

*Cómo citar este texto:*

Vega-Lozada, F. (2019). La pornografía no consentida versus la libertad de expresión en los Estados Unidos de América (EE.UU.): una introducción al conflicto. *Derecom*, 27,75-. <http://www.derecom.com/derecom/>

**LA PORNOGRAFÍA NO CONSENTIDA VS.  
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS  
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (EE.UU.):  
UNA INTRODUCCIÓN AL CONFLICTO**

**NON-CONSENSUAL PORNOGRAPHY V.  
THE FREEDOM OF EXPRESSION IN  
THE UNITED STATES OF AMERICA:  
AN INTRODUCTION TO THE CONFLICT**

© Fredrick Vega-Lozada  
Universidad Interamericana de Puerto Rico (EE.UU.)  
fvega@intermetro.edu

## **Resumen**

A través de disposiciones penales los Estados pertenecientes a los Estados Unidos de Norteamérica afrontan la violencia de género en su modalidad de pornografía no consentida. A veces estas leyes incorporan remedios civiles para indemnizar a las víctimas de estos actos. Estas disposiciones a menudo entran en conflicto con el derecho de la libertad de expresión, uno de los derechos fundamentales de la sociedad norteamericana. Estas disputas legales entre la regulación del contenido de una expresión y los comportamientos tipificados como pertinentes a la pornografía no consentida permiten a los tribunales estatales estadounidenses declarar inconstitucional la legislación y por ende, permite que continúe la violencia de género en la modalidad de pornografía no consentida.

## **Summary**

In the United States of America the legislation to address gender violence in its non-consensual pornography modality, is a state criminal legislation. Sometimes these legislation incorporates individual civil remedies, and collides with freedom of expression, one of the fundamental constitutional rights of the American society. These legal disputes between the regulation of the content of an expression and the behaviours typified pertinent to non-consensual

pornography allows the United States Courts to declare unconstitutional the legislation continuing the gender violence in the modality of non-consensual pornography.

**Palabras clave:** Pornografía no consentida. Venganza pornográfica. Derecho a la libre expresión. Privacidad. Obscenidad.

**Keywords:** Non-consensual pornography. Revenge Porn. Freedom of expression. Privacy. Obscenity.

## 1.Introducción.

La gran mayoría de los pueblos del mundo han reconocido la dignidad del ser humano de manera inequívoca. Sin embargo, la violencia de género es uno de los vestigios más denigrantes y despectivos de la raza humana que atenta contra este paradigma de la dignidad del ser humano.<sup>1</sup> La violencia de género especialmente contra las mujeres se incrementó y trasformó con el uso de las nuevas tecnologías de comunicaciones.<sup>2</sup> En EE.UU. las interacciones sexuales digitales se han convertido cada vez en más frecuentes, sobre todo, entre jóvenes adultos. Según un estudio publicado recientemente, aproximadamente la mitad de los jóvenes adultos de entre 18 y 26 años aceptaron haber enviado fotos desnudas o semidesnudas de sí mismos a otros y un 66% de ellos indicaron haber recibido fotos sexualmente explícitas de otras personas.<sup>3</sup> Un estudio hecho anteriormente en el año 2013 por la empresa de seguridad de la información McAfee, reveló que 1 de cada 10 ex parejas amenazaba con publicar fotos comprometedoras de la otra persona. De estos, cerca de un 60% cumplían la amenaza. Estos actos que atentan contra la dignidad de las personas motivan que se intente reglamentar de alguna manera una conducta social que lacera la dignidad de las personas especialmente de las mujeres. El propósito de esta investigación es analizar una de las problemáticas que afronta la reglamentación de la pornografía no consentida<sup>4</sup> en los EEUU.

## 2.La Pornografía no consentida.<sup>5</sup>

La *pornografía no consentida* puede definirse en general como la *distribución de imágenes gráficas de individuos sin su consentimiento*.<sup>6</sup> Esta definición es compartida en Europa<sup>7</sup> como la difusión no consentida de tales imágenes íntimas, por ejemplo, grabaciones ocultas o grabaciones de agresiones sexuales, así como las imágenes obtenidas originalmente con consentimiento, por lo general en el contexto de una relación privada o confidencial.<sup>8</sup>

Una de las alternativas adoptadas en la política pública en los EEUU para lidiar con la pornografía no consentida es<sup>9</sup> la aprobación de leyes penales en la jurisdicción de cada uno de los Estados de EE.UU. A esta fecha 41 jurisdicciones han tipificado delitos de esta conducta.<sup>10</sup> En muchas de estas legislaciones se incluyen apartados con remedios civiles para resarcir de los daños a las víctimas. Sin embargo, estas legislaciones afrontan un gran reto al contraponerse a una de las protecciones más significativas de la Constitución norteamericana, la libertad de expresión.

## 3.La libertad de expresión en EEUU.: sinopsis.

La libertad de expresión es un derecho fundamental protegido por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (CEUA). La Primera Enmienda a la CEUA, aplicable a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda, establece que *el Congreso no hará ninguna ley ( . . . ) que coarte la libertad de expresión*.<sup>11</sup> Desde el año 1791 se ha reconocido la importancia del derecho de

todo ciudadano a expresarse libremente. La doctrina jurisprudencial norteamericana ha reconocido que no todos los derechos constitucionales tienen la misma preferencia.<sup>12</sup> El derecho a la libertad de expresión se ha reconocido como uno de los preferentes.<sup>13</sup> Se reconoce que el derecho a la libertad de expresión es crucial en un sistema de Estado democrático. Esto quiere decir que *el pueblo puede influenciar mediante el uso de la palabra las decisiones de política pública que toman los Estados*.<sup>14</sup> Otra de las razones por la cual el derecho a la libertad de expresión se reconoce como un derecho fundamental es que es esencial para descubrir la verdad.<sup>15</sup> El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental porque, además, promueve la autonomía de las personas permitiendo que estas se definan mediante la expresión pública sobre un asunto.<sup>16</sup> Por último, la libertad de expresión ayuda a promover la tolerancia puesto que ayuda a formar el carácter intelectual de la sociedad. El derecho a la libertad de expresión protege las ideas que promueven los grupos mayoritarios y también las que defienden los grupos minoritarios.<sup>17</sup> Es por ello que, en ocasiones, se han invalidado leyes<sup>18</sup> que impidan cierta conducta o palabras,<sup>19</sup> toda vez que el derecho a la libertad de expresión es una garantía de alto nivel, aun cuando el Estado tiene el poder de regular en ciertas áreas.<sup>20</sup> La consideración detrás de estas expresiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (TS EEUU) tiene sentido ya que a diferencia de la legislación económica, la cual solamente es producto de un proceso político,<sup>21</sup> la expresión es parte del proceso legislativo como tal, por lo que su restricción alteraría el proceso democrático.<sup>22</sup> La aplicación de la doctrina depende de los hechos específicos y se decide caso a caso.<sup>23</sup> Esta protección se aplica a la expresión sin tener en cuenta la verdad, la popularidad o la utilidad social de las ideas y creencias que se ofrecen.<sup>24</sup> En los EE.UU. para que pueda invocarse este derecho resulta indispensable demostrar que una *acción estatal*, esto es, una actuación con el pretexto de una autoridad estatal *bonafide* razonable y adecuada, tuvo el efecto de restringir la libertad de expresión de algún ciudadano.<sup>25</sup>

El TS EEUU ha decidido que la prohibición de coartar la libre expresión es de aplicación al Estado solamente, y no a ciudadanos privados.<sup>26</sup> La única excepción al requisito de *acción estatal* en la jurisdicción federal se aplica a aquellos casos en que los actos de un ciudadano particular son atribuibles al Estado, bien porque dicho ciudadano es un agente del Estado o porque este último ha actuado en concierto con el Estado. La jurisprudencia norteamericana ha establecido que estas actuaciones deben estar sujetas a las limitaciones que tiene el Estado en forma de derechos individuales. Son tres los criterios para determinar si estamos frente a una de estas situaciones, Primero, si es una actividad en donde una entidad privada asume completamente una función pública.<sup>27</sup> Segundo, si existe un nexo con el Estado, cuando es en un tipo de relación beneficiosa para ambos<sup>28</sup> y, tercero, si hay autorización estatal. Son situaciones en que la alegada conducta ilegal está relacionada con una actividad estatal, de manera que pueda decirse que la privación de los derechos es producto del Estado mismo.<sup>29</sup>

Es importante señalar que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto.<sup>30</sup> El TS EEUU ha reconocido que el Estado puede regular ciertas categorías de expresión compatibles con la Constitución.<sup>31</sup> Estas categorías de expresión tienen que estar bien definidas por la legislación y deben ser lo más restrictivas posible para poder ser constitucionalmente válidas.<sup>32</sup> Además, tienen que ajustarse estrictamente a un interés público apremiante.<sup>33</sup>

Tratándose precisamente de una legislación que potencialmente limite y restrinja la libertad de expresión, en EE.UU.<sup>34</sup> la legislación penal estatal que tipifica la conducta de pornografía no consensuada tiene que construir un articulado penal para que evite la violación de la Primera Enmienda Federal. Esto, porque en EE.UU. la pornografía no es un delito y se considera un tipo

de expresión protegida constitucionalmente. Las leyes que tipifican el delito de pornografía no consentida tienen que atemperar ese delito de tal manera que supere el crisol constitucional de la Primera Enmienda Federal. Esto, cuando se tipifica y define la conducta que se quiere prohibir. En EE.UU. para determinar si una ley limita el derecho a la libertad de expresión, el primer paso es determinar si la actuación gubernamental regula el contenido de la expresión o si es neutral, pero regula el tiempo, lugar y manera.<sup>35</sup> Se considera que el propósito de una legislación es restringir el contenido de la expresión, si no puede justificarse sin hacer referencia a éste. Por esa razón, la legislación que regula y se basa en el contenido es presumiblemente inválida.<sup>36</sup> Se presume contraria a la Primera Enmienda de la Constitución Federal toda reglamentación que favorezca cierta expresión sobre otra por las ideas o puntos de vista que se transmiten. Esto representa imponer un límite al contenido de la expresión.

Se permite la reglamentación gubernamental que limita el contenido de la expresión cuando ésta va dirigida precisamente a la idea o información que se quiere diseminar, por el mensaje o punto de vista específico de la expresión o por el efecto que esa información o idea pueda tener.<sup>37</sup> Cuando la reglamentación es neutral, se analizará la legislación a la luz de un escrutinio judicial intermedio.<sup>38</sup> Determinar si una ley regula contenido o es neutral no es una tarea simple. Se tiene que hacer caso a caso. Una ley regula el contenido cuando distingue entre expresiones favorecidas y no favorecidas por sus ideas o visiones.<sup>39</sup> Por el contrario, una ley es neutral cuando confiere beneficios u obstaculiza expresiones sin referencia a ideas en específico.<sup>40</sup> Los tratadistas del Derecho Constitucional Federal señalan que para que una ley pueda ser considerada neutral la regulación debe tener un punto de vista y materia neutral. Un punto de vista neutral significa que el Estado no puede regular el derecho de expresión basándose en la ideología del mensaje. La ley se considera neutral si no regula un tema en específico. Es decir, la ley se aplica a todo tipo de expresión sin importar el mensaje que se quiere transmitir.<sup>41</sup>

Sin embargo, el TSEUA ha validado leyes que, en su propio texto, regulan el contenido, pero cuya motivación y propósito es neutral. Por ejemplo, en un caso,<sup>42</sup> se concluyó que la ley que regulaba la distancia en que se podían ubicar teatros de cine para adultos respecto de zonas residenciales, iglesias, parques o escuelas era neutral porque a pesar de que limitaba una expresión en específico que era un cine para adultos, los motivos para su aprobación eran controlar los efectos secundarios de este tipo de establecimiento, como el crimen, y no restringir la libertad de expresión. Por lo tanto, aun cuando la ley regule el contenido basándose en una ideología o mensaje en específico, el Estado podría refutar y justificar que es neutral porque se aprobó con el propósito de evitar efectos secundarios de la expresión.

Cuando está en controversia la restricción gubernamental al derecho a la libertad de expresión en propiedad pública, el Tribunal Supremo Federal ha instaurado un análisis en donde el grado de expresión permitido dependerá del tipo de foro utilizado. Los tres tipos de foros de expresión son: (1) el foro público tradicional; (2) el foro público por designación y (3) el foro público no tradicional. En cuanto al primero, un foro público tradicional es un lugar que por uso y costumbre o por *fiat* gubernamental ha sido destinado a la reunión pacífica y al debate público. Las calles, aceras y parques son lugares que por excelencia se han considerado foros públicos tradicionales, ya que por tiempo inmemorial han sido reservados para el uso del pueblo y para la reunión entre ciudadanos con el fin de cultivar la comunicación y debatir sobre asuntos de interés social. En cuanto a la segunda clase de foro, el foro público por designación, consiste en aquella propiedad pública que el Estado ha abierto a la actividad expresiva. La misma no es un foro originalmente destinado a gestiones comunicativas, pero el Gobierno, por elección propia, opta por abrirlo para tales propósitos. Aunque el Estado no está obligado a proveer para fines expresivos la propiedad pública que no es catalogada tradicionalmente como un foro público, mientras lo haga deberá cumplir con el escrutinio empleado para evaluar la constitucionalidad

de la regulación de la expresión protegida en los foros públicos tradicionales. Por último, el foro público no tradicional alberga aquella propiedad pública que no ha sido destinada tradicionalmente a la reunión pacífica o al debate público y el Gobierno tampoco ha elegido abrirla para actividades expresivas. La categoría de foro público no tradicional se examina a la luz de un escrutinio judicial distinto al establecido para el foro público tradicional y el foro público por designación. Por consiguiente, en el foro público no tradicional, la protección que ofrece la Primera Enmienda de la Constitución Federal es menor. El Estado puede limitar la actividad expresiva a aquélla que sea compatible con el objetivo para el cual fue creada esta propiedad pública. La reglamentación de la expresión será válida siempre que sea razonable, aunque no tiene que ser la única ni la más razonable, neutral en cuanto a puntos de vista y siempre que no sea parte de un esfuerzo por suprimir la expresión

#### **4.La libertad de expresión y la doctrina de amplitud excesiva.**

Las doctrinas de amplitud excesiva (*overbreadth*)<sup>43</sup> e imprecisión (*vagueness*) son utilizadas para impugnar un estatuto que en su propio texto o desde su faz regulan la expresión. La imprecisión o vaguedad de una ley implica que una persona razonable no puede identificar cuál es la expresión prohibida y cual está permitida.<sup>44</sup> Una ley se considera excesivamente amplia cuando el estatuto penaliza tanto la expresión protegida como la que no lo está.

Los Tratadistas Nowak y Rotonda, en su Tratado Constitucional norteamericano, señalan que la doctrina de amplitud excesiva es aplicable cuando un estatuto que está designado para impedir o penalizar actividades que no están constitucionalmente protegidas incluye, dentro de la gama de posibles actividades, unas que están protegidas por la Primera Enmienda.<sup>45</sup> Así pues, aún en áreas sobre las cuales se puede regular el contenido, como, por ejemplo, las expresiones obscenas, la ley no puede tener el efecto de regular esta expresión y otras que sí estén protegidas por la Constitución, pues la legislación sería declarada inválida. Inclusive, El TSEUA no ha vacilado en considerar posibles aplicaciones del estatuto impugnado en otros contextos fácticos.<sup>46</sup> Existen dos aspectos primordiales en la doctrina de la amplitud excesiva. El primero es que la amplitud *excesiva*<sup>47</sup> es la que conlleva la invalidez del propio texto o de la faz<sup>48</sup> de un estatuto, por lo que no puede ser utilizado aún en contra de personas cuya conducta o expresión no está protegida por la Primera Enmienda.<sup>49</sup> El TS EEUU intentó definir en qué consistía el requisito de amplitud sustancial. Este no se reduce fácilmente a una definición exacta. El mero hecho de que uno pueda concebir algunas aplicaciones no permisibles de una ley no es suficiente para que sea susceptible de ser atacado por infringir el principio de amplitud excesiva. Tiene que existir un peligro real de que el estatuto en sí comprometa de manera significativa las protecciones reconocidas en la Primera Enmienda para personas que no se encuentran en la controversia.<sup>50</sup>

Por ejemplo, el TS EEUU invalidó una ordenanza que prohibía a una persona interrumpir a un policía mientras estaba en el ejercicio de sus funciones. Se le aplicó a una persona esta ordenanza por gritarle a un policía con el propósito de distraerlo mientras arrestaba a su amigo. El TS EEUU invalidó la ley. No se puede criminalizar una expresión protegida y no se debe dar a las autoridades policíacas la discrecionalidad de poner en vigor una ley.<sup>51</sup> No obstante, esta norma no es absoluta y se aplica caso a caso. En otros casos, el TSEUA concluyó que la ley impugnada se aplicaba a relativamente pocas situaciones donde la libertad de expresión estaría constitucionalmente protegida, por lo que no aplicó la doctrina de amplitud excesiva.<sup>52</sup>

El segundo aspecto que forma parte de la doctrina sobre la amplitud excesiva es que a la persona sobre la cual constitucionalmente se puede aplicar la ley puede argumentar que sería inconstitucional en su aplicación a terceros.<sup>53</sup> Esto es porque cuando se trata de la libertad de expresión la doctrina de amplitud excesiva es una excepción a la norma de que no se puede argumentar la constitucionalidad de un estatuto aplicándolo a hechos no relacionados con el caso o controversia.<sup>54</sup>

En ocasiones se confrontan problemas al tratar de diferenciar un ataque constitucional contra la literalidad de una ley de otro contra la norma aplicada a la conducta del litigante. Toda vez que el propósito de un ataque a la faz o texto del estatuto es demostrar que el mismo es totalmente inválido no importa cuál sea la situación, la doctrina de amplitud excesiva puede ser invocada a favor de los derechos de terceros.<sup>55</sup>

En un caso en el cual se aplicó la doctrina de amplitud excesiva y se declaró inconstitucional una ley, la ley prohibía a las personas expresarse en las terminales del aeropuerto de Los Ángeles.<sup>56</sup> El TS EEUU, en su fallo, expresó que la ley era excesivamente amplia porque prohibía toda expresión protegida. El TSEUA no aplicó la doctrina de vaguedad porque no había duda de que se prohibía todo tipo de actividad relacionada con la Primera Enmienda. En otros casos, el TS EEUU aplicó la doctrina de vaguedad y de amplitud excesiva a una misma ley. Además, el TS EEUU declaró inconstitucional una ordenanza que criminalizaba que tres o más personas se reunieran en una acera aunque esa conducta molestara a algunos transeúntes. El TS EEUU concluyó que ese tipo de legislación de por sí era “vaga” porque el término de conducta molesta no permitía que las personas supieran cuál era la conducta prohibida; era arbitrario e no razonable ya que lo que es molesto para uno no lo es para otro. Por otro lado, también determinó que la ordenanza era excesivamente amplia porque criminalizó una conducta que estaba constitucionalmente protegida.<sup>57</sup>

Ya hemos expresado que el derecho constitucional a expresarse libremente no es absoluto, pues puede subordinarse a otros intereses cuando la necesidad y conveniencia pública lo requieran. Es precisamente esta área la que corresponde delimitar en cada caso específico, ya que la libertad de palabra no es inmune a la imposición de limitaciones, siempre y cuando éstas sean interpretadas de forma restrictiva. Esta protección se entrelaza con otras protecciones constitucionales como la igual protección de las leyes, en cuyo caso existen tres criterios para determinar la razonabilidad de una clasificación a la luz de la cláusula de la igual protección de las leyes. Estos son: el escrutinio restrictivo o examen minucioso, el intermedio y el tradicional mínimo o de nexo racional.

El escrutinio estricto dispone el análisis más riguroso de la ley. Se utiliza cuando ésta presenta una clasificación sospechosa. Las clasificaciones sospechosas son aquellas que se establecen por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ideas políticas o religiosas y nacionalidad. Este escrutinio, además, se utiliza cuando infringe derechos fundamentales. Entre estos se han reconocido el derecho al voto, a la libertad de culto, a la libertad de expresión, a la vida, a la protección de la ley contra ataques abusivos a la honra y el derecho a la intimidad. Al utilizar este escrutinio el Tribunal juzgador de la controversia presume la inconstitucionalidad de la ley. El Estado tiene la carga de probar que existe un interés público apremiante que justifique la clasificación y que ésta promueve necesariamente la consecución de ese interés.

El escrutinio intermedio se utiliza cuando la clasificación legislativa afecta a intereses individuales importantes, aunque no sean necesariamente fundamentales, y al uso de criterios sensitivos de clasificación, aunque no sean necesariamente sospechosos.<sup>58</sup> En este escrutinio se

requiere que la clasificación adelante un interés gubernamental legítimo y que esté sustancialmente relacionada con éste.

El escrutinio de nexos racional se usa fundamentalmente para la legislación de tipo socioeconómico. Con este escrutinio se presume que la ley en cuestión es constitucional. Esto es, quien alega su inconstitucionalidad tiene la carga de la prueba. Además, dispone que una clasificación legislativa no será declarada inválida a menos que sea claramente arbitraria y no pueda establecerse un nexo racional entre ésta y un interés legítimo del Estado. Es decir, se mantendrá la constitucionalidad de la ley si puede concebirse razonablemente una situación de hechos que justifique la clasificación.

Acorde con lo anterior, ante una controversia que involucre el derecho a la libertad de expresión, los Tribunales deben realizar un análisis para distinguir entre:

La reglamentación gubernamental del contenido de la expresión,  
La reglamentación del tiempo, lugar y manera de la expresión,  
La reglamentación sobre el contenido de la expresión.<sup>59</sup>

Como hemos advertido, siendo la libertad de expresión un derecho fundamental, los Tribunales de EE.UU. no favorecen cualquier intervención gubernamental dirigida a impedir el contenido de una expresión. Existe una presunción de inconstitucionalidad cuando una acción del Estado va dirigida a prohibir el contenido de una expresión. Es por eso que cuando una actuación del Estado esté diseñada para afectar al contenido de una expresión, los Tribunales revisarán la constitucionalidad de dicha actuación mediante el escrutinio judicial estricto.<sup>60</sup>

Para que una actuación gubernamental sobreviva al escrutinio judicial estricto, el Estado debe justificar que la actuación gubernamental está estrechamente diseñada para alcanzar un interés público apremiante y que tal actuación es necesaria para alcanzar dicho interés. Este tipo de escrutinio es el que se está usando en los Tribunales para interpretar y analizar si la legislación que dispone sobre la pornografía no consentida supera el reto constitucional relacionado con la Primera Enmienda Federal.

El problema en EEUU es precisamente que la legislación penal estatal tiene que cumplir con definir exacta y correctamente la expresión que se quiere regular y esto, en materia de la pornografía no consentida, es complicado y, como se ha advertido, materia de evaluación caso a caso. Hay ya tres casos importantes en los Tribunales estatales norteamericanos que no han tenido un consenso en cuanto a este particular.

### **5.State v. Van Buren.<sup>61</sup>**

Este caso planteó un desafío constitucional de su faz o del texto de la ley del Estado de Vermont que prohíbe la divulgación de pornografía no consentida. El Tribunal Supremo de Vermont llegó a la conclusión de que el estatuto<sup>62</sup> era constitucional. La ley del Estado de Vermont tipifica como delito punible con no más de dos años de prisión y una multa de 2.000 dólares o ambas cosas por

*Revelar a sabiendas una imagen de una persona identificable que está desnuda o que está involucrada en una conducta sexual, sin su consentimiento, con la intención de dañar, acosar,*

*intimidar, amenazar o coaccionar a la persona representada, y cuando la divulgación causaría daño a una persona.*<sup>63</sup>

La ley de Vermont define expresamente lo que es *Desnudo y conducta sexual*. La ley deja claro que *el consentimiento a la grabación de la imagen no constituye consentimiento para la divulgación de la imagen, en cuyo caso se tipifica como un delito menos grave*. Si una persona actúa *con la intención de revelar la imagen con fines de lucro*, se tipifica en como un delito grave.<sup>64</sup> El artículo 2606 de la ley no es aplicable a imágenes que impliquen desnudez voluntaria o conducta sexual en entornos públicos o comerciales o en un lugar donde una persona no tiene una expectativa razonable de privacidad. Tampoco a información divulgada en el interés público, tales como la denuncia de conductas ilícitas, o a prácticas lícitas y comunes de aplicación de la ley, la denuncia penal, procedimientos judiciales o tratamiento médico ni a la divulgación de materiales que constituyen un asunto de interés público,<sup>65</sup> o a servicios de información o servicios de telecomunicaciones, para contenido proporcionado únicamente por otra persona.<sup>66</sup>

La ley también dispone de una causa de acción civil *contra un demandado que revela a sabiendas, sin el consentimiento del demandante, una imagen identificable del demandante mientras está desnudo o involucrado en una conducta sexual y la divulgación causa daño al demandante*.<sup>67</sup> En ese tipo de caso, el Tribunal puede ordenar medidas de restitución o indemnización, incluso órdenes de alejamiento y protección, y otros mandamientos judiciales.<sup>68</sup>

Los hechos de este caso concluidos por el Tribunal de Primera Instancia consistieron en que la parte denunciante se tomó fotografías de sí misma desnuda y las envió a la cuenta de Anthony Coon en Facebook. El Sr. Coon y la denunciante no tenían una relación, ni el Sr. Coon solicitó que enviara las fotografías. Estas imágenes estaban tipificadas bajo la definición de “desnudo” en el artículo 2606(a)(3), pero que no eran obscenos. Aunque la acusada no tenía permiso ni autorización del Sr. Coon, esta accedió a su cuenta de Facebook y descubrió las fotografías enviadas por la denunciante. La persona acusada publicó las fotografías en una página pública de Facebook y “etiquetó” a la denunciante. La parte acusada, admitió que lo hizo para vengarse de la denunciante. El Tribunal de primera instancia del Estado de Vermont consideró que las imágenes fueron *fotografías meramente desnudas*, y que no podían considerarse obscenas y, por lo tanto, eran una forma protegida de expresión y no estaban sujetas a las *clases de expresiones bien definidas de poco valor social (. . .) que el Estado puede prohibir*.<sup>69</sup> El Tribunal de Primera Instancia de Vermont razonó que, en este caso, debido a que las imágenes no eran obscenas, tenía que revisar el estatuto y sus prohibiciones bajo el escrutinio estricto para ver si superaba el crisol constitucional. En su fallo, estableció que el elemento de “venganza” del estatuto no permitía la ampliación de la expresión desprotegida en virtud de la Primera Enmienda.

En EE.UU. cuando hay un planteamiento a la constitucionalidad de una ley, la ley tiene que ser revisada en su totalidad.<sup>70</sup> También este Tribunal de Primera Instancia de Vermont analizó la ley bajo las doctrinas de amplitud excesiva e imprecisión al impugnar la parte acusada la literalidad del articulado por la cual era acusada. Como hemos explicado para tener éxito en un ataque a la constitucionalidad de una legislación por alegar que es inconstitucional la literalidad, el reclamante tiene que demostrar que no existe conjunto alguno de circunstancias bajo las cuales el estatuto sería válido, *o que el estatuto carece de cualquier extensión legítima evidente*<sup>71</sup> (Véase, nota número 46). Esto obligó al Estado de Vermont a demostrar que la ley *promueve un interés público apremiante* y que no existía ninguna *alternativa menos restrictiva* que sirviera al propósito del Estado.<sup>72</sup>



En un análisis extraordinario y ejemplar del estado de derecho de EEUU y el estatuto de pornografía no consentida estatal, el Tribunal Supremo de Vermont determinó que existe un interés público apremiante que justificó la clasificación de esta ley y que ésta promovía la consecución de ese interés apremiante del Estado.

Los fallos anteriores del TS EEUU establecen que el discurso sobre asuntos de interés privado que implican los intereses de privacidad de personas no públicas no goza del mismo grado de protección de la Primera Enmienda que la expresión sobre asuntos de interés público o relacionado con personajes públicos. En EE.UU. hace mucho tiempo que se aprobaron las leyes estatales que protegen los derechos individuales de privacidad y por ende, no están subordinadas a la protección de la libertad de expresión de la Primera Enmienda. El TS EEUU es cauteloso con las normas generales o categóricas que enmarcan la relación entre las leyes que protegen la privacidad individual y la Primera Enmienda. Este Tribunal Supremo estatal se negó a predecir si el TS EEUU añadirá a la pornografía no consentida la lista de discursos categóricamente excluidos. Fundamentó su decisión en dos consideraciones: Primero, el rechazo enfático del TS EEUU de los intentos de añadir categorías sospechosas o no reconocidas previamente, y segundo, a la renuencia a menudo repetida del TS EEUU en adoptar reglas amplias que traten las regulaciones estatales que protegen la privacidad individual en cuanto estas se relacionan con la libertad de expresión.<sup>73</sup> El Tribunal Supremo de Vermont concluyó que el interés estatal subyacente en el artículo 2606 era convincente. Esta conclusión la fundamentó en el escaso o inexistente reconocimiento que el TS EEUU tiene históricamente de la protección a la expresión de cuestiones puramente privadas. También al daño potencial a las personas víctimas de la publicación no consentida de imágenes íntimas.

Igualmente el Tribunal Supremo de Vermont determinó que la expresión regulada no guarda relación alguna con cuestiones de interés público.<sup>74</sup> Por definición, la expresión sujeta a regulación en virtud del artículo 2606 implica el más privado de los asuntos. Además, la pornografía no consentida es muy común y las lesiones que inflige son considerables. Concluyó que el artículo 2606 prueba el interés apremiante del Estado. Teniendo en cuenta la clara intención de la legislatura del Estado de Vermont de declarar las expectativas razonables de privacidad en las imágenes íntimas de sus ciudadanos y excluir del alcance del estatuto aquellas imágenes en las que una persona no tiene esa expectativa razonable, el alcance del estatuto no es más amplio de lo necesario para promover el interés del Estado en proteger las expectativas razonables de privacidad con respecto a las imágenes íntimas. Finalmente el Tribunal Supremo de Vermont rechazó las sugerencias del acusado de que las sanciones civiles son menos restrictivas que las sanciones penales, y que, dado que el estatuto incluye las sanciones penales, así como la posibilidad de responsabilidad civil, es más amplio de lo necesario para promover el interés del Estado<sup>75</sup>. En dos Estados más de EE.UU, se obtuvieron fallos sobre la constitucionalidad de los estatutos que tipifican la pornovenganza.

## **6.Ex Parte Jones.<sup>76</sup>**

Este caso del Tribunal Supremo de Texas es un caso en donde se plantea la inconstitucionalidad de la Ley de Texas al aplicar la doctrina del escrutinio estricto a un estatuto de pornografía no consentida. El Tribunal Supremo de Texas expresó que la creación intencionada de fotografías y grabaciones visuales de una persona merece la misma protección de la Primera Enmienda que fotografías y grabaciones visuales propias y que las fotografías y las grabaciones visuales son intrínsecamente expresivas y la Primera Enmienda se aplica a la distribución de tales medios expresivos de la misma manera que se aplica a su creación. Por lo que, el Tribunal Supremo de

Texas concluyó que el derecho a la libertad de expresión estaba implicado en el caso. Al igual que el Tribunal Supremo de Vermont expresó que las restricciones a la expresión basadas en el contenido se han permitido, como cuestión general, sólo cuando se limitan a las pocas categorías históricas y tradicionales de expresión y no pueden añadirse a la lista nuevas categorías de discursos desprotegidos, basándose en la conclusión de que determinados discursos son demasiado perjudiciales para ser tolerados.<sup>77</sup> Aunque el Estado de Texas argumentó que la expectativa de privacidad hace que cualquier material visual cubierto por el artículo 21.16 (b) sea un discurso desprotegido porque es contextualmente obsceno. El Tribunal expresó que “contextualmente obsceno” no es que sea “obsceno”. El Tribunal Supremo de Texas no estuvo de acuerdo con el Tribunal Supremo de Vermont, citó amplia jurisprudencia sobre lo que constituye obsceno y constituye una expresión sin protección de la Primera Enmienda. El Estado argumentó sin éxito que existe un interés apremiante del Estado en proteger a una persona de una invasión sustancial a su vida privada. La privacidad constituye un interés apremiante del Gobierno cuando el interés en la privacidad es sustancial y la invasión se produce de una manera intolerable.<sup>78</sup>

En cuanto al alcance excesivo concluyó que las regulaciones basadas en el contenido en el artículo 21.16(b) del Código Penal de Texas, sección 21.16 (b), son inconstitucionales en su literalidad en violación de la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda en la medida en que proscribía la divulgación de material visual y por ser una restricción inválida basada en el contenido excesivo e impreciso en el sentido de que viola los derechos de terceros al restringir más discurso que lo permitido por la Constitución.<sup>79</sup>

### **7.State v. Culver.**<sup>80</sup>

En un caso interesante el Tribunal de Apelaciones de Wisconsin tuvo ante sí una alegación de amplitud excesiva e imprecisión. Culver, un convicto y reincidente por violación de la Ley de Armas del Estado de Wisconsin, publicó online fotos de desnudos de A. A. L. sin su permiso. Culver admitió a la policía que publicó las fotos por rabia. En junio de 2015, Culver fue acusado de un cargo de postear o publicar una representación privada de una persona.<sup>81</sup> Fue encontrado culpable con el cargo de *publicar*, un delito menor de Clase A en ese Estado. El Tribunal de Circuito le impuso nueve meses de cárcel. Culver alegó que el estatuto contenía una amplitud excesiva por lo que tenía que demostrar inicialmente esa amplitud excesiva antes de que el Estado tenga la obligación de responder al escrutinio estricto o intermedio. El Tribunal expresó que Culver tenía que probar que *sustancialmente* el articulado era inconstitucional.<sup>82</sup> El Tribunal concluyó que el estatuto no prohibía una expresión protegida de manera sustancial por lo que, entonces, no aplicaba exigir el escrutinio estricto.<sup>83</sup>

### **Conclusión.**

En EE.UU. la legislación penal de cada Estado es la que se usa para afrontar la violencia de género en su modalidad de pornografía no consentida. Esta legislación penal incorpora en ocasiones remedios civiles. Los principales fallos judiciales resueltos en los Tribunales estatales norteamericanos comienzan a resaltar el conflicto al tipificar el delito de pornografía no consentida con el derecho constitucional fundamental norteamericano a la libertad de expresión. Esto conlleva que se declaren leyes completas o artículos de leyes que tipifican la pornografía no consentida como no constitucionales, dejando desprotegidas a cerca de 10 millones de norteamericanos víctimas de esta conducta. El primer paso para superar este conflicto constitucional y proteger a las víctimas de este tipo de violencia de género es crear delitos que eviten tipificar el contenido de la expresión privada.

---

<sup>1</sup> La protección de la dignidad del ser humano ha quedado plasmada en diferentes enunciados y tratados internacionales, por ejemplo, *en el año 1942, la Carta de las Naciones Unidas menciona los derechos humanos en 7 lugares de su texto expresamente. El quinto considerando expresa claramente*

*que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.*

El Consejo de Derechos Humanos también debe cumplir con su papel de acuerdo con su mandato de *promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo, y de una manera justa y equitativa* (GA 60/251, OP 2). En cuanto a la protección de la dignidad de la mujer citamos, por ejemplo, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas define como violencia de género:

*Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas o tales actos, la coacción o privación arbitraria, tanto si se producen en la vida pública o privada.*

<sup>2</sup> MCGLYNN, C., RACKLEY, E. y HOUGHTON, R. (2017). "Beyond revenge porn: the continuum of image-based sexual abuse". *Feminist Legal Studies*, vol. 25, no. 1, p. 25-46. ISSN 0966-3622, 1572-8455. DOI 10.1007/s10691-017-9343-2.

<sup>3</sup> EATON, A., JACOBS, H. and RUVALCABA, Y. (2017). Nationwide online study of nonconsensual porn victimization and perpetration . A summary report cyber Ccivil rights initiative, Inc. Florida International University, Department of Psychology. June, p.3-12.

<sup>4</sup> CITRON, D, FRANKS, M. (2018). Criminalizing revenge porn, 49 Wake Forest L. Rev. 345, 346 (2014). State v. VanBuren, V.T. 95 (Vt. 2018).

<sup>5</sup> GAY, R. (2014). "The great naked celebrity photo leak of 2014 is just the beginning", en *The Guardian* [en línea]. 30 septiembre.  
Disponible en: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/sep/01/celebrity-naked-photo-leak-2014-nude-women> (Consultado el 30 noviembre 2018)

<sup>6</sup> SCOTT, A. (2017). What is Non-consensual pornography? National Council of Juvenile and Family Court Judges, 21 de febrero. [en línea].  
Disponible en: <https://www.ncjfcj.org/TDVAM-Scott> (Consultado el 21 agosto de 2019).

<sup>7</sup> El Instituto Europeo para la Igualdad de Género define la pornografía no consentida. Su forma más extendida se conoce como "pornovenganza" o distribución en línea de fotografías o videos sexualmente explícitos sin el consentimiento de la persona que protagoniza dichas imágenes.

Quien comete estos actos con frecuencia es un ex-compañero que ha obtenido imágenes o videos en el curso de una relación previa y tiene como objetivo avergonzar y humillar públicamente a la víctima, en represalia por haber finalizado la relación.

Sin embargo, quienes actúan como perpetradores no son necesariamente socios o ex socios y el motivo no siempre es la venganza. Las imágenes también pueden obtenerse pirateando el ordenador, los perfiles y cuentas de las redes sociales o el teléfono de la víctima, y pueden tener como objetivo infligirle un daño en su vida real (por ejemplo, intentar despedir a una persona de su trabajo o, en algunos casos, causando suicidio). Non-consensual pornography. *EIGE* [en línea], [sin fecha].

Disponible en: <https://eige.europa.eu/rdc/thesaurus/terms/1487?lang=es> .

(Consultado el 2 de noviembre 2018).

*Telecommunications and Information Technology in Legislative Affairs*. [en línea], [sin fecha].

Disponible en:

<http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/state-revenge-porn-legislation.aspx>

(Consultado el 30 noviembre 2018).

<sup>8</sup> Su difusión al empleador o patrono de la víctima, sus compañeros de trabajo, sus familiares, sus amigos o incluso a desconocidos puede causar degradación pública, aislamiento social y humillación profesional para las víctimas. En EEUU, en una encuesta reciente, el **90% de las víctimas eran mujeres y cerca de un 93% de estas mujeres expresaron que padecían un sufrimiento y angustia emocional significativa como resultado de la pornovenganza**. MINC, A., [sin fecha]. *Revenge porn law & how to fight back*. [en línea]. Disponible en: <https://www.minclaw.com/fighting-back-revenge-porn/>.

(Consultado el 30 noviembre 2018).

<sup>9</sup> Un estudio publicado en el año 2016 por la empresa Data & Society Research Institute indicó que 1 de cada veinticinco norteamericanos o cerca de diez millones fueron víctimas de esta situación. JANJIGIAN, L., [sin fecha]. “Nearly 10 million Americans are victims of revenge porn, study finds”. *Business Insider* [en línea].

Disponible en:

<https://www.businessinsider.com/revenge-porn-study-nearly-10-million-americans-are-victims-2016-12>.

[Consultado el 30 noviembre 2018].

<sup>10</sup> Si bien es cierto que originalmente el término de venganza pornográfica o “revenge porn” se refirió a la publicación no autorizada de imágenes íntimas que surgían de una relación, ahora se utiliza para capturar la distribución ilegal de imágenes íntimas, independientemente de la relación entre atacante y víctima. El término también incluye el uso de imágenes desnudas que son falsas o alteradas. Un estudio del US Data and Research Institute publicado en el año 2016 reseñó que 1 de cada veinticinco encuestados había sido víctima de este tipo de acción. Por otro lado, una encuesta reciente reveló que el 12.8% de los participantes reportaron haber tenido una imagen de ellos sexualmente explícita divulgada sin su consentimiento o haber sido amenazados con su divulgación; mientras que el 5.2% de los participantes admitieron haber compartido una imagen sexualmente explícita de alguien sin su consentimiento en algún momento de sus vidas. De estos, el 12% admitió haberlo hecho con la intención de hacerle daño a la víctima.

<sup>11</sup> Enmd. I, Const. EE. UU., L.P.R.A., Tomo 1.

<sup>12</sup> U. S. Const. Thornhill V. Alabama, 310 U. S. 88, 95 (1940).

<sup>13</sup> .Así quedó establecido cuando en el fallo, el TS EEUU expresó *Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in the preferred position*, en *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 115 (1943).

<sup>14</sup> *Public officials are held accountable through criticisms that can pave the way for their replacement*. CHEMERINSKY, E. (2002). *Constitutional law: principles and policies*. 2nd ed. New York: Aspen Law & Business. Aspen's introduction to law series. p. 896.

<sup>15</sup> Ibidem. pág. 897.

<sup>16</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919)

<sup>17</sup> CHEMERINSKY, E. (2002). *Constitutional law: principles and policies, o.cit.*, p. 899-900.

<sup>18</sup> *Turner Broadcasting System v. Federal Communications Commission*, 512 U.S. 622, 641 (1994).

<sup>19</sup> HEMMER, J.J. (2006). "Communication law: the Supreme Court and the First Amendment". *Rev. ed. Lanham, MD: University Press of America*. KF2750 .H46 2006 Police Dep't. of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92, 95-96 (1972).

<sup>20</sup> *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 304 (1940).

<sup>21</sup> *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 1415 (1976); *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265 (1971); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476(1957).

<sup>22</sup> ROTUNDA, R. & NOWAK, J. (2008). *Treatise on constitutional law: substance and procedure*, 4ta. ed., Thomson West, Vol. 5, p. 31. CHOPER, J.H. (2008). *Constitutional law*. Chicago: Thomson/West.

<sup>23</sup> HEMMER, J.J. (2006). *Communication law: the Supreme Court and the First Amendment*. O.cit., pág. 11.

<sup>24</sup> *Nat'l ASS'N for Advancement of Colored People V. Button*, 371 U. S. 415, 444-45 (1963).

<sup>25</sup> *Rendell-Baker v. Kohn*, 457 U.S. 830 a 837-838 (1982).

<sup>26</sup> *Public Utilities Commission v. Pollak*, 343 U.S. 451, 461 (1951). *Colombia Broadcasting v. Democratic Comm.*, 412 U.S. 94, 114 (1973).

<sup>27</sup> *Marsh v. Alabama*, 362 U.S. 501 (1946) *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296 (1966).

<sup>28</sup> *Burton v. Wilmington Parking Authority* 365 U.S. 715 (1961).

<sup>29</sup> San Francisco Arts v. USOC, 483 U.S. 107 (1982); Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922 (1982); Flagg Brothers, Inc. v. Brooks, 436 U.S. 149 (1978); Jackson v. Metropolitan Edison, 419 U.S. 345 (1974).

<sup>30</sup> El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha permitido la restricción de la libertad de expresión en ciertas circunstancias, especialmente cuando se trata de la seguridad nacional.

<sup>31</sup> Virginia v. Black, 538 U. S. 343, 358 (2003).

<sup>32</sup> Brandeburgo v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969) (*per curiam*); las verdaderas amenazas, Watts v. United States, 394 U.S. 705, 708 (1969) (*per curiam*); la obscenidad, Roth v. United States, 354 U.S. 476, 483 (1957); y la pornografía infantil, Nueva York v. Ferber, 458 U.S. 747, 763-64 (1982).

<sup>33</sup> R.A.V., 505 U.S. en la p. 395.

<sup>34</sup> **Connecticut.** Ley relativa a las invasiones de la privacidad: Difusión ilegal de una imagen íntima. Delito menor clase A. Conn. General Stat. § 53a-189c; **Delaware.** Violación de la privacidad. Delito menor de clase B, delito grave de clase G si existen factores agravantes. § 1335, Título 11, del Código de la Ciudad; **Distrito de Columbia.** Penalización de la Ley de pornografía no consentida de 2014, delito, Ley 20-275 de Distrito de Columbia; **Florida.** Acoso sexual. Delito menor de primer grado, delito grave de tercer grado por violación. Estatuto de Florida 78 049; **Georgia.** Delito de invasión de la privacidad. Delito. Código de Georgia, Título 16, Capítulo 11, Artículo 3, Parte 1, 16-11-90; **Hawai.** Violación de la privacidad en primer grado. Delito grave de clase C. Leyes revisadas de Hawaii, § 711-1110.8 9; **Idaho.** Código de Idaho Videovoyeurismo. Delito. § 18-6609; **Illinois.** Código criminal de Illinois. Difusión no consentida de imágenes sexuales privadas. Delito de clase 4. § 11 a 23.5; **Iowa.** Acoso o invasión de la privacidad. Delito menor agravado. Sección 708.7, Código de 2017; **Kansas.** Delito Grave. Violación de la privacidad, Kan. § 21-6101 (a) (8); **Luisiana.** Divulgación no consentida de la imagen íntima. R. S. 14: 283.2; **Maine.** Difusión no autorizada de ciertas imágenes privadas, delito de clase D, sección 1. 17-a MRSA 511-A; **Maryland.** Código Penal Acoso § 3-809; **Michigan.** Delito menor, sección 145e. Ver también sec. 145f primer delito, punible con 93 días de sentencia o multa de hasta \$ 500; **Minnesota.** Difusión no consentida de imágenes sexuales privadas. Delito menor; delito grave si causa pérdida financiera, intención de lucro, intención de acosar, publicado en el sitio de pornografía, otros factores. Además, la condena por distribución no consentida de imágenes sexuales privadas es un delito de menor grado relacionado con los delitos de violencia doméstica. Minn. § 617.261; **Missouri.** Difusión no consentida de imágenes sexuales privadas. Delito de clase D por difusión, delito de clase E por amenaza de difusión. Mo. Apo. Stat. § 573.110 y 573.112; **Nevada.** Difusión ilegal de una imagen íntima. Delito de categoría D. NRS, capítulo 200, § 2-6; **New Hampshire.** Difusión no consentida de imágenes sexuales privadas. N. H. Apo. Stat. § 644: 9-a; **Nueva Jersey.** Código de Nueva Jersey. Invasión de privacidad, tercer grado. § 2C: 14-9; **Nuevo México.** Código Penal de Nuevo México. Distribución no autorizada de imágenes sensibles o sensitivas. Delito menor, delito grave de cuarto grado si es reincidente; **Carolina Del Norte.** Difusión de imágenes privadas, delito grave de clase H (delito menor de clase 1 si es menor de 18 años); sección 14-190 del Estatuto General. 5; **Dakota Del Norte.** Código de Dakota del Norte. Distribución de imágenes íntimas sin o contra consentimiento, clase A; Sección 12.1-17-07.2; **Oklahoma.** Delito de difusión de imágenes sexuales. Sección 1040.13 b del Título 21; **Oregón.** Delito difusión ilegal de una imagen íntima. Delito menor de clase A, delito grave de clase C si es reincidente. ORS 161.005; **Pensilvania.** Difusión ilegal de la imagen íntima. Delito menor de segundo grado. Primer grado si la persona representada es menor de edad. Título 18 de las leyes consolidadas de Pennsylvania § 3131; **Rhode Island.** Difusión no autorizada de material indecente. Delito menor por primera violación, delito grave por segunda ocasión y delito grave si el material fue utilizado para cometer

---

extorsión o “sextorsión”. Capítulo 11-64-3 de las Leyes Generales; **Dakota Del Sur**. Invasión de la privacidad. Clase 1 delito menor, clase 6 delito grave. Si la persona representada es menor de edad y el autor tiene al menos 21 años. Sección 4 del capítulo 22-21; **Tennessee**. Exposición ilegal. Delito menor clase A. Tenn. Pub. C. 872; **Texas**. Divulgación o promoción ilícitas de material visual íntimo. Delito menor clase A. Código Penal de Texas 21.16; **Utah**. Código de Utah. Distribución de imágenes íntimas, delito menos grave. § 76-5b-203; **Vermont**. Delito Divulgación ilegal de imágenes explícitas sin consentimiento. Sección 2. 13 V. S. A. § 2606; **Virginia**. Código de Virginia, difusión o venta ilegal de imágenes de otra persona. Delito menor clase 1. § 18.2-386.2; **Washington**. Distribución errónea de imágenes íntimas. Delito grave. Título 9A RCW.

<sup>35</sup> Cohen v. California, 403 U.S. 15, 24 (1971); Street v. New York, 394 U.S. 576 (1969); New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 269-270 (1964); NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 445 (1963); Wood v. Georgia, 370 U.S. 375, 388-389 (1962); Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 4 (1949); De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353, 365 (1937).

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J.J. (2009). *Derecho constitucional de Puerto Rico y relaciones constitucionales con los Estados Unidos: casos y materiales*. Bogotá: Temis. P. 972.

<sup>36</sup> R. A. V. v. City of ST. Paul, 505 U. S. 377, 382 (1992).

<sup>37</sup> TRIBE, L. H. (2000). *American constitutional law*. 3rd ed. New York: Foundation Press. P. 789-790.

<sup>38</sup> Véase, E. CHEMERINSKY. (2002). *Op cit.*, p. 902; Turner Broadcasting System v. Federal Communication Commission, 512 U.S. 622, 638 (1994).

<sup>39</sup> Turner Broad. Sys. v. FCC, supra, p. 643; Burson v. Freeman, 504 U.S. 191, 197, (1992); Boos v. Barry, 485 U.S. 312, 318-319 (1988); véase, también, E. CHEMERINSKY. (2002). *Op cit.*, p. 904.

<sup>40</sup> Turner Broad. Sys. v. FCC, 512 U.S. 622, 643 (U.S. 1994); City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent, 466 U.S. 789, 804 (1984).

<sup>41</sup> CHEMERINSKY, E. (2002). *Op.cit.*, 904-905.15.

<sup>42</sup> Renton v. Playtime Theaters, Inc., 475 U.S.41, 47-48 (1986).

<sup>43</sup> New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 769, 102 S. Ct. 3348, 3361, 73 L. Ed. 2d 1113 (1982).

<sup>44</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J.J. (2009). *Derecho constitucional de Puerto Rico y relaciones constitucionales con los Estados Unidos: casos y materiales, op. cit.* Bogotá: Temis. P. 1068.

<sup>45</sup> ROTUNDA, R. & NOWAK, J. (2008). *Treatise on Constitutional Law: substance and procedure*, op.cit. P. 39.

<sup>46</sup> NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 432 (1963).

<sup>47</sup> Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601, 615-616 (1973).

<sup>48</sup> En general, es muy difícil prevalecer en este tipo de impugnación a un estatuto, pues el estándar es altamente riguroso y lleno de complejidades para el demandante. U.S. v. Salerno, 481 U.S. 739, 745 (1987): (...) *a facial challenge to a legislative Act is, of course, the most difficult challenge to mount successfully.*

Para prevalecer en una impugnación de la literalidad de una ley, con la Constitución Federal en la mano, el reclamante tiene que demostrar que no existe conjunto alguno de circunstancias bajo las cuales el estatuto sería válido. En la página 745: *challenger must establish that no set of circumstances exists under which the Act would be valid*". Es decir, el que el estatuto impugnado pudiese, en cierto conjunto concebible de circunstancias, operar de forma inconstitucional no es suficiente para invalidarlo de raíz. Véase el caso de Salerno en la página 481, (...) *fact that the (...) Act might operate unconstitutionally under some conceivable set of circumstances is insufficient to render it wholly invalid.* Otra forma en que lo anterior se ha expresado es que, para tener éxito en este tipo de ataque, el reclamante debe establecer que el estatuto impugnado *lacks any plainly legitimate sweep.* U.S. v. Stevens, 559 U.S.460, 472 (2010).

Como bien expresó el Tribunal Supremo Federal en Washington, State Grange v. Wash. State Republican Party, 552 U.S. 442, 450 (2008) ( *citas omitidas*):

*Facial challenges are disfavored for several reasons. Claims of facial invalidity often rest on speculation. As a consequence, they raise the risk of "premature interpretation of statutes on the basis of factually barebones records."*

*Facial challenges also run contrary to the fundamental principle of judicial restraint that courts should neither " anticipate a question of constitutional law in advance of the necessity of deciding it " nor " formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which it is to be applied."*

*Finally, facial challenges threaten to short circuit the democratic process by preventing laws embodying the will of the people from being implemented in a manner consistent with the Constitution.*

*We must keep in mind that "a ruling of unconstitutionality frustrates the intent of the elected representatives of the people"*

Este riguroso estándar, aplicable a impugnaciones de la literalidad de un estatuto bajo la Constitución Federal, ha sido repetida y consistentemente aplicado por los Tribunales Federales que han considerado ataques similares a la validez de la literalidad de un estatuto bajo la Segunda Enmienda.

U.S. v. Booker, 644 F.3d 12, 22 (1er Cir. 2011): (...) *facial (...) challenge (...). must fail if (...) statute has a plainly legitimate sweep*), cert. den. \_\_\_ U.S. \_\_\_, 132 S.Ct. 1538 (2012); Hightower 693 F.3d a la pág.77; Georgia Carry.Org, Inc. v. Georgia, 687 F.3d 1244, 1260-61 (11mo. Cir. 2012), cert. den. \_\_\_ U.S. \_\_\_, 133 S.Ct. 856(2013); U.S. v. Bena, 664 F.3d 1180, 1182 (8vo. Cir.2011); U.S. v. Barton, 633 F.3d 168, 172 (3er Cir. 2011).



---

<sup>49</sup> CHEMERINSKY, E. (2002). *Constitutional law: principles and policies*, op.cit.. P.913; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J.J. (2009). *Derecho constitucional de Puerto Rico y relaciones constitucionales con los Estados Unidos: casos y materiales*, op.cit.. P. 1061-1062.

<sup>50</sup> City Council v. Taxpayers for Vincent, 466 U.S. 789 (1984) p. 800-801.

<sup>51</sup> Houston v. Hill, 482 U.S. 451 (1987), p. 466-467.

<sup>52</sup> En New York v. Ferber, 458 U.S. 747(1982).

<sup>53</sup> Virginia v. American Booksellers Assn., Inc., 484 U.S. 383, 392-393 (1988); Secretary of State v. J.H. Munson, 467 U.S. 947, 957 (1984), Schaumburg v. Citizens for a Better Environment, 444 U.S. 620, 634 (1980).

<sup>54</sup> CHEMERINSKY, E. (2002). *Constitutional law: principles and policies*, op.cit. P. 47-52

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Board of Airport Commissioners of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569 (1987).

<sup>57</sup> Coates v. Cincinnati, 402 U.S. 611 (1971).

<sup>58</sup> Turner Broad. Sys., Inc. v. F.C.C., 512 U.S. 622, 642, 114 S. Ct. 2445, 2459, 129 L. Ed. 2d 497 (1994).

<sup>59</sup> Clark v. Cmty. for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288, 294 n.5, 104 S. Ct. 3065, 3069 n.5, 82 L. Ed. 2d 221 (1984).

<sup>60</sup> Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552, 571, 131 S. Ct. 2653, 2667, 180 L. Ed. 2d 544 (2011).

<sup>61</sup> 2018 VT 95

<sup>62</sup> 13 V.S.A. § 2606.

<sup>63</sup> 13 V. S. A. § 2606 (b) (1).

<sup>64</sup> Violación de § 2606 (b) (1).

<sup>65</sup> § 230 (f) (2).

<sup>66</sup> Como se definen en el artículo 153 del 47 United States Code (U.S.C).

<sup>67</sup> Artículo 2606 (e) (1).

<sup>68</sup> Artículo 2606 e) (2).

<sup>69</sup> Connick V. Myers, 461 U. S. 138, 147 (1983).

<sup>70</sup> United States V. Berry, 683 F. 3d 1015, 1020 (9th Cir. 2012); véase United States v. Osinger, 753 F. 3d 939, 943 (9th Cir. 2014).

<sup>71</sup> United States v. Stevens, 559 U. S. 460, 472 (2010).

<sup>72</sup> United States v. Playboy, Inc. 803, 813 (2000); véase también Williams-Yulee C. Bar, 135 S. Ct. 1656, 1665-66 (2015) explicando que el Estado lleva la carga de demostrar que la ley sobrevive el escrutinio estricto.

<sup>73</sup> El TS EEUU ha evitado pronunciamientos amplios y ha definido el tema en cuestión de manera restrictiva, generalmente resolviendo rápidamente la tensión a favor de la libertad de expresión en el contexto de la expresión sobre asuntos de interés público, reservándose expresamente el juicio sobre el equilibrio adecuado en los casos en que la palabra involucra asuntos puramente privados.

<sup>74</sup> Por definición, las imágenes deben representar la desnudez o la conducta sexual, artículo 2606 b) 1); deben difundirse sin el consentimiento de la víctima; no se puede incluir imágenes en donde una persona no tiene una expectativa razonable de privacidad, artículo 2606 (d) (1); no se puede incluir la divulgación de imágenes hecha en interés público, incluyendo la información relativa a diversas materias especificadas, 2606 d) 2); y no puede constituir una cuestión de interés público, en artículo 2606 d) 3).

<sup>75</sup> El TS EEUU ha reconocido que las sanciones civiles y penales no tienen una jerarquía clara desde el punto de vista de la protección de la expresión.

<sup>76</sup> Nº 12-17-00346-CR (Tex. App. Apr. 18, 2018).

<sup>77</sup> United States V. Álvarez, 567 U. S. 709, 717, 132 S. Ct. 2537, 2544, 183 L. 2d 574 (2012).

<sup>78</sup> Véase Snyder V. Phelps, 562 U. S. 443, 459, 131 S. Ct. 1207, 1220, 179 L. 2d 172 (2011).

<sup>79</sup> State v. Johnson, No. A18-0112 (Mich. Ct. App. June 11, 2018), un caso parecido a los anteriormente presentados en el que hubo un intento, en una de las vistas que efectuó el Tribunal, de plantear la amplitud y la vaguedad del estatuto, pero como no se presentó ante el Tribunal de Primera Instancia y no se planteó en la apelación, el Tribunal de Apelaciones del Estado no lo consideró. Sin embargo, al examinar el Estatuto no nos queda la menor duda de que si se hubiese planteado hubiese sido exitoso. De una manera similar se expresó el Tribunal de Texas en otro caso reciente.

<sup>80</sup> Appeal No. 2016AP2160-CR (Wis. Ct. App. Aug. 29, 2018).

<sup>81</sup> WISCONSIN STAT. § 942.09(3m)[6](3m) (a) [WIS. STAT. §] 948.05 o 948.12

<sup>82</sup> WIS. § 942.09(1)(am) y (d).

<sup>83</sup> WIS. Estado § 942.09 (1)

## Bibliografía

- BROWN, J., 2018. "Revenge porn" and the actio iniuriarum: using "old law" to solve "new problems". *Legal Studies*, vol. 38, no. 03, pp. 396-410. ISSN 0261-3875, 1748-121X. DOI 10.1017/lst.2018.8.
- CHOPER, J.H., 2008. *Constitutional law*. Chicago: Thomson/West. ISBN 9780314191397.
- DICKSON, A., 2016. "Revenge Porn": A Victim Focused Response. *UniSA Student Law Review* [en línea], vol. 2. [Consulta: 30 noviembre 2018]. ISSN 2206-1398. DOI 10.21913/USLRunisaSlr.v2i0.1357. Disponible en: <http://ojs.unisa.edu.au/index.php/uslr/article/view/1357>.
- Facebook joins FIDO Board as it tackles "revenge porn". *Biometric Technology Today*, 2018. vol. 2018, no. 6, pp. 3. ISSN 09694765. DOI 10.1016/S0969-4765(18)30076-6.
- Facebook "revenge porn" lawsuit hits Mark Zuckerberg where it hurts | Salon.com. [en línea], [sin fecha]. [Consulta: 27 noviembre 2018]. Disponible en: [http://www.salon.com/2014/07/30/facebook\\_revenge\\_porn\\_lawsuit\\_hits\\_mark\\_zuckerberg\\_where\\_it\\_hurts/](http://www.salon.com/2014/07/30/facebook_revenge_porn_lawsuit_hits_mark_zuckerberg_where_it_hurts/).
- FRANKS, M.A., 2013a. Criminalizing Revenge Porn: A Quick Guide. *SSRN Electronic Journal* [en línea], [Consulta: 30 noviembre 2018]. ISSN 1556-5068. DOI 10.2139/ssrn.2337998. Disponible en: <http://www.ssrn.com/abstract=2337998>.
- GAY, R., 2014. The Great Naked Celebrity Photo Leak of 2014 is just the beginning | Roxane Gay. *The Guardian* [en línea]. 30 septiembre 2014. [Consulta: 30 noviembre 2018]. ISSN 0261-3077. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/sep/01/celebrity-naked-photo-leak-2014-nude-women>.
- GOLDSWORTHY, T., RAJ, M. y CROWLEY, J., 2017. "Revenge Porn": An Analysis of Legislative and Policy Responses. *International Journal of Technoethics*, vol. 8, no. 2, pp. 26-41. ISSN 1947-3451, 1947-346X. DOI 10.4018/IJT.2017070103.
- HAYNES, J., 2018. Legislative Approaches to Combating "Revenge Porn": A Multijurisdictional Perspective. *Statute Law Review*, vol. 39, no. 3, pp. 319-336. ISSN 0144-3593, 1464-3863. DOI 10.1093/slr/hmx008.
- HEMMER, J.J., 2006a. *Communication law: the Supreme Court and the First Amendment*. Rev. ed. Lanham, MD: University Press of America. ISBN 9780761834984. KF2750 .H46 2006.
- HUMBACH, J.A., 2014. How to Write a Constitutional "Revenge Porn" Law. *SSRN Electronic Journal* [en línea], [Consulta: 30 noviembre 2018]. ISSN 1556-5068. DOI 10.2139/ssrn.2517610. Disponible en: <http://www.ssrn.com/abstract=2517610>.

JANJIGIAN, L., [sin fecha]. Nearly 10 million Americans are victims of revenge porn, study finds. *Business Insider* [en línea]. [Consulta: 30 noviembre 2018]. Disponible en: <https://www.businessinsider.com/revenge-porn-study-nearly-10-million-americans-are-victims-2016-12>.

LAGESON, S.E., MCEL RATH, S. y PALMER, K.E., 2018. Gendered Public Support for Criminalizing “Revenge Porn”. *Feminist Criminology*, pp. 155708511877339. ISSN 1557-0851, 1557-086X. DOI 10.1177/1557085118773398.

MARTINEZ, C., 2014. An Argument for States to Outlaw “Revenge Porn” and for Congress to Amend 47 U.S.C. §230: How Our Current Laws Do Little to Protect Victims. *Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy*, vol. 14, no. 2, pp. 236-252. ISSN 2164-800X. DOI 10.5195/TLP.2014.141.

MCGLYNN, C., RACKLEY, E. y HOUGHTON, R., 2017. Beyond “Revenge Porn”: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse. *Feminist Legal Studies*, vol. 25, no. 1, pp. 25-46. ISSN 0966-3622, 1572-8455. DOI 10.1007/s10691-017-9343-2.

MINC, A., [sin fecha]. Revenge Porn Law & How to Fight Back. [en línea]. [Consulta: 30 noviembre 2018]. Disponible en: <https://www.minclaw.com/fighting-back-revenge-porn/>.

non-Consentida o consensuada pornography. *EIGE* [en línea], [sin fecha]. [Consulta: 30 noviembre 2018 a]. Disponible en: <https://eige.europa.eu/rdc/thesaurus/terms/1487?lang=es>.

non-Consentida o consensuada pornography. *EIGE* [en línea], [sin fecha]. [Consulta: 30 noviembre 2018 b]. Disponible en: <https://eige.europa.eu/rdc/thesaurus/terms/1487>.

Telecommunications and Information Technology in Legislative Affairs. [en línea], [sin fecha]. [Consulta: 30 noviembre 2018]. Disponible en: <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/state-revenge-porn-legislation.aspx>.

TRIBE, L.H., 2000. *American constitutional law*. 3rd ed. New York, N.Y: Foundation Press. ISBN 9781566627146. KF4550 .T785 2000.

WALDMAN, A.E., 2015. A Breach of Trust: Fighting “Revenge Porn”. *SSRN Electronic Journal* [en línea], [Consulta: 30 noviembre 2018]. ISSN 1556-5068. DOI 10.2139/ssrn.2698722. Disponible en: <https://www.ssrn.com/abstract=2698722>.