

LAS REDES SOCIALES Y LA PRIMERA ENMIENDA: CENSURA GUBERNAMENTAL EN LA ERA DIGITAL

ARTÍCULO

HENRY DAMIÁN RODRÍGUEZ GRACIA*

[L]a era digital es una revolución de proporciones históricas, todavía no podemos apreciar sus dimensiones completas y su vasto potencial de alterar la forma en que pensamos, en que nos expresamos y en definir quiénes queremos ser. Las fuerzas y direcciones del Internet son tan nuevas, tan proteicas, y de tanto alcance que los tribunales deben ser conscientes de que lo que dicen hoy podría quedar obsoleto mañana.¹

Juez Anthony Kennedy

INTRODUCCIÓN.....	120
I. COROLARIOS DE LA PRIMERA ENMIENDA: FORO PÚBLICO, REGULACIONES A LA EXPRESIÓN Y DISCURSO GUBERNAMENTAL.....	122
A. <i>La Primera Enmienda</i>	122
i. Génesis.....	122
ii. El libre mercado de ideas.....	123
iii. Éxodo.....	125
A. La doctrina del foro público.....	130
B. Regulaciones a la expresión.....	133
i. Regulaciones en radio y televisión.....	135
ii. Regulaciones en internet.....	136
C. Discurso gubernamental —government speech— y discurso compelido.....	138
II. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL A LAS REDES SOCIALES AL AMPARO DE LA PRIMERA ENMIENDA: ¿SON FOROS PÚBLICOS?.....	139
A. La libertad de expresión en el internet.....	139
B. <i>Laurenson v. Hogan</i>	142
C. <i>Davison v. Randall</i>	143

* *Juris Doctor*, Universidad de Puerto Rico. Director del Volumen 90 de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Dedico este artículo a todos los defensores de la libertad de expresión. Agradezco a los compañeros Jose E. Rivera Aparicio, Julia Pagán, Alondra Arias, Agnes Torres, Rebecca Quintana, Sofía Blasini y José Pérez por su ayuda en la edición de este artículo.

D. Robinson v. Hunt County	145
E. Knight First Amendment Inst. v. Trump/Biden	146
i. Corte de Distrito	146
ii. Circuito de Apelaciones	147
iii. Corte Suprema: la mirada sobre las <i>bigtechs</i>	147
III. PROPUESTA DE POLÍTICAS PARA EL MANEJO DE LAS REDES SOCIALES DEL GOBIERNO DE PUERTO RICO Y SUS FUNCIONARIOS	148
A. Acceso a la información pública.....	149
B. Políticas.....	150
CONCLUSIÓN	151

INTRODUCCIÓN

En nuestra era moderna e interconectada se esconden nuevos enemigos de la libertad: políticos y funcionarios ejerciendo la censura en las redes sociales. Con el clic de un botón, cualquier oficial público puede bloquear —y por ende censurar arbitrariamente— a todos los ciudadanos que expresen un punto de vista distinto al suyo. Por la más mínima provocación, cualquier político electo queda tentado a aislarse del escrutinio público y excluir de su ciberespacio a ciertos usuarios del internet. Ese ciberespacio constituye las nuevas aceras, calles y plazas públicas: recintos de la libertad de expresión y del debate público.

“[E]n el debate público, nuestros propios ciudadanos deben tolerar expresiones insultantes, e incluso ultrajantes, a fin de proporcionar un “espacio de respiro” adecuado a las libertades protegidas por la Primera Enmienda.”² Indudablemente, el debate público contemporáneo se ha trasladado a las plataformas digitales. El espacio digital ha asumido una significación importante, al punto de que la conectividad y la libertad de expresión en el internet ya están comprendidos dentro de los derechos humanos.³ Esas plataformas digitales representan un cambio fundamental en la forma en que discurren las expresiones y la interacción social, y esas dinámicas sociales tienen el potencial de generar nuevos conflictos de derechos de expresión. Ante esos conflictos, el *espacio respiro adecuado* se hace más necesario que nunca.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que la doctrina del foro público es un subconjunto de la jurisprudencia de la Primera Enmienda. En esencia, esta doctrina prohíbe o limita la interferencia gubernamental en el *contenido* de la expresión pública en

¹ Packingham v. North Carolina, 137 S. Ct. 1730, 1736 (2017) (traducción suplida).

² Boos v. Barry, 485 U.S. 312, 322 (1988) (traducción suplida) (*citando a* Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46, 56 (1988)).

³ El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU) aprobó una resolución en el 2018 afirmando que:

1. *Afirma* que los mismos derechos que tienen fuera de línea las personas también deben protegerse en línea, *en particular la libertad de expresión*, lo que es aplicable independientemente de las fronteras

lugares controlados o dominados por el gobierno.⁴ La doctrina que dimana de la libertad de expresión es extensa y en ocasiones amorfa, pero queda un asunto que la Corte Suprema debe resolver: si esta doctrina se debe extender a las redes sociales y, en consecuencia, si los usuarios del internet están protegidos por la Primera Enmienda al expresarse en los foros digitales. En los pasados años, tres tribunales de apelaciones federales extendieron la doctrina de foros públicos a las redes sociales de determinados oficiales públicos y sentenciaron que es inconstitucional el bloqueo que esos oficiales ejercieron contra los cibernautas. En *Davison v. Randall*, el Cuarto Circuito de la Corte de Apelaciones sostuvo que la página de Facebook de una funcionaria local es un foro público y, por ende, la funcionaria no puede ni bloquear ni borrar los comentarios de constituyentes que la critican.⁵ En *Robinson v. Hunt County*, el Quinto Circuito concluyó que constituye una discriminación impermisible que se bloquee a un usuario de una *fanpage* del *Sheriff* del condado solo porque haya expresado opiniones adversas a la oficina del *Sheriff*.⁶ Por su parte, en *Knight First Amendment Institute v. Trump*, el Segundo Circuito concluyó que el presidente Donald Trump creó un foro público en su cuenta de Twitter y, en consecuencia, no puede bloquear usuarios que lo critiquen en sus tuits.⁷

En estas notas pretendo abordar las siguientes controversias: ¿Qué tipo de foro es el espacio cibernético? ¿Qué constituye un foro público en las redes sociales? ¿La Primera Enmienda priva de su derecho a un oficial del gobierno a bloquear cuentas de terceros si usa esa cuenta personal en parte para anunciar acciones y políticas oficiales? Además,

y por conducto de cualquier medio de su propia elección, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

2. *Reconoce* la naturaleza global y abierta de internet como fuerza motriz de la *aceleración de los progresos en la consecución del desarrollo en sus diversas formas*, especialmente en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible;
3. *Exhorta* a los Estados a promover y facilitar la cooperación internacional destinada a desarrollar los medios de comunicación y los servicios y tecnologías de la información y las comunicaciones en todos los países;
4. *Afirma* que una educación de calidad contribuye de manera decisiva al desarrollo, por lo que exhorta a los Estados a promover el alfabetismo digital y a *facilitar el acceso a la información en internet* a los niños, lo que puede ser una importante herramienta para facilitar la promoción del derecho a la educación, y a apoyar módulos de aprendizaje similares en el ámbito extraescolar;
5. *Exhorta* a los Estados a *cerrar las brechas digitales*, especialmente la existente entre los géneros, y a aumentar el uso de la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el pleno disfrute de los derechos humanos para todos
-
16. *Condena inequívocamente* las medidas que, en violación del derecho internacional de los derechos humanos, impiden o perturban la capacidad de una persona para buscar, recibir o transmitir información en línea, y exhorta a los Estados a abstenerse de adoptar esas medidas y a ponerles fin, así como a asegurarse de que las leyes, políticas y prácticas nacionales sean compatibles con sus obligaciones internacionales de derechos humanos en cuanto a la libertad de opinión y de expresión en línea; G. A. Res. 38/7, Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet en la pág. 4 (5 de julio de 2018) (énfasis suplido).

4 Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n, 460 U.S. 37, 45-46 (1983) (énfasis suplido) (*citando a* Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263, 269-70 (1981)).

5 Davison v. Randall, 912 F.3d 666, 691 (4th Cir. 2019).

6 Robinson v. Hunt County, Texas, 921 F.3d 440-41 (5th Cir. 2019).

7 Knight First Amendment Institute v. Trump, 928 F.3d 226, 237 (2nd Cir. 2019).

propongo un modelo de guías para el manejo de redes sociales del Gobierno de Puerto Rico y sus funcionarios.

I. COROLARIOS DE LA PRIMERA ENMIENDA: FORO PÚBLICO, REGULACIONES A LA EXPRESIÓN Y DISCURSO GUBERNAMENTAL

Se creían libres y nadie será libre mientras haya plagas.⁸

Albert Camus, *La Peste*

A. La Primera Enmienda

i. Génesis

La protección de la libertad de expresión encontró su hogar en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La primera de las enmiendas que componen la Carta de Derechos fue ratificada el 15 de diciembre de 1791 y reza así: “[e]l Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.⁹ Este mandato constitucional incluye los derechos a la libertad de palabra, de prensa, de reunión y de petición —que es el derecho que permite a los ciudadanos reclamar ante el gobierno una compensación por agravios. De la cláusula de la libertad de expresión también dimanan tres reglas fundamentales: (1) la regla general es que el gobierno no podrá imponer censura previa sobre la expresión; (2) tampoco puede regular directamente el contenido de la expresión si no tiene un interés apremiante que lo justifique; (3) sin embargo, el gobierno sí puede imponer regulaciones neutrales en tiempo, lugar y manera de expresión, siempre y cuando esa regulación sea la menos onerosa y no sea una regulación vaga.

Sin embargo, la libertad de expresión no siempre tuvo la supremacía que tiene hoy. Durante la revolución estadounidense, el presidente John Adams firmó la *Ley de Extranjeros y Sedición* de 1798.¹⁰ La puesta en vigor de esta ley condujo al arresto de muchos editores de periódicos que se atrevieron a lanzar duras críticas contra la administración de Adams. La Corte Suprema nunca tuvo la oportunidad de declararla inconstitucional pues, con la victoria del presidente Thomas Jefferson en 1800, la ley se derogó.¹¹ Seis décadas después, durante la Guerra Civil de los Estados Unidos, comandantes del ejército arrestaban a

⁸ ALBERT CAMUS, *LA PESTE* 20 (1947).

⁹ CONST. EE. UU. enm. I (énfasis suplido).

¹⁰ An act for the punishment of certain crimes against the United States (Sedition Act of 1798), ch. 74, 2 Stat. 596 (1798) (expiró 1801).

¹¹ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 276 (1964) (traducción suplida) (afirmando el Juez Brennan, en el famoso caso de *Sullivan* en 1964 estipuló que, “los ataques a la validez [de la *Ley de Sedición*] han triunfado en el tribunal de la historia”).

ciudadanos y periodistas que expresaran o publicaran críticas contra la guerra o contra las políticas del presidente Abraham Lincoln.¹² En ese periodo, la Corte Suprema tampoco se expresó sobre la validez de esos arrestos pues el precedente del caso de *Barron v. Baltimore* de 1833 concluyó que la Carta de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos solo obligaba al gobierno nacional.¹³

Los valores esenciales de la libertad de expresión pueden circunscribirse a cinco: la verdad, la democracia, la autorrealización o autonomía, la valentía cívica y la desconfianza en el gobierno.¹⁴ Es por ello que, a partir del siglo XIX, la libertad de expresión se empieza a ver como un derecho fundamental y esencial “para el ‘control sobre [los] gobernantes, el cual reside en el pueblo libre de los Estados Unidos’”.¹⁵ Por fortuna, luego de la Primera Guerra Mundial, la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda se empieza a robustecer. Cada uno de los cinco valores son destacables por sí mismos, pero el valor de la *verdad* sostiene la génesis jurisprudencial de la preeminencia de la Primera Enmienda en la gran nación norteamericana. John Stuart Mill, uno de los pensadores más influyentes del liberalismo clásico, estimaba en su tratado sobre la libertad que incluso la falsedad debe ser protegida de la autoridad de quien la quiera acallar, pues solo impidiendo la censura se vitaliza la verdad.¹⁶ Lo que afirmaba Stuart Mill resonó más tarde en las paredes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y el juez Oliver Wendell Holmes Jr. —uno de los exponentes más notorios del realismo jurídico— se encargó de la defensa de lo que llamó el *free marketplace of ideas*.

ii. El libre mercado de ideas

El concepto del libre mercado de ideas surgió en la jurisprudencia norteamericana gracias a la opinión disidente del juez Wendell Holmes en el destacado caso de *Abrams v. United States*.¹⁷ Allí, la mayoría de la Corte Suprema, siete de los nueve integrantes,¹⁸ confirmó la condena de 20 años de cárcel impuesta contra varios jóvenes “al amparo de

¹² Frederick P. Lewis, *Oliver Wendell Holmes Jr. and the “Marketplace of Ideas”: Experience Proves To Be the “Life of the Law”*, en *JUDGING FREE SPEECH: FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE OF US SUPREME COURT JUSTICES* 29 (Helen J. Knowles & Steven B. Lichtman eds., 2015).

¹³ *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243, 249 (1833).

¹⁴ PAUL HORWITZ, *FIRST AMENDMENT INSTITUTIONS* 27 (2013).

¹⁵ DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 12 (2014) (traducción suplida).

¹⁶ Stuart Mill decía:

[L]a opinión que se intenta suprimir por la autoridad puede ser verdadera. Los que desean suprimirla, por supuesto niegan su verdad; *pero no son infalibles*. No tienen autoridad para decidir la cuestión por toda la humanidad, y excluir a cualquier otra persona de los medios de juicio. Negar la oportunidad de escuchar una opinión, porque están seguros de que es falsa, es suponer que su certeza es lo mismo que la certeza absoluta. Todo silenciamiento de la discusión es una suposición de infalibilidad.

JOHN STUART MILL, *ON LIBERTY* 19 (Batoche Books 2001) (1859) (traducción suplida) (énfasis suplido).

¹⁷ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624-31 (1919) (Holmes, J., opinión disidente).

¹⁸ En *Abrams*, el juez Clarke emitió la opinión de la mayoría, a la que se le unieron los jueces White, McKenna, Day, Van Devanter, Pitney y McReynolds. El juez Holmes emitió una opinión disidente, a la que se le unió el juez Brandeis.

la *Ley de Sedición* de 1918—¹⁹ por la distribución de folletos que defendían sus opiniones políticas. Durante la Primera Guerra Mundial, Jacob Abrams y otros cuatro inmigrantes rusos que residían en la ciudad de Nueva York imprimieron y distribuyeron unos folletos que condenaban la intervención de los Estados Unidos en la Revolución Rusa en la que participaban los bolcheviques “un grupo de revolucionarios que se identificaban como comunistas.”²⁰ Estos folletos no se referían a la guerra que Estados Unidos emprendió contra Alemania. Sin embargo, en el curso de una marcha a las oficinas del sindicato *Workers of America*, se circuló un folleto que abogaba por una huelga general y un llamamiento a las armas si Estados Unidos intervenía en Rusia.²¹ La Corte decidió aplicar el *clear and present danger test*,²² y coligió que el propósito y el efecto natural de las acciones de los acusados era “derrotar los planes de guerra del Gobierno [a través de la] parálisis de una huelga general.”²³ Interesantemente, el *clear and present danger test* fue elaborado por el juez Holmes en un caso anterior, *Schenck v. United States*.²⁴ Las palabras del juez Holmes en *Schenck* cimentaron la doctrina:

La protección más estricta de la libertad de expresión no protegería a un hombre que grita falsamente *fuego* en un teatro y causa pánico. . . . La cuestión en cada caso es si las palabras utilizadas . . . crean un *peligro claro y presente* de que provoquen los males sustanciales que el Congreso tiene derecho a prevenir. *Es una cuestión de proximidad y grado*. Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que podrían decirse en tiempos de paz son un obstáculo tal que su pronunciamiento no se soportará mientras los hombres luchan, y que ningún tribunal podría considerarlas protegidas por ningún derecho constitucional.²⁵

Sin embargo, en su opinión disidente en *Abrams*, el juez Holmes tuvo una mirada más libertaria y sus palabras pasaron a ser uno de los pasajes más notables del Derecho Constitucional estadounidense. Holmes consideró que las acciones de los acusados no representaban un peligro real e inmediato para la seguridad de la nación, y concluyó que los panfletos eran publicaciones tontas por hombres desconocidos.²⁶ Al tratarse de la libertad de expresión, Holmes abogó por un criterio de intención más estricto que el de la mayoría. Para Holmes, como los acusados pretendían ayudar a Rusia y no a la Alemania

19 Seditio Act of 1918, ch. 75, 40 Stat. 553 (1918) (traducción suplida) (derogada 1921) (tipificando como delito hablar o publicar deliberadamente un lenguaje *desleal* sobre el sistema político estadounidense o incitar o abogar por “cualquier reducción de la producción [. . .] necesaria o esencial para la prosecución de la guerra [. . .] con la intención [. . .] de reducir u obstaculizar a los Estados Unidos en la prosecución de la guerra”).

20 *Abrams*, 250 U.S. en las págs. 617-18 (traducción suplida) (donde la Corte describe a estos cinco inmigrantes como jóvenes “inteligentes [y] de considerable escolaridad”).

21 *Id.* en la pág. 626 (Holmes, J., opinión disidente).

22 *Id.* en la pág. 624 (“[t]hus it is clear not only that some evidence but that much persuasive evidence was before the jury tending to prove that the defendants were guilty as charged. . .”).

23 *Id.* en la pág. 622 (traducción suplida).

24 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

25 *Id.* en la pág. 52 (traducción suplida) (énfasis suplido).

26 *Abrams*, 250 U.S. en la pág. 628 (Holmes, J., opinión disidente).

enemiga de los Estados Unidos, la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda protegía los folletos. Luego dictó una de las proposiciones más elocuentes en la historia de la Primera Enmienda:

[E]l bien final deseado se alcanza mejor mediante el *libre mercado de ideas*[,] que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único terreno sobre el que pueden llevarse a cabo sus deseos con confianza. Esa es en todo caso la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como toda la vida es un experimento. . . . Mientras ese experimento forme parte de nuestro sistema, creo que *debemos estar eternamente vigilantes contra los intentos de controlar la expresión de opiniones que detestamos* y creemos que están cargadas de muerte, a menos que amenacen de forma tan inminente con interferir inmediatamente en los propósitos legítimos y apremiantes de la ley que se requiera un control inmediato para salvar al país.²⁷

Debemos reafirmar el principio del libre mercado de ideas a nuestra era moderna y llena de noticias falsas —*fake news*— pues la verdad siempre debe prevalecer aun ante la aparente inmensidad de las falsedades.²⁸ A fin de cuentas, la verdad se defenderá sola. La desinformación se combate con más información, no suprimiendo la primera. En nuestra democracia que tanto glorificamos, el debate sobre políticas públicas, sobre las acciones del gobierno y sobre las ideas de los políticos y candidatos debe ser libre y esencial para inculcar los valores democráticos y para proveer los foros adecuados de libertad de expresión. En las palabras de Noam Chomsky, “[s]i no creemos en la libertad de expresión de las personas a quienes detestamos, no creemos en ella para nada”.²⁹ Las palabras pueden herir, pero también pueden cimentar una zapata firme de fiscalización y vigilancia continua al gobierno. La defensa del libre mercado de ideas es fundamental para el análisis que expongo en el acápite II de este trabajo.

iii. Éxodo

El test de peligro claro y presente tuvo su éxodo paulatinamente. En 1925, seis años después de *Abrams*, la Corte Suprema elaboró el test de *bad tendency* para medir la tendencia de las palabras que incitaban a la violencia o a actos ilegales. En *Gitlow v. New York*, la Corte dictó que el test de peligro claro y presente es diferente de la norma de *bad tendency*.³⁰ En este caso, se condenó a Benjamin Gitlow por publicar material que

27 *Id.* en la pág. 630 (traducción suplida) (énfasis suplido).

28 Cf. PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, LA CONJURA DE LOS IGUALES: EL MITO DEL MERCADO DE LAS IDEAS 244 (2004).

29 *Intellectual Freedom Quotes*, AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION, <https://www.ala.org/aboutala/intellectual-freedom-quotes> (última visita 20 de noviembre de 2021) (resaltando una expresión hecha por Noam Chomsky en una entrevista con John Pilger en *The Late Show*, un programa televisado por BBC, en 1992).

30 *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 670-71 (1925).

abogaba por la reconstrucción comunista de la sociedad.³¹ A diferencia del test de peligro claro y presente, el test de *bad tendency* no propone ninguna distinción basada en las circunstancias. “No se cuestiona que un Estado, en el ejercicio de su poder de razón, pueda castigar a quienes abusan de esta libertad con expresiones contrarias al bienestar público, que tienden a corromper la moral pública, a incitar al crimen o a perturbar la paz pública”.³² El *bad tendency test*, por lo tanto, solo protege el discurso inocuo,³³ y criminaliza todos los libelos sediciosos. En el caso de *Herndon v. Lowry*,³⁴ la mayoría de la Corte acogió el test de peligro claro y presente. Por voz, del juez Owen J. Roberts, la Corte rechazó el *bad tendency test* como norma apropiada para identificar las protecciones de la Decimocuarta Enmienda.³⁵

Finalmente, la Corte, en *Brandenburg v. Ohio*, sentenció que el discurso que aboga por una conducta ilegal está protegido por la Primera Enmienda, a menos que el discurso tenga el potencial de incitar a una “acción ilegal inminente”.³⁶ En *Brandenburg*, la Corte revocó la condena de Clarence Brandenburg, un miembro del Ku Klux Klan que había hecho declaraciones incendiarias.³⁷ La opinión *per curiam* insiste en que sólo se debe castigar las expresiones que “están dirigidas a incitar o producir una acción ilegal inminente y que sea probable que incite o produzca dicha acción”.³⁸ En el caso *Hess v. Indiana*,³⁹ la Corte aplicó *Brandenburg* y dijo que, antes de que las manifestaciones de un individuo pudieran entrar en la categoría no protegida de incitación a una acción ilegal inminente, las expresiones debían conducir a un “desorden inminente”.⁴⁰ De hecho, el Congreso de los Estados Unidos debatió en torno al cuestionamiento de si las palabras del presidente Trump en su discurso del 6 de enero de 2021 constituyeron una incitación a una acción ilegal inminente.⁴¹ “If you don’t fight like hell you’re not going to have a country anymore” fue una de las líneas del discurso del Presidente.⁴²

Un recorrido riguroso y extenso sobre el desarrollo de la doctrina de libertad de expresión sobrepasa los propósitos de este trabajo. Sin embargo, el trasfondo que he elaborado en la Tabla 1 nos sirve para un examen general de la doctrina.

31 *Id.* en la pág. 655.

32 *Id.* en la pág. 667 (traducción suplida).

33 “Que no hace daño”. Inocuo, *cua*, RAE, <https://dle.rae.es/inocuo?m=form> (última visita 20 de noviembre de 2021).

34 *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937).

35 *Id.* en las págs. 256-59.

36 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

37 *Id.* en las págs. 444-45.

38 *Id.* en la pág. 447.

39 *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973).

40 *Id.* en la pág. 109.

41 Sam Cabral, *Capitol riots: Did Trump’s words at rally incite violence?*, BBC NEWS (14 de febrero de 2021), <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-55640437> (última visita 20 de noviembre de 2021).

42 *Id.*

TABLA 1. PRECEDENTES JUDICIALES IMPORTANTES, DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Fecha	Caso
1919	<p>Schenck v. United States Se confirma por unanimidad la condena de un panfletario contra el reclutamiento militar durante la Primera Guerra Mundial. Se establece el <i>clear and present danger test</i>.⁴³</p>
1919	<p>Abrams v. United States La Corte aplica el <i>clear and present danger test</i> para confirmar la condena de un manifestante contra la injerencia de EE.UU. en la revolución rusa. El juez Holmes disiente, argumenta que el manifestante no era un peligro y describe la libertad de expresión como una consecución del libre mercado de ideas.⁴⁴</p>
1925	<p>Gitlow v. New York Se extiende la aplicabilidad de la Primera Enmienda a los actos de los Estados. Se confirma la condena de un legislador socialista de New York al amparo de la ley local sobre el <i>Left Wing Manifesto</i>. El juez Holmes disiente.⁴⁵</p>
1942	<p>Chaplinsky v. New Hampshire Se confirma por unanimidad la condena de un testigo de Jehová que llamó a un policía “maldito chantajista” y “maldito fascista”. La Corte considera que estas palabras de riña no están protegidas por la Primera Enmienda.⁴⁶</p>
1943	<p>West Virginia State Board of Ed. v. Barnette La Corte sostiene que obligar a los estudiantes de escuela pública a saludar la bandera es inconstitucional.⁴⁷</p>
1957	<p>Yates v. United States En una decisión cuya mayoría se compone de seis jueces y solo un juez disiente, la Corte sostiene que la <i>Ley Smith</i> sólo se aplica a los acusados que activamente toman medidas para derrocar al gobierno. No obstante, la mera membresía al Partido Comunista está protegida por la Primera Enmienda.⁴⁸</p>
1957	<p>Roth v. United States La Corte dispone que la obscenidad no está protegida por la Primera Enmienda. La decisión permite la prohibición de material que una persona, aplicando el estándar de la comunidad, consideraría que apela a un interés lascivo.⁴⁹</p>

⁴³ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

⁴⁴ Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

⁴⁵ Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

⁴⁶ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

⁴⁷ West Virginia State Board of Ed. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

⁴⁸ Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).

⁴⁹ Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).

1964	<p>New York Times v. Sullivan</p> <p>Este es uno de los casos más importantes en la historia de la Primera Enmienda. La Corte anula por unanimidad un veredicto multimillonario por difamación contra el New York Times por publicar una campaña publicitaria que criticaba las acciones oficiales de Alabama contra los manifestantes de los derechos civiles. La Corte, por voz del juez Brennan, afirma que la libertad de expresión garantiza que el debate sobre los asuntos públicos debe ser libre, robusto y abierto, y establece que el funcionario gubernamental debe probar malicia real para ganar un caso de difamación.⁵⁰</p>
1968	<p>United States v. O'Brien</p> <p>Mediante decisión de una mayoría de siete jueces y un juez disidente, la Corte confirma la condena de un manifestante contra la guerra, quien había quemado su tarjeta de reclutamiento militar. La Corte dictó que, en otras circunstancias, se puede utilizar el discurso simbólico para reclamar la protección de la Primera Enmienda, pero en este caso el Estado tiene un interés apremiante sobre el reclutamiento militar.⁵¹</p>
1969	<p>Brandenburg v. Ohio</p> <p>Revoca por unanimidad la condena de un líder del Ku Klux Klan. La Corte establece la regla de que el gobierno sólo puede prohibir el discurso que promueva una acción ilegal inminente (<i>imminent lawless action</i>) y que probablemente produzca dicha acción, fusionando efectivamente los enfoques de Holmes y Hand en un estándar muy alto para la regulación a la expresión.⁵²</p>
1971	<p>New York Times v. United States</p> <p>En una decisión de seis jueces a favor y tres jueces en contra, la Corte deniega el <i>injunction</i> que buscaba la censura previa a la publicación de los <i>Pentagon Papers</i>.⁵³</p>
1973	<p>Miller v. California</p> <p>La Corte, con cinco jueces a favor y cuatro en contra, niega abandonar su precedente sobre la obscenidad. Sin embargo, el esquema de <i>Roth</i> queda modificado, y se añade una nueva regla: el material obsceno, por definición, carece de un serio valor literario, artístico, político o científico.⁵⁴</p>
1974	<p>Gertz v. Robert Welch</p> <p>Introduce la distinción entre figura pública y figura privada para propósitos de difamación y libelo. Para prevalecer en estos tipos de acción, las figuras públicas deben probar la malicia real, mientras que para las figuras privadas basta con que prueben negligencia.⁵⁵</p>

50 New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

51 United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

52 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

53 New York Times v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

54 Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

55 Gertz v. Robert Welch, 418 U.S. 323 (1974).

1976	Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council Mediante una mayoría de siete jueces a favor y un juez disidente, la Corte establece que la publicidad puede gozar de la protección de la Primera Enmienda. ⁵⁶
1978	FCC v. Pacifica Foundation Este es otro caso notorio para la Primera Enmienda. La Corte avala una multa contra una estación de radio por transmitir un monólogo del comediante George Carlin en donde pronunció siete palabras obscenas. La FCC tiene amplias facultades para prohibir a las emisoras de radio y televisión la emisión de material indecente cuando haya niños escuchando. “The original seven words were shit, piss, fuck, cunt, cocksucker, motherfucker, and tits”. ⁵⁷
1988	Hustler Magazine v. Falwell La Corte, por decisión unánime de los ocho jueces que intervinieron en el caso, dictamina que la Primera Enmienda protege la publicidad satírica de personajes públicos; anula el veredicto de difamación a favor del reverendo Jerry Falwell por el falso anuncio de Hustler que lo mostraba perdiendo su virginidad con su madre en una letrina. ⁵⁸
1989	Texas v. Johnson Con cinco jueces a favor y cuatro jueces en contra, la Corte sostiene que quemar la bandera estadounidense está constitucionalmente protegido por la doctrina de <i>symbolic political speech</i> . Se revoca la convicción. Según la Corte, el hecho de que el público se sienta ofendido por determinadas ideas o expresiones no justifica la prohibición de la expresión. ⁵⁹
1992	R.A.V. v. City of St. Paul La Corte, de manera unánime, deniega añadir el discurso de odio — <i>hate speech</i> — a la lista de expresiones no protegidas por la Primera Enmienda. La Corte expone que es una regulación impermisible al contenido de la expresión. Por consiguiente, las manifestaciones que fomentan el odio y el prejuicio contra una raza, cultura o religión también quedan protegidas bajo la Primera Enmienda. ⁶⁰
1997	Reno v. American Civil Liberties Union Esta es una decisión importante para la libertad de expresión en el internet. Unánimemente, la Corte establece que la expresión en internet tiene el mismo grado de protección bajo la Primera Enmienda que tienen los medios de comunicación impresos, frente al nivel reducido que se les da a los medios de radiodifusión. ⁶¹

⁵⁶ Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).

⁵⁷ FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978).

⁵⁸ Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

⁵⁹ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

⁶⁰ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

⁶¹ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).

2012	United States v. Alvarez, 567 U.S. 709 Mediante una decisión de seis jueces a favor y tres en contra, la Corte declara inconstitucional una disposición del <i>Stolen Valor Act</i> de 2005, que tipifica como delito la afirmación falsa de haber recibido condecoraciones o medallas militares. ⁶²
2017	Packingham v. North Carolina La Corte invalida por unanimidad una ley de Carolina del Norte que prohibía a los delincuentes sexuales acceder a los sitios web de las redes sociales. La ley prohibía muchos usos legítimos de los sitios web, por lo que amenazaba la libertad de expresión en el ciberespacio. ⁶³
2021	Mahanoy Area School District v. B.L. La Corte declaró inconstitucional la suspensión de una estudiante, del grupo de porristas, por haber hecho expresiones vulgares y por criticar a la escuela por medio de la red social de Snapchat. ⁶⁴

A. La doctrina del foro público

La doctrina del foro público es una herramienta de análisis utilizada en la jurisprudencia de la Primera Enmienda para determinar la constitucionalidad de las restricciones de expresión implementadas por el Estado en la propiedad gubernamental.⁶⁵ Los tribunales deben aplicar esta doctrina para concluir si grupos o individuos tienen el derecho al acceso a propiedad gubernamental para ejercer actividades expresivas.⁶⁶

A finales del siglo XIX, en *Davis v. Commonwealth of Massachusetts*, la Corte Suprema razonó que el gobierno tenía el derecho absoluto de prohibir el uso de calles y parques para actividades expresivas.⁶⁷ En ese caso, un reverendo —arrestado y acusado por usar propiedad pública sin el permiso de la policía—⁶⁸ argumentó que la protección del derecho de propiedad de la Decimocuarta Enmienda implicaba un derecho a acceder a la propiedad pública.⁶⁹ De manera unánime y por voz del juez asociado White, la Corte le negó la apelación al reverendo Davis y, en particular, colegió que los derechos de la Decimocuarta Enmienda “no tiene[n] el efecto de crear un derecho particular y personal en el ciudadano de usar la propiedad pública desafiando la constitución y las leyes del estado”.⁷⁰

Sin embargo, la Corte Suprema adoptó una visión distinta cuarenta años después de *Davis*. Podemos señalar el año de 1939 como la génesis de la doctrina del foro público. En *Hague v. C.I.O.*, la Corte Suprema concluyó que prohibir que un grupo de ciudada-

⁶² *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

⁶³ *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730 (2017).

⁶⁴ *Mahanoy Area School District v. B.L.*, 141 S. Ct. 2038 (2021).

⁶⁵ JOHN VILE, ET. AL., 2 ENCYCLOPEDIA OF THE FIRST AMENDMENT 891 (2009).

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Davis v. Commonwealth of Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897).

⁶⁸ *Id.* en las págs. 43-44.

⁶⁹ *Id.* en la pág. 44.

⁷⁰ *Id.* en las págs. 47-48 (traducción suplida).

nos celebre reuniones políticas en un lugar público violaba el derecho a asamblea bajo la Primera Enmienda.⁷¹ El caso ayudó a sentar el precedente para la doctrina del foro público.⁷²

El término *foro público*, sin embargo, no apareció en la jurisprudencia de la Primera Enmienda hasta la década de 1970. De hecho, la Corte Suprema usó con frecuencia el término de *foro público* durante esa década. En *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad* (1975), la Corte dictaminó que los funcionarios de la ciudad de Chattanooga, Tennessee, violaron la Primera Enmienda al prohibir el musical de rock *Hair* en instalaciones públicas.⁷³ En su opinión de conformidad, el juez Douglas expresó que un teatro municipal, como foro de expresión, “no es menos [. . .] que un parque público o una acera; las formas de expresión adoptadas en el teatro pueden ser más costosas y más estructuradas que las que se ven típicamente en nuestros parques y calles, pero seguramente no tienen menos derecho[s] al amparo de la Primera Enmienda”.⁷⁴

En la década de 1980, la Corte Suprema finalmente articuló los contornos de la doctrina del foro público en *Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*.⁷⁵ En *Perry*, la Corte, por voz del juez White, explicó que existen tres categorías de propiedad gubernamental para propósitos de acceso a actividades expresivas. Estas son: (1) foros públicos tradicionales; (2) foros públicos limitados o por designación; y (3) foros no públicos.⁷⁶ En todos esos foros, cualquier ciudadano “tiene un derecho constitucional de acceso y el Estado debe demostrar razones de peso para restringir el acceso a una sola clase de personas, a un solo punto de vista o a un solo tema”.⁷⁷

En el foro público tradicional, el Estado “no puede prohibir toda la actividad de expresión. Para que el Estado haga cumplir una exclusión basada en el contenido, debe demostrar que su regulación es necesaria para servir a un interés apremiante y que está estrechamente diseñado para lograr ese fin”.⁷⁸ Además, el Estado tiene que dejar abiertos “amplios y alternativos canales de comunicación” para ejercer regulaciones sobre el tiempo, lugar y manera de expresión.⁷⁹ El foro público tradicional tiene un fin supremo: el libre intercambio de ideas.⁸⁰

La segunda categoría de foro “el foro público por designación” es un espacio “que el estado ha abierto para el uso del público como un lugar para la actividad expresiva”.⁸¹ Respec-

71 *Hague v. C.I.O.* 307 U.S. 496 (1939).

72 *Id.* en las págs. 515-16 (“[The] use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied.”).

73 *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546, 556-58 (1975).

74 *Id.* en la pág. 563 (traducción suplida).

75 *Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*, 460 U.S. 37 (1983).

76 *Id.* en la pág. 45-46.

77 *Id.* en la pág. 55.

78 *Id.* en la pág. 45 (*citando a Carey v. Brown*, 447 U.S. 455, 461-62 (1980)) (traducción suplida).

79 *Perry*, 460 U.S. en la pág. 45 (traducción suplida) (citas omitidas).

80 *Int’l Soc’y for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672, 679 (1992).

81 *Perry*, 460 U.S. en la pág. 45 (traducción suplida).

to a este foro, el Estado no tiene la obligación de abrirlo, pero si decide hacerlo no puede discriminar mientras dure el foro.⁸²

Finalmente, el foro no público se trata de propiedad gubernamental que “ni por tradición ni por designación ha sido un foro para la comunicación pública”.⁸³ En esos foros, el Estado “puede reservar el foro para sus propósitos previstos, comunicativos o de otro tipo, siempre que la regulación sobre la expresión sea razonable y no sea un esfuerzo para suprimir la expresión simplemente porque los funcionarios públicos se oponen a la opinión del interlocutor”.⁸⁴

En cada una de las tres instancias que anteceden, el gobierno puede imponer restricciones razonables de tiempo, lugar y manera de expresión, pero tiene una carga mayor al imponer restricciones basadas en el contenido en foros públicos tradicionales o designados. En el próximo acápite, lo discutiré en detalle.

La doctrina de foro público ha sido aplicada “en situaciones en las que la propiedad del gobierno [*—government owned property—*] o un programa gubernamental es capaz de acomodar un gran número de personas sin derrotar la función esencial del lugar o del programa”.⁸⁵ Esta es una cuestión de umbral que todo tribunal debe examinar cuando pretende aplicar efectivamente la doctrina de foro público. Es decir, que sea *government owned property* es una condición *sine qua non* para el foro público.⁸⁶ Un espacio puede ser un foro “más en un sentido metafísico que en uno espacial o geográfico”.⁸⁷ Indudablemente, las redes sociales y los espacios cibernéticos tienen el mismo potencial de acomodar una gran cantidad de personas. En enero de 2021, Facebook tenía 2,740,000 millones de usuarios registrados.⁸⁸ YouTube le seguía con 2,291,000 millones.⁸⁹ Por otro lado, Instagram, la plataforma especializada en fotos, tenía 1,221,000 millones de cuentas registradas, y Twitter contaba con 353 millones.⁹⁰ Aún más, el futuro es prometedor: “[s]e calcula que en 2024 habrá alrededor de 3,640 millones de usuarios mensuales activos procedentes en gran parte de América y los países asiáticos”.⁹¹ Para entonces, nuestra región desplazará a Europa Occidental, quien ocupa el primer lugar con la tasa de mayor presencia en las redes sociales.⁹²

82 *Id.* en las págs. 45-46.

83 *Id.* en la pág. 46 (traducción suplida).

84 *Id.* (traducción suplida) (*citando a* United States Postal Service v. Greenburgh Civic Ass'n, 453 U.S. 114, 131 n. 7 (1981)).

85 Pleasant Grove City v. Summum, 555 U.S. 460, 478 (2009) (traducción suplida).

86 Véase Int'l Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672, 678 (1992) (discutiendo la propiedad que el gobierno “owns and controls”).

87 Rosenberger v. Rector, 515 U.S. 819, 830 (1995) (traducción suplida).

88 Redes sociales con mayor número de usuarios activos a nivel mundial en enero de 2021, STATISTA, (enero 2021), <https://es.statista.com/estadisticas/600712/ranking-mundial-de-redes-sociales-por-numero-de-usuarios/> (última visita 23 de noviembre de 2021).

89 *Id.*

90 *Id.*

91 Rosa Fernández, Panorama mundial de las redes sociales - Datos estadísticos, STATISTA (31 de mayo de 2021), <https://es.statista.com/temas/3168/panorama-mundial-de-las-redes-sociales/> (última visita 23 de noviembre de 2021).

92 *Id.*

B. Regulaciones a la expresión

Las regulaciones impuestas al *contenido* de las expresiones deben responder a un interés *apremiante* del estado, mientras que las regulaciones *neutrales al contenido* pueden ser impuestas sobre el tiempo, lugar y manera, pero solo si son restricciones razonables.⁹³ Recordemos que no toda expresión está protegida por la Primera Enmienda. Las siguientes expresiones no están protegidas por la Primera Enmienda: contenido obsceno,⁹⁴ pornografía infantil,⁹⁵ difamación,⁹⁶ palabras de riña,⁹⁷ y contenido dañino para niños.⁹⁸

La restricción de tiempo, manera y lugar es permisible cuando no se trata de regulación sobre el contenido —i.e., *non-content-based restrictions*. Para que este tipo de restricción sobre el tiempo, lugar y manera prevalezca, se requiere que la regulación sea neutral en cuanto al contenido, que el gobierno tenga un interés *significativo, substancial o importante*, que ese interés esté estrechamente relacionado con la acción regulatoria y que la acción gubernamental permite canales amplios y alternativos de comunicación.⁹⁹ Ahora bien, al restringir el tiempo, lugar y manera, no se requiere que la acción que tome el gobierno sea la forma menos onerosa para alcanzar su objetivo ni que el interés gubernamental sea apremiante. Es decir, para las regulaciones sobre el *contenido* se aplicará un escrutinio estricto, y para regulaciones que *no estén basadas en contenido* se aplicará un escrutinio intermedio.

En *Burson v. Freeman*, la Corte Suprema se enfrentó a una controversia sobre la prohibición de la sollicitación de voto dentro del perímetro de 100 pies a una caseta de votación.¹⁰⁰ En una opinión con pluralidad de votos, la Corte concluyó que tal prohibición

93 Véase DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 176 (1998) (énfasis suplido).

94 La Corte Suprema ha elaborado lo que se conoce como el *Miller test* o el *SLAPS test* (acrónimo para *serious literary, artistic, political, or scientific merit*) para establecer si un contenido es obsceno. Entonces, los tribunales deben evaluar:

- (a) si la persona promedio, aplicando los estándares de la comunidad contemporánea encontraría que la obra, en su conjunto, apela a un interés lascivo;
- (b) si la obra representa o describe, de forma patentemente ofensiva, una conducta sexual específicamente definida por la ley estatal aplicable; y
- (c) si la obra, en su conjunto, carece de valor literario, artístico, político o científico serio.

Miller v. California, 413 U.S. 15, 24 (1973) (traducción suplida)(citas omitidas).

95 Este tipo de material no tiene que ser obsceno ni necesita superar el *Miller test*. No existe un derecho constitucional a poseer pornografía infantil incluso en la privacidad del hogar. Cf. *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

96 *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539, 559 (1976). (No se permite la censura previa para prohibir las expresiones difamatorias, pero tales expresiones pueden ser castigadas criminal y civilmente una vez publicadas o dichas.)

97 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942). (“[T]hose which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace.”)

98 El gobierno puede prohibir la venta de material que aparente ser perjudicial para los menores de edad; véase *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629, 636-37 (1968). También puede prohibir la transmisión radial o televisiva —el internet queda excluido de esta categoría— de lenguaje indecente durante el horario en el que niños y niñas suelen ser parte de la audiencia; véase *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 748-51 (1978).

99 *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474, 481 (1988) (citando a *Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*, 460 U.S. 37, 45 (1983)).

100 *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191, 193 (1992).

estaba estrechamente imbricada al interés apremiante del Estado de evitar la intimidación al votante y de prevenir el fraude electoral.¹⁰¹

Sin embargo, han sido más los casos donde el gobierno no logra demostrar un interés significativo al restringir en tiempo, lugar y manera. A continuación, tres ejemplos concretos: (1) *Police Department of Chicago v. Mosley*:¹⁰² la Corte invalidó la ordenanza de la ciudad que prohibía todos los piquetes dentro de los 150 pies a una escuela, excepto por aquellos piquetes de cualquier escuela involucrada en una disputa laboral. Una ordenanza así es inconstitucional porque hace una distinción inadmisibles entre piquetes laborales pacíficos y otros piquetes pacíficos;¹⁰³ (2) *Cincinnati v. Discovery Network Inc.*:¹⁰⁴ la Corte invalidó una ordenanza que prohibía publicaciones comerciales en los estantes de periódicos ubicados en las aceras. El estado trató de argüir que la expresión comercial tiene menos protección que otro tipo de expresión. No obstante, la Corte concluyó que ese tipo de prohibición no constituye una restricción razonable al tiempo, lugar y manera;¹⁰⁵ y (3) *Pleasant Grove City v. Summum*:¹⁰⁶ la Corte concluyó que cuando el estado permite la colocación de monumentos donados en un parque público, el estado ejerce una forma de discurso gubernamental —*government speech doctrine*— que no está sujeto al escrutinio bajo la cláusula de libertad de expresión.¹⁰⁷ En este caso, un municipio denegó la solicitud de un grupo religioso que buscaba erigir un monumento en un parque de la ciudad en el que anteriormente se erigieron otros monumentos donados.¹⁰⁸ La Corte unánimemente permitió la denegación de la ciudad.

Tal vez el ejemplo clásico del test para tiempo, lugar, y manera son las prohibiciones al ruido excesivo. En *Ward v. Rock Against Racism*, la Corte Suprema reiteró que el gobierno puede imponer restricciones razonables, neutrales en cuanto al contenido, sobre el tiempo, lugar, y manera de expresiones protegidas.¹⁰⁹ Nuevamente, tales restricciones se permitirán cuando estén justificadas —sin hacer referencia al contenido del discurso regulado— y se adapten estrictamente a servir un interés *importante* del estado y este deje abierto amplios y alternativos canales de comunicación.¹¹⁰ En *Ward* se impugnó una ordenanza que le exigía a las bandas de música usar los equipos e ingenieros de sonidos provistos por el gobierno local de la ciudad. La Corte —además de clasificar a la música como una expresión protegida—¹¹¹ encontró que la ordenanza fue razonable en el tiempo, lugar y manera y la exigencia del estado no violó la Primera Enmienda.¹¹²

101 *Id.* en la pág. 198-99.

102 *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

103 *Id.* en la pág. 94.

104 *City of Cincinnati v. Discovery Network Inc.*, 507 U.S. 410 (1993).

105 *Id.* en la pág. 430.

106 *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009).

107 *Id.* en las págs. 472-73.

108 *Id.* en la pág. 464.

109 *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989).

110 *Id.*

111 *Id.* en la pág. 790.

112 *Id.* en las págs. 800, 803.

i. Regulaciones en radio y televisión

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha aplicado su análisis sobre foros públicos en lugares que pueden ser *físicamente ocupados* por personas: parques,¹¹³ recintos universitarios,¹¹⁴ teatros,¹¹⁵ y hasta buzones de correo postal en escuelas.¹¹⁶ Pero, los avances tecnológicos en las telecomunicaciones han permitido que otros espacios incorpóreos o metafísicos se conviertan en nuevos foros de expresión.

Como vimos, el material obsceno no está protegido por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.¹¹⁷ “Los estados pueden reglamentar la exhibición de material obsceno en sitios públicos, mas la reglamentación que adopten deberá contener procedimientos que no coarten indebidamente la libertad de expresión”.¹¹⁸ El crisol para determinar si el material es obsceno es el test de *Miller v. California*.¹¹⁹ Antes de que el material pueda ser prohibido por obsceno bajo ese crisol, se debe establecer que el mismo va más allá de los límites habituales de franqueza en la descripción o representación.¹²⁰

La transmisión de contenido obsceno, indecente o profano está prohibida en radio y televisión.¹²¹ La Comisión Federal de Comunicaciones —FCC, por sus siglas en inglés— es la entidad encargada de recibir quejas de consumidores, fiscalizar a las estaciones de radio y televisión, e imponer multas administrativas y otras sanciones. La transmisión por señal abierta de contenido obsceno está prohibida por ley a cualquier hora. En cambio, los contenidos considerados indecentes y profanos están prohibidos por radio y televisión de emisión abierta entre las seis de la mañana y las diez de la noche, cuando hay un riesgo razonable de que niños sean parte de la audiencia.¹²²

La FCC ha definido el contenido obsceno, el indecente y el profano de las siguientes maneras. Sobre el *contenido obsceno* ya sabemos que son tres criterios los que debemos usar para llegar a esa conclusión: (1) el contenido debe estar dirigido a los intereses más lascivos de una persona corriente; (2) debe ilustrar o describir una conducta sexual de forma patentemente ofensiva; y (3) visto como un todo, debe carecer de serio valor literario, artístico, político o científico.¹²³

Por su parte, el *contenido indecente* es “la representación de los órganos sexuales o excretorios o sus actividades, de manera tal que no llega a ser obsceno de conformidad con

¹¹³ *Hague v. C.I.O.*, 307 U.S. 496, 515-16 (1939).

¹¹⁴ *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 267-70 (1981).

¹¹⁵ *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546, 554-55 (1975).

¹¹⁶ *Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*, 460 U.S. 37, 39 (1983).

¹¹⁷ *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 187-88 (1964).

¹¹⁸ *Pueblo v. Santos Vega*, 115 DPR 818, 822 (1984) (citando a *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58, 66 (1963); *Marcus v. Search Warrant*, 367 U.S. 717, 731 (1961)).

¹¹⁹ Véase *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24 (1973).

¹²⁰ *Jacobellis*, 378 U.S. en las págs. 191-92 (refiriéndose a la doctrina establecida en *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 487 n. 20 (1957)).

¹²¹ 18 U. S. C. § 1464 (2015).

¹²² *FCC Broadcast Radio Services*, 47 C.F.R. § 73.3999 (2020).

¹²³ FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, GUÍA DEL CONSUMIDOR, TRANSMISIÓN DE CONTENIDO OBSCENO, INDECENTE O PROFANO 1 (2016), https://www.fcc.gov/sites/default/files/transmision_de_contenido_obsceno_indecente_o_profano.pdf (última visita 24 de noviembre de 2021).

[el *Miller test*].¹²⁴ Por último, el *contenido profano* “incluye lenguaje «sumamente ofensivo», considerado como una molestia pública”.¹²⁵ Son tres los factores principales para el *análisis contextual* de contenido obsceno, profano o indecente: (1) la naturaleza explícita o gráfica de la descripción o representación de los órganos o actividades sexuales o excretorios; (2) si el material se basa en o repite descripciones o representaciones extensas de órganos o actividades sexuales o excretorios; y (3) si el material parece complacer o se usa para excitar o conmocionar.¹²⁶ Es común que los canales de televisión y radio coloquen censores en las expresiones o visuales que son patentemente ofensivos, como órganos sexuales o palabras soeces. Sin embargo, eso no libera de responsabilidad a quien proyecta las imágenes, pues pueden constituir contenido indecente o profano según expuesto anteriormente.

En Puerto Rico, nuestro más alto foro judicial ha acogido el principio de que “toda tentativa de censura previa llega al Tribunal acompañada de una fuerte presunción de inconstitucionalidad” y reconoce que cada vez son menores las excepciones a las que está sujeta la libertad de expresión.¹²⁷ Incluso, nuestro Código Penal, en su artículo 143, define la conducta obscena de la misma manera que se ha definido por la jurisprudencia y por la FCC.¹²⁸

ii. Regulaciones en internet

¿La FCC tiene jurisdicción sobre el internet? ¿Puede regular las expresiones en las redes sociales? Por ahora, ni la FCC ni otra entidad federal tiene jurisdicción plena o directa sobre las regulaciones de expresión en el *cybermedia*.¹²⁹ Para eso, a la FCC le hacen falta garras legislativas. Sin embargo, críticos como el escritor David French abogan por la

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ FCC, Forfeiture Order on Complaints Against Various Television Licensees Concerning Their February 1, 2004 Broadcast of the Super Bowl XXXVIII Halftime Show, 21 FCC Rcd. 2760 (3) (Mar. 15 2006), <https://www.fcc.gov/document/complaints-against-various-television-licensees-concerning-their-february-1-o>.

¹²⁷ Véase Aponte Martínez v. Lugo, 100 DPR 282 (1971) (en el cual se identifican algunas excepciones a la prohibición de censura previa tales como la publicación de las fechas de salidas de los barcos, el número y localización de las tropas y el lugar donde están sitas las instalaciones militares).

¹²⁸ El artículo 143 del Código Penal dispone lo siguiente:

(a) *Conducta obscena*.— Es cualquier actividad física del cuerpo humano, bien sea llevada a cabo solo o con otras personas, incluyendo, pero sin limitarse, a cantar, hablar, bailar, actuar, simular, o hacer pantomimas, la cual considerada en su totalidad por la persona promedio y, según los patrones comunitarios contemporáneos:

(1) Apele al interés lascivo, o sea, interés morboso en la desnudez, sexualidad o funciones fisiológicas;

(2) Represente o describa en una forma patentemente ofensiva conducta sexual, y

(3) Carezca de un serio valor literario, artístico, religioso, científico o educativo.

La atracción de la conducta al interés lascivo se juzgará en relación al adulto promedio, a menos que se desprenda de la naturaleza de dicha conducta o de las circunstancias de su producción, presentación, o exhibición que está diseñada para grupos de desviados sexuales, en cuyo caso la atracción predominante de la conducta se juzgará con referencia al grupo a quien va dirigido.

CÓD. PEN. PR art. 143, 33 LPRA § 5204 (2021).

¹²⁹ El concepto de *cybermedia* se ha usado para unir el internet y la banda ancha.

ausencia de intervención estatal específicamente en las redes sociales.¹³⁰ Ahora bien, la autoridad de la FCC para regular las distintas formas de comunicación se deriva de la *Ley de Comunicaciones de 1934*.¹³¹ Esta entidad federal tiene jurisdicción sobre toda “comunicación interestatal y extranjera por cable o radio y toda transmisión interestatal y extranjera de información por radio, que se origina y/o se recibe dentro de los Estados Unidos”.¹³² La ley otorga a la FCC autoridad solo sobre tres modos específicos de servicios de comunicación: (1) los operadores comunes —*common carriers*— interestatales en virtud del Título II;¹³³ (2) los titulares de licencia para operar dispositivos de radiocomunicación dentro de un espectro específico en virtud del Título III;¹³⁴ y (3) los operadores de cable en virtud del Título VI.¹³⁵ Por otro lado, la FCC se remite a menudo al Título I de la ley y a sus disposiciones amplias y generales para resolver controversias de jurisdicción. La Corte Suprema ha autorizado expresamente, en múltiples ocasiones, una amplia jurisdicción del Título I sobre nuevas formas de comunicación y por eso la FCC pudiese aplicar este fundamento también a la internet de banda ancha.¹³⁶ No obstante, la Corte ha dicho que: “[A] diferencia de las condiciones que prevalecían cuando el Congreso autorizó por primera vez la regulación del espectro de radiodifusión, el internet difícilmente puede considerarse un bien comunicativo “escaso”. Ofrece una capacidad relativamente ilimitada y de bajo coste para la comunicación de todo tipo”.¹³⁷

A principios de este siglo, la Corte Suprema demarcó la jurisdicción de la FCC sobre los proveedores de servicios de internet “*Internet Service Provider* (ISP, por sus siglas en inglés)”.¹³⁸ Un ISP es una entidad que provee servicios de banda ancha, que a su vez es definida como “todos los servicios que suministran internet de alta velocidad a los abonados”.¹³⁹ Sin embargo, esta jurisdicción para regular los proveedores de internet se ha limitado a garantizar que los ISP traten todo el tráfico de internet de la misma manera, independientemente de su origen. A esto se le ha llamado neutralidad de la red o *net-neutrality*.¹⁴⁰

¹³⁰ Véase Jeff Neal, *Moderating free speech*, (21 de septiembre de 2021), <https://today.law.harvard.edu/moderating-free-speech/>.

¹³¹ Communications Act of 1934, 47 U.S.C. §§ 151-614 (2020).

¹³² *Id.* § 152(a) (traducción suplida).

¹³³ *Id.* § 201.

¹³⁴ *Id.* § 301.

¹³⁵ *Id.* § 521.

¹³⁶ *United States v. Sw. Cable Co.*, 392 U.S. 157, 172 (1968); *United States v. Midwest Video Co.*, 406 U.S. 649, 669 n.28 (1972).

¹³⁷ *Reno v. Am. Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 870 (1997) (traducción suplida).

¹³⁸ *Nat'l Cable & Telecomm. Ass'n v. Brand X Internet Serv.*, 545 U.S. 967 (2005).

¹³⁹ Legal Information Institute, *Internet service provider (ISP)*, CORNELL LAW SCHOOL [https://www.law.cornell.edu/wex/internet_service_provider_\(isp\)](https://www.law.cornell.edu/wex/internet_service_provider_(isp)) (última visita 17 de noviembre de 2021) (traducción suplida).

¹⁴⁰ Véase FCC, Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order on Protecting and Promoting the Open Internet, 30 FCC Rcd. 5601 (7), (Mar. 12 2015), <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-open-internet-order> (la cual fue revocada bajo la incumbencia del presidente Trump en FCC, Declaratory Ruling, Report and Order, and Order on Restoring Internet Freedom, 33 FCC Rcd. 311 (1), (Jan. 4 2018), <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-restoring-internet-freedom-order>).

Por otro lado, las compañías de redes sociales como Facebook y Twitter sí han implementado políticas de censura sobre ciertas expresiones. Twitter prohíbe, por ejemplo, amenazas violentas contra individuos o grupos, amenazas terroristas, explotación sexual infantil, acoso, promoción del suicidio o autolesiones, ventas o servicios ilegales, o conducta de incitación al odio como “fomentar la violencia contra otras personas ni amenazarlas o acosarlas por motivo de su raza, origen étnico, nacionalidad, pertenencia a una casta, orientación sexual, género, identidad de género, afiliación religiosa, edad, discapacidad o enfermedad grave”.¹⁴¹ Esas son las categorías protegidas por Twitter y una conducta que amenace a esas categorías puede conllevar la suspensión indefinida del usuario.¹⁴² De igual manera, Facebook cree “que las personas se expresan y se conectan entre sí con mayor libertad cuando no se sienten atacadas por quiénes son”,¹⁴³ por eso ha diseñado políticas de censura contra lenguaje que incita al odio, contenido violento, desnudos y actividad sexual de adultos y servicios sexuales. En esas plataformas las compañías tienen amplia discreción para censurar contenido y eliminar usuarios, por ahora los tribunales no le han quitado esa autoridad, aunque, como veremos más adelante, hay una gran preocupación sobre el poder de censura que poseen las *bigtechs*.

A. *Discurso gubernamental —government speech— y discurso compelido*

Las doctrinas del discurso gubernamental y la del discurso compelido son simples, pero importantes. La Primera Enmienda restringe la censura y regulación gubernamental del discurso privado en foro público; no regula el discurso oficial del gobierno.¹⁴⁴ Bajo la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda, una entidad gubernamental tiene derecho a hablar por sí misma, y tiene derecho a decir lo que desee y a seleccionar las opiniones que quiera expresar.¹⁴⁵ De la misma manera el Estado no puede compeler a un ciudadano a estar de acuerdo con esas expresiones gubernamentales. La Primera Enmienda no solo prohíbe que el gobierno castigue a una persona por su discurso, también evita que el gobierno castigue a una persona por negarse a articular, defender o adherirse a los mensajes aprobados por el gobierno.¹⁴⁶

¹⁴¹ TWITTER, *Las reglas de Twitter*, <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-rules#hateful-conduct> (última visita 17 de noviembre de 2021).

¹⁴² Véase TWITTER, *Política relativa a las conductas de incitación al odio*, <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/hateful-conduct-policy> (última visita 17 de noviembre de 2021).

¹⁴³ FACEBOOK, *Contenido inaceptable*, https://www.facebook.com/communitystandards/objectionable_content (última visita 17 de noviembre de 2021).

¹⁴⁴ *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 468 (2009).

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights.*, 547 U.S. 47, 61 (2006) (dictaminando que “[a]lgunos de los principales precedentes de este Tribunal sobre la Primera Enmienda han establecido el principio de que la libertad de expresión le prohíbe al gobierno decirle a la gente lo que debe decir.”) (traducción suplida).

II. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL A LAS REDES SOCIALES AL AMPARO DE LA PRIMERA ENMIENDA: ¿SON FOROS PÚBLICOS?

Aprendí de Alejandro el gramático el no censurar; no zaherir a quienes se les fue un barbarismo, un solecismo o cualquier viciosa pronunciación; sino anunciar con maña aquella única palabra que convenía proferir, bajo la forma de una respuesta, de una confirmación o de una deliberación sobre el fondo mismo, no sobre la forma, o por otro medio apropiado de hábil sugerencia.¹⁴⁷

Marco Aurelio

A. La libertad de expresión en el internet

Las redes sociales son el gran foro común y el lugar de mayor accesibilidad para la libertad de expresión. Incluso, es política pública del gobierno de los Estados Unidos “promover el desarrollo continuo de internet y otros servicios informáticos interactivos y otros medios de comunicación interactivos”.¹⁴⁸

Así las cosas, la Corte Suprema de los Estados Unidos, a fines del siglo pasado, estableció que la libertad de expresión en el internet tiene el mismo nivel de protección que los medios de comunicación impresos. Se trata del caso de *Reno v. American Civil Liberties Union* del 1997.¹⁴⁹ La Corte sostuvo unánimemente que las disposiciones de la *Communications Decency Act* (en adelante, CDA) de 1996 eran una restricción inconstitucional sobre el contenido. Las disposiciones bajo ataque tenían el propósito de proteger a los menores de edad de las comunicaciones indecentes y patentemente ofensivas en internet.¹⁵⁰ La Corte reconoció que a pesar de que el gobierno tiene un interés en proteger a los niños del contenido dañino, la CDA persigue ese interés suprimiendo una gran cantidad de contenido que los adultos tienen el derecho constitucional de enviar y recibir.¹⁵¹ En concreto, la CDA no dejaría de implementarse aun cuando los padres dieran su consentimiento para que sus hijos consumieran materiales restringidos.¹⁵² A su vez, la CDA no proporcionaba ninguna definición del término *indecente* y omitía cualquier requisito de que el material patentemente ofensivo careciera de valor socialmente positivo.¹⁵³ Además, no se limitaba a las transacciones comerciales solamente.¹⁵⁴ Tampoco limitaba sus amplias prohibiciones categóricas a momentos concretos ni las basaba en una evaluación por parte de un organismo especializado en las características únicas del medio.¹⁵⁵ Esta ley se aplicaría a un

¹⁴⁷ MARCO AURELIO, MEDITACIONES 9 (2016).

¹⁴⁸ Communications Act of 1934, 47 U.S.C. § 230(b)(1) (2020) (traducción suplida).

¹⁴⁹ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

¹⁵⁰ *Id.* en la pág. 849.

¹⁵¹ *Id.* en la pág. 846.

¹⁵² *Id.* en la pág. 865.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ *Id.* en la pág. 867.

medio que, a diferencia de la radio, recibe la *plena protección* de la Primera Enmienda,¹⁵⁶ y no puede analizarse adecuadamente como una forma de regulación de tiempo, lugar y manera porque es una restricción general de la expresión basada en el contenido.¹⁵⁷

Un año después de *Reno*, en 1998, el Congreso reaccionó aprobando el *Child Online Protection Act* (en adelante, COPA). La ley también fue impugnada en los tribunales y llegó a la Corte Suprema en el 2002.¹⁵⁸ La Corte de Distrito concedió un interdicto preliminar y afirmó que COPA supondría una carga para algunas expresiones protegidas y que existían medios menos restrictivos para proteger a los niños.¹⁵⁹ La Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito confirmó.¹⁶⁰ La Corte Suprema decidió devolver el caso a las cortes inferiores, bajo el fundamento de que el *community standards language* no invalidaba *per se* la ley.¹⁶¹ El caso regresó ante la alta curia en 2004. En una opinión que contó con una mayoría de seis votos, escrita por el juez Anthony M. Kennedy, la Corte concluyó que COPA no superaba la prueba de escrutinio estricto utilizada para juzgar los casos de obscenidad, no estaba inexorablemente relacionada a un interés apremiante y no incorporó medios menos restrictivos —por ejemplo, algún software de bloqueo o filtro— para proteger a los niños de un contenido que, de otro modo, estaría protegido por la Constitución.¹⁶² El gobierno no logró probar que las prohibiciones de COPA eran menos onerosas que los *software* que filtran el contenido.

El Congreso de los Estados Unidos continuó legislando prohibiciones sobre el uso del internet. En un intento por impedir el uso de dominios web engañosos —que tenían el fin de atraer a los cibernautas a sitios web pornográficos usando un dominio que no aparentaba ser para esos fines—⁶³ el Congreso aprobó la *Truth in Domain Names Act* de 2003.¹⁶⁴ La ley castiga esa práctica engañosa con dos años de cárcel y si se trata de inducir a menores, la pena es de diez años de prisión.¹⁶⁵ Para propósitos de la ley, cualquier dominio que incluya palabras que indiquen o den a entender que se trata de contenido sexual del sitio, como *sexo* —*sex*— o *porno* —*porn*—, no se considerará engañoso.¹⁶⁶

Por otro lado, en el 2017, la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Packingham v. Carolina del Norte* calificó a los sitios de redes sociales, como Facebook y Twitter, como la plaza pública moderna —*modern public square*—, esencialmente una versión digital de una calle o parque público.¹⁶⁷

156 *Id.* en la pág. 868-69 (donde se añade que “el Internet no es tan “invasivo” como la radio o la televisión”).

157 *Id.* en la pág. 868.

158 *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564, 564 (2002).

159 *Id.*

160 *Id.*

161 *Id.*

162 *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004).

163 Ese fue el caso de *whitehouse.com* que fue removida por ser una página pornográfica. Obviamente, cualquier persona promedio podía creer que se trataba de la página oficial del Presidente de los Estados Unidos.

164 *Truth in Domain Names Act*, 18 U.S.C. § 2252B.

165 *Id.* § 2252B(a)-B(b).

166 *Id.* § 2252B(c).

167 *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, 1732 (2017).

Lester Gerard Packingham impugnó un estatuto penal de Carolina del Norte que convertía en delito grave que los ofensores sexuales registrados accediesen a sitios de internet y redes sociales que menores de edad solían frecuentar, incluidos sitios de uso común como Facebook, Twitter e Instagram.¹⁶⁸ Después de concluir que el estatuto no fue diseñado específicamente para servir a un interés apremiante del estado en proteger a los niños de la actividad predatoria en internet, la Corte Suprema declaró inconstitucional el estatuto penal por ir en contravención con la Primera Enmienda.¹⁶⁹

Anthony Kennedy, el juez ponente, explicó que el internet en general y las redes sociales en particular: (1) se han convertido en los espacios más importantes en la sociedad moderna para el discurso público;¹⁷⁰ (2) proporcionan los “espacios más importantes [. . .] para el intercambio de opiniones” hoy en día;¹⁷¹ (3) representan un espacio revolucionario para el discurso cívico;¹⁷² y (4) proporcionan “las principales fuentes para conocer de los acontecimientos actuales [. . .] y para explorar de otro modo los vastos reinos del pensamiento y conocimiento humano”.¹⁷³

La Corte coligió que, al prohibir ampliamente a los ofensores sexuales registrados a acceder sitios de redes sociales como Facebook, Twitter e Instagram, el estatuto de Carolina del Norte impedía que esas personas tuviesen acceso a algunas de las fuentes de información más importantes disponibles sobre eventos actuales, empleo y otros temas vitales, y tal prohibición planteaba una restricción impermisible y sin precedentes a la libertad de expresión.¹⁷⁴

El caso más reciente sobre libertad de expresión en las redes sociales es el de *Mahanoy Area School District v. B.L.* del año 2021. En ese caso la gran mayoría de la Corte sancionó la acción de una escuela que suspendió a una estudiante del grupo de porristas por haber hecho expresiones vulgares y por criticar a la escuela por medio de la red social de Snapchat.¹⁷⁵ Otras estudiantes del equipo de porrismo vieron y fotografiaron las manifestaciones de su compañera y las transmitieron hasta las autoridades escolares.¹⁷⁶ Los entrenadores del equipo decidieron suspender a la estudiante porque “los comentarios utilizaron palabras soeces en relación a una actividad extracurricular de la escuela, [y] violaron las normas del equipo y de la escuela”.¹⁷⁷ Finalmente el caso llegó hasta la Corte Suprema. La Corte no cree que las regulaciones de las escuelas públicas cesan cuando el estudiante sale de su recinto, sino que hay varias circunstancias en donde las autoridades escolares podrían ejercer su poder reglamentario para sancionar, por ejemplo:

168 *Id.* en la pág. 1733.

169 *Id.* en la pág. 1737-38.

170 *Id.* en la pág. 1735.

171 *Id.*

172 *Id.* en la pág. 1736.

173 *Id.* en la pág. 1737.

174 *Id.*

175 Snapchat es una red social que le permite al usuario compartir fotos y videos que desaparecen luego de cierto tiempo. Véase Maggie Tillman, *What is Snapchat, How does it Work, and What's the Point?* (Feb. 5, 2021), <https://www.pocket-lint.com/apps/news/snapchat/131313-what-is-snapchat-how-does-it-work-and-what-is-it-used-for>.

176 *Mahanoy Sch. Dist. v. B.L.*, 141 S. Ct. 2038, 2042-43 (2021).

177 *Id.*

[E]l acoso o la intimidación grave o severa dirigida a personas en particular; las amenazas dirigidas a los profesores o a otros estudiantes; el incumplimiento de las normas relativas a las clases, la redacción de trabajos, el uso de ordenadores o la participación en otras actividades escolares en línea; y las infracciones de los dispositivos de seguridad de la escuela, incluido el material mantenido en los ordenadores de la escuela.¹⁷⁸

Sin embargo, la opinión enfatiza que con su decisión la Corte no está estableciendo esas instancias como las determinantes y dejan esa discusión para otra ocasión.¹⁷⁹ No obstante, sí afirman tres supuestos con respecto a la libertad de expresión de los estudiantes. Primero, sobre las expresiones de los alumnos fuera del campus, las autoridades escolares rara vez pueden invocar la doctrina de *in loco parentis*.¹⁸⁰ Segundo, los tribunales deben ser escépticos en cuanto al interés regulador de los funcionarios escolares en vigilar la expresión de los estudiantes en las redes sociales, especialmente porque tal expresión puede tener lugar en cualquier momento durante el día.¹⁸¹ Y en tercer lugar, las escuelas deben proteger incluso el discurso impopular de los estudiantes, porque “[l]as escuelas públicas de Estados Unidos son las *guarderías de la democracia* [y n]uestra democracia representativa sólo funciona si protegemos el ‘mercado de ideas’”.¹⁸²

Luego del caso de *Packingham*, el tratamiento legal y jurisprudencial a las redes sociales se hizo patente, especialmente en los años 2018 y 2019. La litigación constitucional respecto a las redes sociales se encausó en individuos que buscaban usar la doctrina del foro público para prevenir que oficiales públicos los excluyeran de las redes sociales del gobierno. En esencia, los tribunales federales se enfrentaron a varias controversias: (1) si, a la luz de la Primera Enmienda, la página web oficial del gobierno y las redes sociales son foros públicos; (2) si un oficial público que usa las redes sociales como su herramienta de difusión oficial ejerce una acción de estado cuando elimina comentarios y bloquea usuarios; y (3) si tal actuación es una discriminación basada en las expresiones políticas de los usuarios. Veamos.

B. *Laurenson v. Hogan*

La Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés) del estado de Maryland interpuso una demanda —en la Corte Federal de Distrito para el Distrito de Maryland— contra el gobernador Larry Hogan por bloquear de su página de Facebook a varios constituyentes y borrar sus comentarios luego que estos criticaran al gobernador.¹⁸³ Desde que el gobernador abrió su *fanpage* había bloqueado a sobre 450 usuarios. Los de-

¹⁷⁸ *Id.* en la pág. 2045 (traducción suplida).

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ *Id.* en la pág. 2046 (explicando que “[l]a doctrina de *in loco parentis* trata a los administradores escolares como si estuvieran en el lugar de los padres de los alumnos en circunstancias en las que los padres reales de los niños no pueden protegerlos, guiarlos y disciplinarlos.”) (traducción suplida).

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.* (traducción suplida) (énfasis suplido).

¹⁸³ *Laurenson v. Hogan*, No. 8:17-cv-02162-DKC.

mandantes finalmente llegaron a un acuerdo que incluyó una nueva política de medios sociales para la página de *Facebook* del gobernador Hogan, y transaron también la creación de una segunda página dedicada a proporcionar un foro público donde los electores pudiesen exponer una serie de cuestiones, pero con la advertencia de que los comentarios podían ser removidos por varias causales.¹⁸⁴ Además, las guías crearon un proceso de revisión o apelación para los constituyentes que consideren que sus comentarios han sido eliminados indebidamente, o que han sido bloqueados injustamente.

C. *Davison v. Randall*

Otro caso federal sobre el asunto novel de la aplicación de la Primera Enmienda a las redes sociales se resolvió el 7 de enero de 2019 por el Cuarto Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos.¹⁸⁵ Este caso proviene de la apelación de una sentencia de la Corte de Distrito Federal para el distrito de Virginia que concluyó que Phyllis Randall, presidenta de la Junta de Supervisores del Condado de Loudoun, había violado los derechos de la Primera Enmienda de uno de sus electores, Brian Davison, cuando lo censuró de la página de *Facebook* titulada *President Phyllis J. Randall* que ella administraba.¹⁸⁶ Un día antes de su juramentación como presidenta de la junta, la señora Randall creó una página de *Facebook* (en adelante, *fanpage*).¹⁸⁷ Además de esa *fanpage*, la Sra. Randall creó y mantuvo otros dos perfiles de *Facebook*: un perfil privado y una página dedicada a su campaña política.¹⁸⁸ Randall clasificó la página de su campaña como perteneciente a un *político* y no utilizó ninguna designación para su perfil personal, pero designó la página de *Facebook* de *President Phyllis J. Randall* como una página de *funcionario gubernamental*.¹⁸⁹ Randall usaba esta *fanpage* para notificar al público sobre las próximas reuniones de la Junta de Loudoun y los temas que se debatirían en esas reuniones.¹⁹⁰ Randall también usó la página

184 En particular, las políticas dictaban diez instancias:

Los comentarios pueden ser eliminados si contienen, constituyen o enlazan con:

1. Software malicioso o dañino
2. Anuncios, promociones o solicitudes de un producto o servicio comercial
3. Información confidencial, de identificación personal o privada, tal y como se define en la ley estatal
4. Profanidad, desnudez, indecencia u obscenidad
5. Amenazas de violencia o a la seguridad pública
6. Materiales con derechos de autor que infrinjan la legislación estatal o federal
7. Contenido repetitivo y perturbador
8. En el caso de la página de mensajes de los electores, comentarios que no guarden relación alguna con los intereses del gobierno
9. En el caso de la página de Hogan en las plataformas de Twitter, Snapchat y Youtube, los comentarios que no estén claramente relacionados con el tema de cualquier publicación realizada en la plataforma por el Gobernador o en su nombre.

Office of the Governor Social-Media Policy, https://www.aclu-md.org/sites/default/files/field_documents/social-media-policy.pdf (última visita 23 de agosto de 2021).

185 *Davison v. Randall*, 912 F.3d 666 (4th Cir. 2019).

186 *Id.* en las págs. 672-73.

187 *Id.* en la pág. 673.

188 *Id.*

189 *Id.*

190 *Id.*

para informar a los residentes del Condado de Loudoun sobre problemas importantes de seguridad pública.¹⁹¹ Además, en la columna de la derecha de la *fanpage*, se proporcionaba información de contacto de la oficina de Randall, incluido el número de teléfono de su oficina, la dirección de correo electrónico oficial del condado de Randall y la dirección de internet del sitio web oficial del condado.¹⁹²

La controversia se suscitó el 3 de febrero de 2016. Davison asistió a una reunión pública de la Junta de Loudoun, y luego de un intercambio de palabras con la Sra. Randall, Davison usó una página que él administraba llamada *Virginia SGP* para criticar el debate que se dio allí. Luego, Randall eliminó toda la publicación, incluida su publicación original sobre la reunión del ayuntamiento, el comentario de Davison y sus respuestas, y todos los demás comentarios públicos. Randall también censuró “*ban o block*” de la página a *Virginia SGP*, lo que impedía que Davison usara su página *Virginia SGP* para comentar en la *fanpage* de Facebook de Randall. A la mañana siguiente, unas doce horas después, Randall reconsideró sus acciones y reinstaló a *Virginia SGP*.¹⁹³

Davison, entonces, interpuso una acción de sentencia declaratoria para que el tribunal dictaminara que las acciones de Randall fueron inconstitucionales al amparo de la Primera Enmienda. Randall afirmaba que la *fanpage* en cuestión era una página privada y negaba además que su *fanpage* fuese un foro público.¹⁹⁴ Tanto el Tribunal de Distrito como el de Apelaciones no acogieron los argumentos de la demandada. El panel del Circuito de Apelaciones fundamentó su decisión con varias consideraciones. En primer lugar, Randall intencionalmente abrió y habilitó la sección de comentarios en su *fanpage* para el intercambio de comentarios públicos.¹⁹⁵ Segundo, el gobierno de los Estados Unidos ha reconocido que el internet y los servicios interactivos ofrecen un “foro para una diversidad real de intercambio político, oportunidades únicas para el desarrollo cultural y una miríada de vías para la actividad intelectual”.¹⁹⁶ Tercero, la Sra. Randall: (1) designó la página como perteneciente a un funcionario gubernamental; (2) invistió a la página con los oficios de su cargo público; y (3) eligió incluir su información de contacto oficial en la página.¹⁹⁷ Y en cuarto lugar, el segundo argumento de Randall, de que la página equivale a *government speech*, no reconoce la diferencia significativa entre las publicaciones y los comentarios públicos y el espacio interactivo que la demandada habilitó para que *cualquier* usuario publicara *cualquier* asunto.¹⁹⁸

Por último, la Corte de Apelaciones no tuvo que dilucidar qué tipo de foro era la *fanpage* porque concluyó que las acciones de la demandada se basaban en *viewpoint discrimination* y ello estaba prohibido en cualquier foro público.¹⁹⁹

191 *Id.*

192 *Id.* en la pág. 674.

193 *Id.* en las págs. 675-76.

194 *Id.* en la pág. 682.

195 *Id.* (citando a *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Educ. Fund, Inc.*, 473 U.S. 788, 802 (1985)).

196 *Id.* (citando a 47 U.S.C. § 230(a)(3)).

197 *Id.* en la pág. 683.

198 *Id.* en las págs. 686-87.

199 *Id.* en la pág. 687.

D. Robinson v. Hunt County

Este caso se resolvió el 15 de abril de 2019 por el Quinto Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos.²⁰⁰ Deanna J. Robinson demandó al Sheriff del Condado de Hunt en Texas, Randy Meeks, (en adelante, el *Sheriff*), alegando que la censura contra ella en la página de Facebook de la Oficina del Sheriff era inconstitucional.²⁰¹ Esa oficina mantenía una *fanpage* dedicada a la difusión oficial de expresiones y noticias del Condado. Durante el periodo en litigio, la sección de *About* mencionaba: “[b]ienvenidos a la página de Facebook oficial de la Oficina del Sheriff del Condado de Hunt. Le damos la bienvenida a sus comentarios positivos sobre la Oficina del Sheriff”.²⁰² El 18 de enero del 2017, la oficina publicó en su *fanpage* que cualquier lenguaje soez, o expresiones de odio, o cualquier otro comentario parecido sería considerado como inapropiado y el mismo sería removido de la sección de comentarios y el perfil de la persona sería bloqueado del *fanpage*.²⁰³ La señora Robinson y otros usuarios comentaron la mencionada publicación y criticaron esa política de censura. Específicamente, la demandante escribió: “degradar o insultar a los agentes de policía no es ilegal y, de hecho, varios tribunales estadounidenses lo han dictaminado una y otra vez como un discurso protegido de la Primera Enmienda” y “solo porque considera que un comentario es ‘inapropiado’ no le otorga el derecho legal de eliminarlo y/o prohibir que un ciudadano privado comente en este sitio de redes sociales financiado por el pagador de impuestos”.²⁰⁴ Luego, el comentario de la Sra. Robinson fue eliminado y esta quedó bloqueada de la *fanpage*.²⁰⁵

El circuito de apelaciones estuvo de acuerdo en que la acción de la Oficina del Sheriff “ya fuera por las críticas que hizo la demandante o porque creían que eran *comentarios inapropiados*” constituyó una discriminación impermisible.²⁰⁶ Además, la Oficina del Sheriff nunca negó que su *fanpage* fuera un foro público,²⁰⁷ por lo que el tribunal hace la siguiente expresión: “asumimos a los efectos de este caso que [el *fanpage* del Sheriff] es un foro sujeto a la protección de la Primera Enmienda. Debido a que Robinson alega discriminación por punto de vista, es irrelevante si la página de Facebook se analiza como un foro público limitado o designado”.²⁰⁸ Aún con el silencio del Sheriff al respecto, el tribunal debió haber realizado un análisis sobre la naturaleza y características del *fanpage* y en consecuencia declarar que el *fanpage* del Sheriff era un foro público por designación.

200 Robinson v. Hunt County, 921 F.3d 440 (5th Cir. 2019).

201 *Id.* en la pág. 445-46.

202 *Id.* en la pág. 445 (traducción suplida).

203 *Id.*

204 *Id.* (traducción suplida).

205 *Id.*

206 *Id.* en la pág. 447.

207 *Id.* en la pág. 448.

208 *Id.* (traducción suplida).

E. *Knight First Amendment Inst. v. Trump/Biden*²⁰⁹

Este es el único de los casos relacionados al tema de este artículo que se ha apelado hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos. Se concedió la petición de *certiorari*, pero se devolvió el caso al Segundo Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos con instrucciones de desestimar el caso por academicidad.²¹⁰ A pesar de que la Corte Suprema resolvió el caso, el problema sigue vigente. Por eso conviene examinar el razonamiento de las cortes inferiores, pues inevitablemente se podrían dar otros casos similares.

i. Corte de Distrito

En primera instancia, la corte del distrito sur de Nueva York confrontó dos interrogantes: (1) si las expresiones hechas en Twitter conforman un discurso protegido por la Primera Enmienda; y (2) si debe aplicarse la doctrina del foro público.²¹¹ Sobre la primera cuestión, el Tribunal, por voz de la jueza Naomi R. Buchwald, razonó que todo discurso en la materia de interés público es protegido por la esencia de la Primera Enmienda.²¹² Para contestar la segunda interrogante, el Tribunal tuvo que preguntarse qué tipo de espacio es susceptible a la clasificación de foro público. En principio, la contestación es simple: todo espacio controlado o dominado por el gobierno es susceptible a la doctrina del foro público.²¹³ Por ejemplo, un parque público es susceptible al análisis del foro público si es “usado para propósitos de asamblea, para intercambio de ideas entre los ciudadanos y para la discusión de asuntos públicos”.²¹⁴ El *government-owned property* es el concepto que usa la Corte Suprema para los análisis del foro público: se refiere a propiedad de la cual el gobierno es dueño o que controla.²¹⁵ Para propósitos de ese análisis, el espacio puede estar controlado por el gobierno incluso en ausencia de facultades dominicales.²¹⁶ Lo esencial es el control ejercido sobre esa propiedad. El espacio puede estar controlado por el gobierno mediante arrendamiento, por ejemplo, y esto sirve a los propósitos del *government-owned property*.²¹⁷ El análisis del foro público también aplica a propiedad privada dedicada a uso público.²¹⁸ En el caso de Trump, el Tribunal de Distrito reconoció que Twitter es una empresa privada y no es controlada por el gobierno.²¹⁹ Sin embargo, el control de la cuenta por parte de Scavino y del presidente Trump es suficiente para establecer el elemento de

²⁰⁹ El caso cambió de nombre debido a una sustitución automática de parte luego de la derrota del presidente Trump. Por propósitos de uniformidad seguiré refiriéndome a este caso usando *Trump*.

²¹⁰ *Biden v. Knight First Amendment Inst.*, SCOTUSBLOG, <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/trump-v-knight-first-amendment-institute/> (última visita 23 de agosto de 2020).

²¹¹ *Knight First Amendment Inst. v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541, 564 (S.D.N.Y. 2018).

²¹² *Id.* en la pág. 564-65.

²¹³ *Id.* en la pág. 565 (*citando a Cornelius v. NAACP*, 473 U.S. 788, 801 (1985)).

²¹⁴ *Id.* (*citando a Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37, 45 (1983) (traducción suplida).

²¹⁵ *Id.* en la pág. 566.

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ *Cornelius v. NAACP Legal Def. & Educ. Fund.*, 473 U.S. 788, 801 (1985).

²¹⁹ *Trump*, 302 F. Supp. 3d en la pág. 566.

control gubernamental: el Presidente efectivamente usaba esa cuenta para tomar acciones que solamente el Presidente puede tomar.²²⁰

El Tribunal de Distrito entonces concluyó que la doctrina de foro público es aplicable a varias instancias de la cuenta *@realDonaldTrump*,²²¹ a decir: (1) el contenido de los *Tweets* enviados; (2) el *timeline* que agrupa esos *Tweets*; (3) el hilo de comentarios iniciado en cada uno de esos *Tweets*; y (4) el espacio interactivo asociado a cada uno de esos *Tweets*, mediante el que cualquier usuario puede interactuar directamente.²²²

ii. Circuito de Apelaciones

El gobierno de los Estados Unidos apeló la decisión de la jueza Buchwald. En apretada síntesis, el panel de la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito, mediante decisión *unánime*, confirmó la sentencia de la Corte de Distrito y concluyó que: (1) como cuestión general, las redes sociales tienen las mismas protecciones de la Primera Enmienda, tal como la tienen otros medios;²²³ y (2) la Primera Enmienda no le permite a un oficial público, que usa una red social para difusión de asuntos oficiales, bloquear a un usuario solo por el hecho de expresar una opinión adversa al funcionario.²²⁴ El Tribunal, por voz del juez Barrington D. Parker, finalizó su sentencia afirmando que “si algo significa la Primera Enmienda, es que la mejor respuesta a expresiones adversas a la propia, son más expresiones, no menos”.²²⁵

El mismo día que el panel de tres jueces resolvió esta controversia, la congresista demócrata por Nueva York, Alexandria Ocasio-Cortez fue demandada por dos usuarios de Twitter que fueron bloqueados por la joven política. La congresista hizo lo mismo que Trump: bloqueó a usuarios que la criticaban. La demanda fue desestimada luego de que la congresista se disculpara y desbloqueara a los usuarios. Ocasio-Cortez reconoció que “El Sr. Hikind tiene el derecho de la Primera Enmienda a expresar sus opiniones y no debería ser bloqueado por ello”.²²⁶

iii. Corte Suprema: la mirada sobre las *bigtechs*

No existió división entre los circuitos de apelaciones federales, por lo que la protección al amparo de la Primera Enmienda, en expresiones hechas en redes sociales, se acrecentó

²²⁰ *Id.* en la pág. 567.

²²¹ La cuenta de Twitter del presidente Trump fue bloqueada indefinidamente el 8 de enero de 2021. Debido a esa acción, Trump demandó a la compañía y ha solicitado que su cuenta de Twitter sea restaurada. Es una controversia *sub judice* cuyo desenlace será importante para la doctrina de la Primera Enmienda. Véase Kim Lyons, *Trump Sues to Reinstate his Twitter Account*, THE VERGE (2 de octubre de 2021), <https://www.theverge.com/2021/10/2/22705584/trump-sues-reinstate-twitter-account-jan-6-riot-protest>.

²²² *Trump*, 302 F. Supp. 3d en la pág. 566.

²²³ *Knight First Amendment Inst. v. Trump*, 928 F.3d 226, 237 (2nd Cir. 2019) (*citando a* *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, 1735-36 (2017)).

²²⁴ *Id.* en la pág. 230.

²²⁵ *Id.* en la pág. 240 (traducción suplida).

²²⁶ Michael Gold, *Ocasio-Cortez Apologizes for Blocking Critic on Twitter*, N.Y. TIMES (4 de noviembre de 2019), <https://www.nytimes.com/2019/11/04/nyregion/alexandria-ocasio-cortez-twitter-dov-hikind.html> (traducción suplida).

y se cimentó sobre una zapata fuerte. El caso de *Trump* llegó a la Corte Suprema con esa ventaja. Sin embargo, fue desestimado por academicidad. La desestimación fue desafortunada por la simple y poderosa razón de que se trata de una controversia vigente y susceptible de que se repita. De hecho, en su opinión concurrente, el juez Thomas reconoce que pronto tendrán que atender la controversia.²²⁷ Ese voto concurrente, por ser el único expresado, nos brinda la oportunidad de ahondar en las preocupaciones del Juez y de aquellos que piensan como él. Thomas aparta su mirada de la censura de oficiales gubernamentales en las redes sociales y la fija sobre el “desenfrenado control . . . en las manos de una parte privada”.²²⁸

La preocupación de fondo es la tiranía de las *bigtechs* de las redes sociales, y esa parece ser la razón subyacente para desestimar el pleito. El juez Thomas le concede un punto a los demandantes: “[l]os [recurridos] tienen razón, por ejemplo, en que algunos aspectos de la cuenta del Sr. Trump se asemejan a un foro público constitucionalmente protegido”.²²⁹ No obstante, “el control concentrado de tanto discurso en manos de unos pocos [particulares]” parece ser la médula de la cuestión.²³⁰ Thomas sugiere una manera diferente de solucionar los problemas noveles que surgen de las redes sociales, mas compara las redes sociales con los *common carriers*, como lo fueron los telégrafos.²³¹ Por un lado, el Juez expone que “aplicar las antiguas doctrinas a las nuevas plataformas digitales no suele ser sencillo”,²³² y por otro lado reconoce que “existe un argumento justo de que algunas plataformas digitales son lo suficientemente parecidas a los *common carriers* o lugares de alojamiento como para ser reguladas de esta manera”.²³³ La opinión sugiere una solución: “[s]i parte del problema es el control privado y concentrado sobre los contenidos [. . .] entonces parte de la solución puede encontrarse en las doctrinas que limitan el derecho de una empresa privada a excluir”.²³⁴ Es decir, habría entonces que regular el campo de acción de las redes sociales para poder definir también los linderos de un *government-owned property*.²³⁵ La sugerencia de Thomas requeriría acción legislativa. El balón regresa a la cancha del Congreso.

III. PROPUESTA DE POLÍTICAS PARA EL MANEJO DE LAS REDES SOCIALES DEL GOBIERNO DE PUERTO RICO Y SUS FUNCIONARIOS

Así las cosas, persiste la necesidad de conformar políticas y guías de uso de redes sociales para todas las redes del gobierno,²³⁶ de manera que los funcionarios encargados

²²⁷ *Biden v. Knight First Amendment Inst.*, 141 S. Ct. 1220, 1221 (2021).

²²⁸ *Id.* en la pág. 1222 (traducción suplida).

²²⁹ *Id.* en la pág. 1221 (traducción suplida).

²³⁰ *Id.* (traducción suplida).

²³¹ *Id.* en la pág. 1223.

²³² *Id.* en la pág. 1221 (traducción suplida).

²³³ *Id.* en la pág. 1224 (traducción suplida).

²³⁴ *Id.* en la pág. 1222 (traducción suplida).

²³⁵ *Id.* en la pág. 1225.

²³⁶ Véase Sadot Santana Miranda, *Mutis de agencias de gobierno ante bloqueo de cuentas en redes sociales*, METROPR (19 de febrero de 2020), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2020/02/19/mutis-agencias-gobierno->

del manejo de los foros cibernéticos del gobierno no realicen censuras impermisibles. La elaboración e implementación de políticas adecuadas no solo tiene el potencial de evitar litigios innecesarios en contra del gobierno y sus funcionarios, también protege activamente la libertad de expresión.

Dejamos para otra ocasión el asunto —también notorio— del bloqueo digital por parte de las empresas que proveen el servicio de las redes sociales. El propósito de este trabajo es sostener la tesis de que los oficiales públicos que destinan propiedad privada (como una cuenta de Facebook o Twitter) para fines públicos (como anunciar políticas públicas, nombramientos y otros asuntos de interés público) no pueden bloquear usuarios de internet solo por el hecho de serle de opinión adversa. Hoy, a diferencia de hace tres décadas, los políticos y oficiales públicos tienen la capacidad de interactuar *directa e inmediatamente* con la ciudadanía a través de las redes sociales. En vista de eso, la libertad de expresión en las redes sociales necesita protección.

A. Acceso a la información pública

Conviene puntualizar que, desde hace casi diez lustros, el Tribunal Supremo concluyó que en Puerto Rico existe un derecho constitucional al acceso a la información pública. El derecho a obtener información pública es una consecuencia natural y necesaria del derecho a la libertad de expresión. “La premisa es sencilla. Sin conocimiento de hechos no se puede juzgar; tampoco se puede exigir remedios a los agravios gubernamentales mediante los procedimientos judiciales o a través del proceso de las urnas cada cuatro años”.²³⁷ En nuestra era digital los políticos y los oficiales de gobierno usan sus cuentas de redes sociales para anunciar decisiones y aspectos importantes de política pública. Por eso:

Los ciudadanos de una sociedad que se gobierna a sí misma deben poseer el derecho legal de examinar e investigar cómo se conducen sus asuntos, sujetos sólo a aquellas limitaciones que impone la más urgente necesidad pública. Debe elevarse ese derecho a una posición de la más alta santidad si ha de constituir un baluarte contra un liderato insensible.²³⁸

Ante la negativa del gobierno de brindar o permitir el acceso a información pública “se impone un análisis de estricto escrutinio judicial”.²³⁹ Desde el 2019 es política pública del gobierno de Puerto Rico que: (1) la información que produce el estado se presume pública y accesible a todas las personas por igual; (2) el derecho constitucional de acceso a la información requiere la transparencia gubernamental; y (3) el derecho de acceso a la informa-

ante-bloqueo-cuentas-redes-sociales.html; Sadot Santana Miranda, *Gobierno no cuenta con un protocolo de manejo de redes sociales para las agencias*, METROPR (18 de febrero de 2020), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2020/02/18/gobierno-no-cuenta-protocolo-manejo-redes-sociales-las-agencias.html>.

²³⁷ Soto v. Secretario de Justicia, 112 DPR 477, 485 (1982).

²³⁸ *Id.* (citando a Dávila v. Supte. Gen. de Elecciones, 82 DPR 264, 279, n. 9 (1960) que cita a su vez a *Access to Official Information: A Neglected Constitutional Right*, 27 IND. L.J. 209, 212 (1952)).

²³⁹ *Id.* en la pág. 497.

ción pública es un pilar constitucional y un derecho humano fundamental.²⁴⁰ Los oficiales de gobierno no deben tomar a la ligera estos preceptos de estirpe constitucional y deben ejemplificar, en las redes sociales, la máxima protección a la libertad de palabra: “[h]oy día la secretividad en los asuntos públicos es excepción y no norma”.²⁴¹ Por ejemplo, si un secretario de gabinete usase su cuenta de Facebook para compartir documentos oficiales y bloquease a usuarios solo porque expresaron opiniones adversas al gobierno, se le estaría negando injustificadamente el acceso a esos documentos que siguen estando disponibles para el resto de usuarios.

A. Políticas

Las guías que se adopten deben ser de aplicación a las tres ramas del gobierno de Puerto Rico. Ninguna rama de nuestro gobierno puede estar exenta de salvaguardar los valores democráticos que sostienen a nuestra sociedad. Las políticas de uso que propongo no son exhaustivas, tampoco deberían ser idénticas para cada instancia, solo tienen el propósito de garantizar un ámbito mínimo de protección a la libertad de expresión y de ser un código de buenas prácticas contra la censura gubernamental.

En primer lugar, como cuestión de umbral, y de conformidad con los casos reseñados en este trabajo, los requisitos para que las políticas apliquen deberían ser: (1) Que un funcionario, sea electo o no, habilite un foro, página o espacio cibernético; (2) designe ese espacio web como suyo; (3) invista a la página con los oficios de su cargo público o la clasifique como *página oficial*;²⁴² o elija incluir su información de contacto oficial en la página; y (4) habilite el espacio para la publicación de comentarios sobre todo tipo de asunto público.

En consecuencia, —y sin ánimo de ser taxativo—²⁴³ las políticas que se empleen deben obligar a los siguientes funcionarios y oficinas que habilitan el tipo de foro, página o espacio cibernético que propuse anteriormente: (1) Gobernador y Secretarios adscritos a La Fortaleza (i.e., Jefe de Gabinete, Prensa, Asuntos Públicos); (2) Secretarios de gabinete; (3) Subsecretarios de gabinete; (4) directores o jefes de oficinas gubernamentales; (5) páginas de cualquier departamento gubernamental; (6) directores ejecutivos o presidentes de la junta de cualquier corporación pública; (7) páginas de cualquier corporación pública; (8) oficinas de prensa de agencias y departamentos del gobierno estatal, Municipios, Senado, Cámara de Representantes, otras entidades legislativas o municipales que presten servicios públicos, Poder Judicial. Administración de los Tribunales; (8) Alcaldes; (9) Legisladores municipales; (10) Senadores; y (11) Representantes.

²⁴⁰ Ley de transparencia y procedimiento expedito para el acceso a la información pública, Ley Núm. 141-2019, 3 LPRA § 9913 (2019).

²⁴¹ Santiago v. Bobb y El Mundo, 117 DPR 153, 159 (1986).

²⁴² De hecho, Twitter ha creado etiquetas para cuentas y perfiles de oficiales o entidades de gobiernos: La etiqueta aparece en la página de perfil de la cuenta de Twitter pertinente y en los Tweets enviados y compartidos desde estas cuentas. Las etiquetas contienen información sobre el país al que está afiliada la cuenta y si es operada por un representante gubernamental o una entidad de medios afiliada al Estado.

Sobre las etiquetas en cuentas de medios afiliados al gobierno y al Estado en Twitter, véase TWITTER, <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/state-affiliated> (última visita 23 de noviembre de 2021).

²⁴³ En el listado que expongo, el género masculino incluye al femenino.

Las consideraciones y protecciones mínimas que deberían contener estas políticas de uso de redes sociales son: (1) toda publicación (*post*) que se haga en las páginas del gobierno o del funcionario es un acto individual e inequívoco de apertura de un espacio de intercambio y comunicación; (2) los funcionarios no podrán borrar comentarios o bloquear usuarios que critiquen al funcionario, al gobierno en general o por el mero hecho de que expresen una opinión adversa;²⁴⁴ (3) un funcionario o una entidad gubernamental puede crear un foro público limitado, dedicado exclusivamente a determinados temas.²⁴⁵ Para limitar el foro, deberá especificarlo en sus políticas, publicarlas e incluir la advertencia en la publicación o en el área de información de la página; (4) se podrá limitar las expresiones a propósitos determinados “siempre que la regulación sobre la expresión sea razonable y no sea un esfuerzo para suprimir la expresión simplemente porque los funcionarios públicos se oponen a la opinión del interlocutor”;²⁴⁶ y (5) con la opción de *mute* o *ignore* el oficial puede ignorar cualquier publicación sin infringir la libertad de expresión.

Por su parte, es permisible prohibir expresiones que no están protegidas por la Primera Enmienda como lo son: las amenazas reales,²⁴⁷ el contenido obsceno, la pornografía infantil, la difamación, las palabras de riña, y el contenido dañino para niños. Los oficiales públicos podrían tener el poder de censura en estas instancias, pero será deseable que se cuente con anuencia judicial, pues la determinación última de ilegalidad de la expresión le corresponde a los tribunales. Cualquier censura que emplee el gobierno, que preceda a una orden judicial, constituirá censura previa y se presumirá inconstitucional.²⁴⁸ “Ningún oficial gubernamental, después de todo, posee la discreción para actuar inconstitucionalmente”.²⁴⁹

CONCLUSIÓN

La vida de la ley no ha sido la lógica; ha sido la experiencia.
Para saber lo que es, debemos saber lo que ha sido, y lo que
pretende ser.²⁵⁰

Oliver Wendell Holmes Jr.

El alto sitio de la libertad de expresión no es exclusivo de nuestra democracia. Hoy todas las democracias liberales del mundo protegen el derecho a la palabra. Por fortuna, nuestro ordenamiento jurídico privilegia el libre y continuo intercambio de opiniones e

²⁴⁴ Este tipo de censura es impermisible en nuestro ordenamiento.

²⁴⁵ *Lamb Chapel v. Center Moriches Union Free Sch. Dist.* 508 U.S. 384, 390 (1993).

²⁴⁶ *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37, 46 (1983) (*citando a* *United States Postal Serv. v. Council of Greenburgh Civic Ass'ns*, 453 U.S. 114, 131, n.7 (1981)) (traducción suplida).

²⁴⁷ Definidas como expresiones serias que comunican una intención real de cometer una acción ilegal de violencia contra un individuo en particular o contra un grupo de individuos; véase *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359 (2003).

²⁴⁸ Véase *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58, 70 (1963) (“Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity”).

²⁴⁹ *Knight First Amendment Inst. V. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541, 579 (2018) (traducción suplida).

²⁵⁰ OLIVER WENDELL HOLMES JR., *THE COMMON LAW* 1 (1881) (traducción suplida).

ideas. Incluso, los presidentes Obama y Trump han adoptado, plenamente, Twitter y a Facebook como medios de comunicación con el público en general y como medios eficaces e innovadores, transformando las campañas políticas del siglo XXI.²⁵¹

Si la libertad de expresión es la más fuerte protección que tienen los ciudadanos contra la censura, y las redes sociales son los nuevos espacios para el intercambio de opiniones, ¿cómo se puede justificar que oficiales públicos, desde sus cuentas oficiales, bloqueen usuarios arbitrariamente? Con la redacción de la Primera Enmienda, los padres fundadores de los Estados Unidos de América querían asegurar que el pueblo tuviera la oportunidad de criticar a su gobierno: los foros han cambiado, pero ese principio se mantiene inalterado. Los foros digitales le proveen a los ciudadanos la oportunidad de conectar instantáneamente con sus políticos y oficiales públicos.

La eclosión de la semilla digital avanza vertiginosamente. Ante eso, los poderes políticos y judiciales deben empeñarse por mantener el ritmo que los cambios sociales y culturales le exigen. Nuestros teléfonos inteligentes —como expone el filósofo Byung-Chul Han— son los nuevos rosarios y confesionarios, también son los nuevos lugares de trabajo.²⁵² Mientras que los nuevos desarrollos en la tecnología de las comunicaciones corren apresuradamente, el Derecho se mueve lentamente. El tiempo dirá, pero en estas notas hemos visto que los propios precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y los recientes casos a nivel apelativo, proveen los fundamentos para concluir que el espacio interactivo de las cuentas de redes sociales de oficiales públicos es propiedad privada dedicada a fines públicos y que sobre ella se ejerce suficiente control gubernamental para tratarlas como tal.

²⁵¹ Véase Michael Scherer, *Friended: How the Obama Campaign Connected with Young Voters*, TIME (20 de noviembre de 2012), <https://swampland.time.com/2012/11/20/friended-how-the-obama-campaign-connected-with-young-voters/>; véase también Note, *Recent Social Media Posts*, 131 HARV. L. REV. 934, 943 (2018); y véase además RonNell A. Jones & Lisa G. Sun, *Enemy Construction and the Press*, 49 ARIZ. ST. L. J. 1301, 1341-42 (2017).

²⁵² Sergio C. Fanjul, *Byung-Chul Han: El móvil es un instrumento de dominación. Actúa como un rosario*, EL PAÍS (9 de octubre de 2021), <https://elpais.com/ideas/2021-10-10/byung-chul-han-el-movil-es-un-instrumento-de-dominacion-actua-como-un-rosario.html>.