe acreditar el interés preponderante del Estado, y debe estar estrechamente redactado para proteger dicho interés, en las palabras de la resolución:

... podemos mantener esta parte del estatuto de intimidación cibernética sólo si el Estado puede demostrar que satisface un escrutinio estricto. Para ello, el Estado debe demostrar que el estatuto sirve a un interés gubernamental convincente, y que la ley está estrechamente adaptada para realizar ese interés...³⁸

Primero entonces, es procedente hacer el estudio para determinar si el estatuto sirve a un interés gubernamental:

Que proteger a los niños de la intimidación en línea es un interés gubernamental convincente es indiscutible. Si bien el Estado tendría normalmente la obligación específica de “identificar un” problema real “que necesitara resolver,” y “demostrar con claridad que su propósito o interés es tanto constitucionalmente admisible Y sustancial “. Aquí el Estado afirma, y el acusado Está de acuerdo en que la Asamblea General tiene un interés especial en proteger a los niños de los daños físicos y psicológicos. También observamos que el estatuto especial de menores es un

³⁸(Hudson, 2016)

tema para el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos ha mostrado una especial solicitud. El reconocimiento de largo tiempo de esa corte de que “la juventud es más que un hecho cronológico” lo ha llevado, por un lado, a reconocer un interés imperioso en la protección de menores... y, por otra parte, prohibir la imposición de las sanciones penales más graves... En consecuencia, de acuerdo con estas líneas consistentes y convergentes de precedentes, reafirmamos que el Estado tiene “un interés imperioso en proteger el bienestar físico y psicológico de los menores”³⁹.

El siguiente punto, determinar si el estatuto cumple con el requisito de especificidad requiere hacer un análisis similar al de necesidad en el principio de proporcionalidad. La constitucionalidad de una restricción a un derecho fundamental requiere, por un lado, que sea idónea y por otro que sea necesaria. En la doctrina de los derechos fundamentales que sigue al Tribunal Constitucional Federal Alemán y otras cortes europeas, se ha dado forma a este proceso dentro del principio de proporcionalidad. Aunque en la doctrina y jurisprudencia americanas no se menciona expresamente con frecuencia al principio de proporcionalidad o a la ponderación de derechos o principios, es un hecho que las consideraciones que subyacen a los precedentes de interpretación y argumentación en la solución de conflictos de derechos constitucionales siguen postulados similares a los de estos principios. En el caso *Reno v. ACLU*, la SCOTUS realizó un estudio de la medida protectora y su impacto restrictivo en las personas afectadas, y concluyó, con base en la evidencia del caso, que era posible encontrar e implementar otras medidas de control que eran 1) menos restrictivas

³⁹(Hudson, 2016)

que la ley en estudio, y 2) menos gravosas económicamente, por lo que se declaró la inconstitucionalidad de la ley en estudio en ese caso.

En Bishop la Corte Suprema de Carolina del Norte se ve en la necesidad de hacer el mismo estudio y buscar alguna otra medida que sea menos restrictiva y menos gravosa que la estudiada pero que logre la misma protección.

Pero, así como la Corte ha demostrado un conocimiento particular de las vulnerabilidades de los menores, también ha demostrado una cautela particular de permitir que el escrutinio estricto se vuelva “estricto en teoría pero débil de hecho”. El Estado debe mostrar no sólo que un contenido cuestionado la medida basada en la ley se ocupa del daño identificado, **pero que la promulgación proporciona “los medios menos restrictivos” para hacerlo**. Dado este “escrutinio exigente”, es quizás sorprendente que pocas restricciones basadas en contenido hayan sobrevivido a esta investigación.⁴⁰ [énfasis añadido]

La Corte, en su estudio de las restricciones impuestas y los conceptos que la acompañan encuentra con preocupación que la definición de los contenidos restringidos es inexistente o extremadamente amplia, especialmente cuando se trata de conceptos como “privado” y “personal”. Criminalizar una conducta en base a criterios amplios o vagos resulta necesariamente en una aplicación excesiva de la sanción. En materia de libertad de expresión, que se ha aceptado por su gran importancia tanto en el desarrollo personal del individuo como por su impacto esencial en el establecimiento y fortalecimiento de una sociedad democrática, una aplicación excesiva de una ley punitiva resultará

⁴⁰(Hudson, 2016)

necesariamente en un efecto enfriador. El impacto negativo de una ley con efectos restrictivos constitucionales sobre la libertad de expresión no solo vulnera los derechos subjetivos de las personas, hiere la base misma de la democracia.

La corte inicia su estudio de los conceptos como están descritos en el estatuto:

Teniendo en cuenta estos principios, pasamos ahora a la sub-subdivisión 14-458.1 del estatuto de intimidación cibernética. Una vez más, esa disposición constituye un delito penal “para que cualquier persona use una computadora o una red informática para. . . publicar o animar a otros a publicar en la Internet información privada, personal o sexual relacionada con un menor” con la intención de intimidar o atormentar a un menor”. La cuestión central es entonces si este lenguaje representa los medios menos restrictivos para promover el interés imperioso del Estado en proteger a los menores de este posible daño.

Sostenemos que no es así. Desde el inicio, es evidente que el estatuto no contiene ningún requisito de que el sujeto víctima de una publicación en línea sufra algún daño como resultado, o incluso que él o ella conozca de la existencia de dicha publicación. Además, tanto por el motivo del publicador como por el contenido de la publicación, el estatuto va mucho más allá del interés legítimo del Estado en proteger la salud psicológica de los menores. En cuanto al motivo, el estatuto prohíbe a cualquier persona publicar contenido prohibido con la intención de “intimidar o atormentar” a un menor. Sin embargo, ni el término “intimidación” ni “tormento” se define en el estatuto, y el propio Estado sostiene que debemos definir “tormento” en sentido amplio como una conducta de referencia destinada a “molestar, hostigar o acosar”. La Protección del bienestar mental de los menores puede ser un interés gubernamental convincente, pero es difícil aclarar que los adolescentes requieren protección a través de la ley penal de molestias en línea⁴¹.

⁴¹(Hudson, 2016)

La descripción de la materia proscrita es similarmente expansiva. La ley criminaliza la publicación en línea de información “privada, personal o sexual relacionada con un menor”. Una vez más, estos términos no están definidos por el estatuto. El Estado ha sugerido que interpretamos este lenguaje definiendo “privado” como “excluido de la vista, presencia o intrusión de otros”, o “confinado al individuo”. Definir “personal” como “lo relativo a una persona en particular”, o “en relación con una persona en particular y su negocio privado, intereses o actividades”. Y definiría “sexual” como “Sexuales, sexos o órganos sexuales y sus funciones”, o “implementar o simbolizar deseos o actividades eróticas”. Si bien todas estas definiciones son amplias, La definición propuesta por el Estado de “personal” como “lo relativo a una persona en particular” es especialmente dramática. Si adoptamos la posición del Estado, podría ser ilegal publicar en Internet cualquier información “relativa a un menor particular”. Tal interpretación tipificaría esencialmente la publicación de cualquier información sobre cualquier menor específico si se hace con la intención requerida.

Finalmente, observamos que si bien la adición de un requisito de *mens rea* puede a veces limitar el alcance de una ley penal, leer el motivo y los requisitos de la materia juntos aquí no limita suficientemente el alcance extenso del estatuto de intimidación cibernética. Incluso con la propuesta de construcción estatal de los términos estatutarios, [el estatuto] podría criminalizar comportamientos que una sociedad contemporánea sólida debe tolerar a causa de la Primera Enmienda, incluso si no aprobamos el comportamiento. La civilidad, cuya definición está cambiando constantemente, es un objetivo loable, pero no se logra o se hace cumplir a través de las leyes penales.

En resumen, por muy loable que sea el interés del Estado en proteger a los menores de los peligros de la intimidación en línea, el estatuto de cyberbullying de Carolina del Norte “crea una prohibición criminal de alcance alarmante”⁴².

Es lamentable que debido a su formulación técnica el estatuto deba ser declarado inconstitucional, la protección psicológica y física

⁴²(Hudson, 2016)

de los alumnos del acoso e intimidación escolar es un verdadero interés del Estado, especialmente el acoso o intimidación a través del internet, que conlleva particulares problemas y terribles agravantes. Sin embargo, concordamos con la Corte en que la limitación de un derecho fundamental como la libertad de expresión requiere que la limitación sea idónea, necesaria y proporcionada para con el fin que desea cumplir. Encontramos con pesar que lo correcto del análisis constitucional de esta ley, seguramente no brinda consuelo alguno a la joven víctima de tan terrible acoso.

CODA

Aunque los casos expuestos y comentados en esta obra no pueden ser considerados exhaustivos, ofrecen una mirada interesante al mundo de los conflictos entre derechos fundamentales. El estudio de la libertad de expresión y su ejercicio a través del internet nos debe guiar a la búsqueda de soluciones creativas y proporcionadas a los conflictos de derechos fundamentales. La realidad social siempre será el campo más rico para estos estudios, por más cuidadoso o juicioso que sea el legislador la verdadera prueba de la efectividad de una norma en relación con su objetivo y su constitucionalidad serán determinadas por la forma en que se aplica.

El legislador, en materia de regulación constitucional, suele tener intereses verdaderamente loables y correctos que dan sustento a las normas que buscan regular o limitar derechos fundamentales. En el mercado de las ideas de una sociedad democrática estos valores mismos están en constante cambio gracias a la evolución social y la transformación de las normas morales. Qué debe protegerse y cómo hacerlo serán siempre algunos de los interrogantes y objetivos principales en la labor legislativa, pero será la realidad social y la interacción

diaria de personas la que ponga la prueba final a las mejores intenciones legislativas. En este contexto el papel del juzgador, como garante de la constitución, toma una importancia grave que demanda un estudio cuidadoso del caso, analizando la ley motivo del conflicto, pero comprendiendo claramente los principios o derechos fundamentales en conflicto que subyacen al caso. En la búsqueda por justicia el juzgador no puede permitirse un estudio poco dedicado, la importancia de su labor se lo demanda.

Esperamos que de la exposición de los casos aquí presentados pueda obtenerse algún beneficio en la constante búsqueda de mejorar nuestro conocimiento del derecho constitucional y de nuestra obligación, como actores jurídicos, de buscar justicia.

REFERENCIAS

- Balkin, J. M. (2004). Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, 79, 1.
- Carbonell Sánchez, M. (2004). La libertad de expresión en la Constitución mexicana. *Derecho Comparado de la Información*(3), 3-59.
- Elonis v. United States, No. 13-983, 575 _____ (Supreme Court of the United States 2015).
- Tinker v Des Moines Independent Community School District No. 21, 393 503 (United States Supreme Court 1969).
- State of Carolina v. Robert Bishop, No. 223PA15 3221098 (North Carolina Supreme Court 2016).
- Her Majesty the Queen and Gregory Allan Elliot, 35 (Ontario Court of Justice 2016).
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Vol. 08/27/79 No. 17955). San José, Costa Rica.

Peces-Barba Martínez, G. (1987). Derechos fundamentales. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*(2), 7-34.

Taylor Bell v. Itawamba County School Board, No. 12-60264 (United States Court of Appeals Fifth Circuit 2015).

Watts v. United States, No. 1107, Misc, 394 705 (United States Reporter 1969).

Wong, J. C. (2016, Friday, 22 January 2016). Canadian man found not guilty in Twitter harassment case. *The Guardian*. Retrieved from <https://www.theguardian.com/technology/2016/jan/22/canada-man-twitter-harassment-not-guilty-gregory-alan-elliott>

Este libro se terminó de editar en diciembre de 2016,
en Austin, Texas; Estados Unidos de Norte América.