

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



*“MY USE OF SOCIAL MEDIA IS NOT PRESIDENTIAL-IT’S MODERN DAY  
PRESIDENTIAL”*: EL ENTENDIMIENTO JUDICIAL EN ESTADOS UNIDOS DE LA  
DOCTRINA DEL DISCURSO GUBERNAMENTAL EN REDES SOCIALES

**TESINA**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

SARA ISELA CONTRERAS MEDRANO

DIRECTOR DE LA TESINA: MTRO. JAVIER MARTÍN REYES

CIUDAD DE MÉXICO

2021

## AGRADECIMIENTOS

*A Dios por ser mi guía y fortaleza.*

*A mis padres, Cristina y Juan Carlos porque siempre me han apoyado en todos mis sueños incondicionalmente. En especial, gracia mamá por todas las veces que fuiste mi motor e inspiración. Gracias por creer en mí. Los amo.*

*A mi hermana Ana, por ser mi rayito de sol ante la adversidad y motivarme en todo lo que me propongo. Gracias por tu amor paciente e incondicional. En verdad te admiro y te amo mucho.*

*A mis abuelos, cuyo amor no tiene límites y está lleno de ternura, entrega, felicidad y nobleza. Gracias por ser mi inspiración y recordarme lo valioso de la vida.*

*A mi madrina Lucero y mi primita Dini, por ser un apoyo incondicional. Gracias por todo su amor y enseñanzas.*

*To Susan, Robert and Vivian for always believing in me and showing me what really matters in life. Love you to the moon and back.*

*A Maru, Juli, Anel, Luna y Pao por ser mis mejores amigas en la carrera. Gracias por estar siempre a mi lado y permitirme conocerlas y aprender de ustedes. Llegarán muy lejos. Las amo.*

*A mis amigas y amigos que estuvieron presentes a lo largo de mi camino universitario y que me recordaban de lo que soy capaz: Fer P, Fefu, Majo, María, Chiviz, Julieta, Kathy, Pato y Emiliano. Los quiero.*

*Al Mtro. Javier Martín por sembrar las primeras inquietudes sobre este fascinante tema y por guiarme con tanto entusiasmo en todo el proceso de esta tesina. Que gusto coincidir en distintos contextos... como mi profesor, haber sido su asistente de investigación y ahora mi director de tesina. Simplemente gracias.*

*To Vivi, Josh and Pun who showed me that true friendships overcome time and distance. Love you.*

*A Samara y Jimena, por todas las enseñanzas tanto académicas como personales. Gracias por contagiarme su pasión por el Derecho Internacional Público.*

*A Sofi, Mayis, Fer y Ari por compartir a su lado una de las mejores experiencias de la carrera: Jessup. Gracias por enseñarme lo que realmente significa trabajar en equipo y el apoyo incondicional.*

*A toda la familia Jessup por esta increíble experiencia y por el apoyo en mi último año de la carrera.*

*A todas mis profesoras y profesores de la carrera.*

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. DOCTRINAS RELEVANTES</b>	<b>7</b>
<b>I. Doctrina de la libertad de expresión y la Primera Enmienda</b>	<b>7</b>
<b>II. Doctrina del foro</b>	<b>15</b>
<b>III. Doctrina del discurso gubernamental</b>	<b>18</b>
<b>CAPÍTULO II. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: BLOQUEOS POR SERVIDORES PÚBLICOS EN LAS REDES SOCIALES</b>	<b>34</b>
<b>I. La saga Davison: Davison v. Randall</b>	<b>35</b>
<b>II. Morgan v. Bevin</b>	<b>40</b>
<b>III. Knight First Amendment Institute v. Trump</b>	<b>43</b>
<b>IV. Price v. City of New York</b>	<b>46</b>
<b>V. Leuthy v. LePage</b>	<b>52</b>
<b>VI. One Wis. Now v. Kremer</b>	<b>57</b>
<b>VII. Campbell v. Reisch</b>	<b>60</b>
<b>CAPÍTULO III. ANÁLISIS</b>	<b>64</b>
<b>I. Continuidades de la doctrina del discurso gubernamental en litigios de bloqueos por     parte de servidores públicos</b>	<b>64</b>
<b>II. ¿Es adecuada la doctrina del discurso gubernamental para litigios en redes     sociales?</b>	<b>71</b>
<b>CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES</b>	<b>82</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>85</b>

## INTRODUCCIÓN

*“While citizens have historically marched on the streets or protested in parks to take advantage of the First Amendment, citizens in the modern world have often turned to social media to communicate their ideas and concerns to their government representatives”.*<sup>1</sup>

La libertad de expresión es un derecho fundamental para toda sociedad democrática, pues sirve como herramienta de crítica hacia el gobierno por parte de los gobernados; además como señaló el ex juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS) Hugo Black, “el motivo de la Primera Enmienda es hacer que la gente sea libre de pensar, hablar, escribir y desenvolverse como deseen y no como el gobierno ordena”.<sup>2</sup> La libertad de expresión está consagrada en varias constituciones alrededor del mundo, específicamente en el caso de Estados Unidos la Constitución lo contempla en su Primera Enmienda.

La doctrina del discurso gubernamental es una doctrina judicial que surge en Estados Unidos en casos relacionados con la libertad de expresión. Esta doctrina afirma que el gobierno no vulnera la libertad de expresión de los ciudadanos (protegida por la Primera Enmienda) cuando este se niega a utilizar un punto de vista neutral en su propio discurso. Es decir, esta doctrina reconoce que una entidad gubernamental “tiene derecho a decir lo que desee”, aunque esto implique excluir las opiniones que no considere oportunas para lo que desea transmitir, con la finalidad de que pueda gobernar.<sup>3</sup> Ahora bien, bajo la doctrina del discurso gubernamental el gobierno no está constreñido por el escrutinio de la cláusula de la Primera Enmienda.<sup>4</sup> La lógica detrás de

---

<sup>1</sup> Sara J. Benson, “@Publicforum: The argument for a public forum analysis of government officials’ social media accounts”, *Washington University Jurisprudence Review*, (2019), 2.

<sup>2</sup> Floyd Abrams, *The Soul of the First Amendment* (New Haven and London: Yale University Press, 2017), 38, Apple Books.

<sup>3</sup> Helen Norton, *The Government’s Speech and the Constitution* (Nueva York: Cambridge University Press, 2019), 10, Kobo.

<sup>4</sup> En relación con la Primera Enmienda, regulaciones a la libertad de expresión dependerá si éstas se basan en contenido o son neutrales en cuanto al contenido. Las que están relacionadas con el contenido, se someten a un escrutinio estricto, el cual requiere que el gobierno demuestre que está promoviendo un interés imperioso o extremadamente importante; mientras que las regulaciones neutrales se someten a un escrutinio intermedio, el cual únicamente requiere que el gobierno demuestre un interés substancial. Davis L. Hudson Jr., “Substantial Government Interest”, *The First Amendment Encyclopedia*, consultado el 12 de mayo de 2021, [https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1615/substantial-government-interest#:~:text=It%20represents%20a%20governmental%20interest,and%20\(3\)%20rational%20basis.](https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1615/substantial-government-interest#:~:text=It%20represents%20a%20governmental%20interest,and%20(3)%20rational%20basis.)

esta doctrina es que el gobierno no podría funcionar si este no tomara posicionamientos en contra o a favor respecto a ciertos temas para gobernar.<sup>5</sup>

Es importante señalar que, en casos donde existe la discusión sobre el análisis de la doctrina del discurso gubernamental, es muy común que exista la pregunta si puede haber o no un análisis de la doctrina del foro público. La doctrina del foro público exige al gobierno facilitar la expresión al requerir que ciertos foros sean creados o que se mantengan disponibles sin censura para el debate, la discusión y el ejercicio de la libertad de expresión.<sup>6</sup> Esta doctrina sirve para determinar la constitucionalidad de las restricciones a la libertad de expresión que se implementen en propiedad del gobierno o propiedad privada controlada por el gobierno.<sup>7</sup>

Desde que estas doctrinas, la del discurso gubernamental y del foro, son de creación jurisprudencial es relevante tomar en cuenta el contexto de cómo surgieron los precedentes más importantes. Los precedentes de estas doctrinas se han dado en relación con “espacios” que comúnmente las personas identifican como lugares que el gobierno utiliza como medio para expresar sus ideas, por ejemplo: programas fundados por el gobierno, grupos dentro de las universidades subsidiados por el gobierno, placas para autos, impuestos a anuncios, desarrollo de las tareas de los funcionarios públicos, registro de marcas, etc. Sin embargo, en la actualidad el medio que los gobernantes utilizan para comunicarse con sus gobernados, el ejercicio de la libertad de expresión, así como la discusión pública y de interés social ha migrado a las redes sociales, tales como Twitter, Facebook, Instagram, YouTube, etc., que *prima facie* son relacionados con espacios controlados por actores privados.

En la actualidad, cada vez es más frecuente que existan servidores públicos en redes sociales y uno de los problemas que existe es el bloqueo a usuarios simplemente porque no comparten el mismo punto de vista que los servidores públicos, lo cual es contrario a los valores de una sociedad democrática, pues vulnera el derecho a la libertad de expresión. En este tipo de casos, en Estados Unidos, las Cortes parecen aplicar las doctrinas el foro y del discurso gubernamental para determinar si hubo o no una violación; no obstante, hay que tener presente que las redes

---

<sup>5</sup> Pleasant Grove City v. Summum, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

<sup>6</sup> Dawn C. Nunziato, “From Town Square to Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital” (GWU Legal Studies Research Paper No. 2018-40, George Washington University Law School, 2018), 22.

<sup>7</sup> Pamela L. Morris y Susan H. Sarapin, “You can’t block me: When social media spaces are public forums”, *First Amendment Studies* 54, núm.1 (2020): 54.

sociales tienen características diferentes (como su misma naturaleza) y entonces las preguntas que posiblemente antes eran un poco más claras, ahora ya no lo son. Esto es relevante, porque considerando que en la actualidad las redes sociales juegan un papel fundamental en el debate público e interacción entre gobernantes y gobernados, los jueces tienen la necesidad de desarrollar un entendimiento y elegir criterios jurídicos que puedan brindar certeza a las personas sobre sus derechos, pero incluso para que los gobernantes puedan evitar ciertos comportamientos.

Desafortunadamente, al derecho muchas veces le cuesta adaptarse a las nuevas circunstancias y sobre todo en estos temas algo técnicos y novedosos como lo son las redes sociales, es más evidente. Lo anterior, porque en el caso de Estados Unidos, las Cortes cuando están frente a una disputa que involucra a un servidor público, que a través de su cuenta de una red social bloquea a un ciudadano por tener distintos puntos de vista, aplican y resuelven estos casos a partir de doctrinas judiciales que se originaron en casos de hace ya muchos años.

Al tomar en cuenta lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo responder a la siguiente pregunta: ¿la doctrina del discurso gubernamental resulta una manera adecuada para resolver casos sobre bloqueos por parte de servidores públicos en redes sociales? La respuesta a esta pregunta, esto es la hipótesis que apoya el presente trabajo, es que la doctrina del discurso gubernamental no es una manera adecuada para proteger la libertad de expresión en redes sociales porque tiene un mayor traslape con la doctrina del foro público, y es importante no perder de vista que estas dos doctrinas están en tensión, ya que cada una proporciona un marco diferente para resolver un caso de un bloqueo en redes sociales.<sup>8</sup> Ahora bien, un paso previo e importante para llegar a dicha conclusión es determinar cuáles han sido los cambios y continuidades respecto al entendimiento de las Cortes de Estados Unidos de la doctrina del discurso gubernamental en casos novedosos, como lo son los bloqueos por parte de servidores públicos en sus redes sociales. Ya que, a partir de la identificación de los cambios o continuidades de esta doctrina, podrá responderse si resulta ser una manera adecuada o no para proteger la libertad de expresión en estos nuevos espacios, como lo son las redes sociales.

Para demostrar lo anterior, se utilizará un método cualitativo enfocado principalmente al estudio y análisis de resoluciones judiciales y estudio dogmático de trabajos académicos. Ahora bien,

---

<sup>8</sup> Benson, “@Publicforum”, 15.

los pasos que se siguieron fueron: en primer lugar, se hará una revisión de la literatura sobre doctrinas de libertad de expresión, discurso gubernamental y foros públicos. En segundo lugar, habrá una búsqueda y lectura de las resoluciones judiciales de Cortes federales de Estados Unidos relacionadas con discurso gubernamental en plataformas digitales. En tercer lugar, se realizará una sistematización de las resoluciones judiciales. En cuarto lugar, se identificarán los cambios y continuidades de cada una de las doctrinas respecto de la aplicación por las Cortes en este tipo de casos. Finalmente, habrá una evaluación de los alcances y limitaciones de la doctrina existente.

Por último y un punto importante de explicar es la decisión de la autora de haber elegido estudiar el sistema jurídico estadounidense, teniendo en mente que el presente trabajo analiza doctrinas que son parte del método de adjudicación. En este sentido, la autora considera relevante estudiar las decisiones de las Cortes en Estados Unidos sobre este tema por las siguientes tres razones:

En primer lugar, la doctrina de libertad de expresión de creación jurisprudencial por las Cortes en Estados Unidos ha tenido una influencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Por ejemplo, existen diversas resoluciones de la SCJN, en la que utiliza estándares creados por Cortes en Estados Unidos, como lo son el de la real malicia (*real malice*) y la prueba de escrutinio estricto (*strict scrutiny*).<sup>9</sup>

En segundo lugar, un factor importante a considerar es la cantidad de casos judicializados en Estados Unidos relacionados con bloqueos a ciudadanos por parte de servidores públicos. Ahora bien, más allá de la cantidad, las Cortes estadounidenses tienen un entendimiento distinto al momento de resolver este tipo de casos, a como sucede en algunos otros países (incluyendo México). Lo interesante es que, a pesar de aplicar distintas aproximaciones, la mayoría de las Cortes en otros países toman como referencia al caso *Knight v. Trump* para resolver sus casos.

El caso *Knight v. Trump*, es muy importante por tres razones: la primera, porque fue el primer caso resuelto por una Corte en donde se reconoce que las redes sociales son un foro público por el componente interactivo; la segunda razón, es porque al momento de que otras Cortes en

---

<sup>9</sup> Amparo en revisión 3/2011 – relacionado con el Amparo indirecto 4/2011; Amparo directo en revisión 3111/2013; Amparo en revisión 2598/2017; Contradicción de tesis 247/2017; Amparo directo en revisión 6175/2018; Acción de inconstitucionalidad 85/2018; Amparo en revisión 579/2018; Amparo directo en revisión 172/2019; Recurso de reclamación 1022/2020 derivado del Amparo directo en revisión 2019/2020.



Estados Unidos y otros países están resolviendo un caso de estos, lo toman como referencia para fundamentar su razonamiento. Finalmente, la tercera razón, tiene que ver con el impacto que el expresidente Trump tuvo en redes sociales para gobernar e interactuar con la ciudadanía. En Estados Unidos parecen existir hasta el momento once casos judicializados;<sup>10</sup> no obstante, existen casos que, si bien culminaron antes de una resolución judicial, versan sobre lo mismo e incluso los acuerdos están basados en el razonamiento de los casos resueltos por las Cortes.<sup>11</sup>

Si bien es cierto que las Cortes de Estados Unidos no son las únicas que han resuelto este tipo de casos,<sup>12</sup> estas Cortes se han aproximado de manera distinta a como lo han hecho las Cortes en México. Por ejemplo, en el Amparo en revisión 1005/2018, resuelto por la SCJN, si bien reconoce el valor y relevancia de la información publicada por el Fiscal Federal de Veracruz para el interés y discusión pública (además de que considera que el bloqueo constituye un acto de autoridad), la SCJN resuelve este caso bajo un análisis del derecho al acceso a la información y al de la privacidad. A pesar de que la SCJN reconoció como un caso relevante *Knight v. Trump*, únicamente lo utilizó para demostrar que sin importar que estén en un espacio privado, al final es un lugar relevante para recibir y obtener información de un servidor público.<sup>13</sup>

Sin duda existe un gran avance por parte de la SCJN por reconocer la importancia de las redes sociales para el debate de temas de interés público; sin embargo, la aproximación desde el derecho al acceso a la información y privacidad, si bien es interesante, parece ignorar lo que la Corte de Distrito en Nueva York reconoció respecto a que una cuenta de un servidor por el componente interactivo es un foro público, y que el bloquear a un usuario impide a este expresarse y participar en la discusión pública. La SCJN pierde de vista que la comunicación en

---

<sup>10</sup> Davison v. Randall; Hargis v. Bevin; Knight First Amendment Institute v. Trump; Price v. City of New York; Leuthy v. LePage; One Wis. Now v. Kremer; Campbell v. Reisch; McKercher v. Morrison; Windom v. Harshbarger; Garnier v. Poway Unified School District; Attwood v. Clemons.

<sup>11</sup> Landman v. Scott, ACLU v. Governor Hogan; Knight First Amendment Institute y ACLU v. Governor Paxton; Wagschal v. Skoufis.

<sup>12</sup> A continuación, la lista de países latinoamericanos con el número aparente de casos resueltos sobre este tema: En México (Amparo en revisión 1005/2018; Juicio de Amparo indirecto 784/2018; Juicio de Amparo 607/2018; Amparo indirecto 18/2018; Amparo 20/2018-VII; Juicio de Amparo 343/2018-B y el Juicio de Amparo 1139/2018-IX); en Colombia (Dictamen No. 671-2019 de la Contraloría General de la República); en Perú (Sentencia Exp. 00442-2017-AA/TC), Costa Rica (Caso Schult v. Presidencia).

<sup>13</sup> Amparo en revisión 1005/2018, resuelto el 20 de noviembre de 2019 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Votación por unanimidad. Ministro ponente Eduardo Medina Mora y Juvenal Carbajal Díaz como Secretario, 43.

redes sociales no únicamente es para recibir información, sino que de igual manera es para ejercer el derecho a la libertad de expresión y participar en la discusión pública.

En tercer lugar y la última razón por la cual es relevante estudiar el sistema jurídico en Estados Unidos es por la relevancia que el derecho comparado tiene en el entendimiento del derecho por parte de las Cortes. Partiendo de que las fuentes del derecho tienen un papel clave, pues definen lo que es el derecho en un sistema jurídico determinado y la aplicación de derecho comparado. Las fuentes del derecho son importantes porque reconocen que para la práctica ayuda a identificar alternativas jurídicas a problemas semejantes y también porque desde una perspectiva teórica, sirven para clasificar diversos sistemas en familias doctrinales.<sup>14</sup>

En específico, en el caso del derecho constitucional comparado, la influencia del derecho extranjero se demuestra con el hecho de que, hoy en día, existen varias pruebas de estudios constitucionales. Esto porque los tribunales alrededor del mundo toman en cuenta la posibilidad de recurrir a otros puntos de vista alternativos de otras Cortes “transnacionales” a la hora de preparar y dictar sus decisiones.<sup>15</sup> La misma SCJN lo reconoce en el Amparo en revisión 1005/2018:

“Si bien las resoluciones de la Corte del Distrito de Nueva York y de la Sala Constitucional de Costa Rica, a las que se hizo referencia en los párrafos anteriores, no constituyen precedentes obligatorios ni son orientadores para resolver los problemas jurídicos de índole nacional, sí son ilustrativos, en función de la naturaleza global de las redes sociales y en cuanto analizan temas relacionados con los derechos a la privacidad y al acceso a la información, particularmente por lo que se refiere a la interacción de los servidores públicos con los ciudadanos a través de este tipo de medios digitales”.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Anna Priscila Valencia Ortega, “Uso del derecho foráneo en cortes nacionales como fuente de derecho”, *Blog del Centro de Estudios Constitucionales*, 24 de septiembre de 2020, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/uso-del-derecho-foraneo-en-cortes-nacionales-como-fuente-del-derecho>.

<sup>15</sup> Peer Zumbansen, “Carving Out Typologies and Accounting for Differences Across Systems”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld y Andres Sajó (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012), 4.

<sup>16</sup> Amparo en revisión 1005/2018, 46.

## CAPÍTULO I. DOCTRINAS RELEVANTES

El presente capítulo tiene la finalidad de explicar las doctrinas relevantes para el análisis de las resoluciones judiciales pertinentes de esta tesina que se presentan el tercer capítulo. En primer lugar, la doctrina de la libertad de expresión, la cual está contemplada en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y la cual es una protección frente al Estado.<sup>17</sup> En segundo lugar, la doctrina del foro público que sirve como herramienta de análisis que han utilizado los jueces para determinar la constitucionalidad de restricciones de la libertad de expresión en propiedad, sea pública o privada controlada por el gobierno.<sup>18</sup> Finalmente, la doctrina del discurso gubernamental, la cual es parte del análisis en casos relacionados con la doctrina de la libertad de expresión, permite que el gobierno pueda expresarse y esto sin estar sujeto a restricciones de la Primera Enmienda.<sup>19</sup> Asimismo, se presentan los precedentes relevantes y que dieron origen a esta doctrina. En principio, de manera breve y general se presenta el contexto del derecho a la libertad de expresión y su concepción en el derecho estadounidense. Posteriormente, se desarrolla la doctrina del foro público y finalmente la explicación de la doctrina del discurso gubernamental.

### I. Doctrina de la libertad de expresión y la Primera Enmienda

En la Constitución de Estados Unidos, el derecho a la libertad de expresión está contemplado en la Primera Enmienda, la cual establece lo siguiente:

“El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> James Weinstein, “A Brief Introduction to Free Speech Doctrine”, *Arizona State Law Journal* 20, núm. 2 (Verano 1997): 461-462.

<sup>18</sup> David L. Hudson Jr., “Public Forum Doctrine”, *The First Amendment Encyclopedia*, consultado el 28 de febrero de 2021, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/824/public-forum-doctrine#:~:text=The%20public%20forum%20doctrine%20is,expressive%20activities%20on%20such%20property>.

<sup>19</sup> Alyssa Graham, “The Government Speech Doctrine and its Effect on the Democratic Process”, *Suffolk University Law Review* 44, núm. 3 (2011): 706.

<sup>20</sup> “La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América”, Cato Institute, consultado el 18 de octubre de 2020, <https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>.

La libertad de expresión tiene un contexto histórico muy relevante en el sentido de lo que significa para una democracia. La Primera Enmienda fue consecuencia de la supresión existente del discurso y la prensa que existía en la sociedad inglesa; pues las publicaciones dependían prácticamente de una licencia otorgada por el gobierno. La colonia inglesa en Estados Unidos ciertamente no fue tan grave como aquella; no obstante, sí existieron persecuciones por críticas al gobierno, tal como el caso de John Peter Zenger en 1735, quien fue llevado a juicio por haber criticado al gobernador de Nueva York. Ahora bien, de conformidad con Erwin Chemerinsky existen cuatro teorías sobre la importancia de libertad de expresión.<sup>21</sup>

### **Las cuatro teorías de la libertad de expresión**

No hay duda de que el nacimiento de la Primera Enmienda tuvo como objetivo prohibir que existieran concesiones de licencias de publicaciones por parte del gobierno, como las que existían en Inglaterra. Así, la interrogante es ¿Por qué proteger el derecho a la libertad de expresión? De acuerdo con Chemerinsky existen cuatro teorías principales que explican la importancia de la protección a la libertad de expresión; sin embargo, concluye que independientemente de la teoría que se siga, ninguna de estas es excluyente entre sí, pues todas sirven para comprender la importancia de proteger la libertad de expresión, así como cuál expresión debe ser salvaguardada y cual otra regulada.<sup>22</sup>

#### *1) Autogobierno (Self-Governance)*

Esta primera teoría sin duda apoya la afirmación fundamental respecto a que la libertad de expresión es esencial para una democracia. El que exista una discusión abierta de los candidatos que desean gobernar, es crucial para que las decisiones que tomen los votantes sean informadas. Es a través del discurso, que las personas pueden influenciar las decisiones del gobierno en cuanto a políticas públicas. De igual manera, la libertad de expresión es un “*checking value*” (valor de control) del gobierno, pues a través de críticas por parte de los votantes, los servidores públicos rinden cuentas a sus gobernados.<sup>23</sup>

Ahora bien, la mayoría concuerda que el discurso político es la piedra angular de lo protegido por la Primera Enmienda. La SCOTUS ha reconocido que la libertad de expresión tiene la

---

<sup>21</sup> Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies* (New York: Wolters Kluwer, 2015), 1364.

<sup>22</sup> Chemerinsky, 1372.

<sup>23</sup> Chemerinsky, 1368.

finalidad principal de ser una herramienta para criticar a funcionarios públicos; no obstante, esto no significa que la Primera Enmienda tenga como único propósito proteger al discurso político, sino que la misma SCOTUS no acepta que sea exclusiva de la expresión política o de comentarios sobre asuntos políticos.<sup>24</sup>

2) *Impulsar el descubrimiento de la verdad a través del mercado de ideas (Discovering Truth)*

Uno de los argumentos clásicos sobre la importancia de la libertad de expresión es que es un derecho fundamental básico para el descubrimiento de la verdad. Una de las metáforas directamente relacionadas con esta teoría es la del “mercado de ideas”, en donde como señaló Oliver Wendell Holmes “la mejor prueba para la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado, es decir, que la verdad es más probable que surja del choque de ideas”.<sup>25</sup>

Esta teoría ha sido criticada por algunos académicos; algunos afirman que es erróneo asumir que todas las ideas podrán entrar al mercado de ideas, y que incluso logrando entrar, aquellos que tengan más recursos que otros pueden lograr que sus voces sean escuchadas y las de otros no. A pesar de las críticas, la posición que defiende esta teoría sostiene que la alternativa es que el gobierno pueda determinar la verdad y la censura de lo que es “falso” es mucho más peligrosa. Pues, el gobierno inevitablemente censurará contenidos para satisfacer sus propios intereses/ fines.<sup>26</sup>

3) *Impulsar la autonomía (Advancing Autonomy)*

La teoría de la autonomía apoya la idea de que el derecho a la libertad de expresión es fundamental para el desarrollo de la personalidad y la autonomía. Esta teoría hace énfasis en que proteger el discurso ayuda al proceso político, a la vez que promueve la búsqueda de la verdad; así, proteger la libertad de expresión es fundamental para la autonomía. El ejercer el derecho a la libertad de expresión de manera voluntaria es participar en la autodefinición o

---

<sup>24</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 1368.

<sup>25</sup> Chemerinsky, 1369.

<sup>26</sup> Chemerinsky, 1370.

autoexpresión de la persona. Pues, según esta teoría la Primera Enmienda también sirve para el espíritu humano (que exige la autoexpresión) y no únicamente para fines políticos.<sup>27</sup>

Ahora bien, la crítica a este punto de vista es que no hay razón suficiente para concluir que el discurso es un derecho fundamental, a comparación de otras actividades que pueden resultar más efectivas para ejercer la autonomía o satisfacción personal. En este mismo sentido, la crítica sostiene que esta teoría ignora las formas en que la protección a la libertad de expresión de algunos puede disminuir la autonomía y la autorrealización de otros.<sup>28</sup>

#### 4) *Promover la tolerancia (Promoting Tolerance)*

La última teoría considerada por Chemerinsky sostiene que la protección de la libertad de expresión es base para la tolerancia, siendo un valor fundamental en las sociedades. Uno de los principales defensores de esta posición es el profesor Lee Bollinger, quien argumenta que el principio de la libertad de expresión implica impulsar la interacción social y poner en práctica la capacidad de las personas de controlar sentimientos generados en encuentros sociales. En este sentido, esta teoría considera que la libertad de expresión tiene el objetivo de ayudar a formar el “carácter intelectual de la sociedad”.<sup>29</sup>

La premisa central de esta última teoría es que la tolerancia es un valor necesario y que “el proteger el discurso no popular o desagradable es en sí mismo un acto de tolerancia en la sociedad”.<sup>30</sup> Ahora bien, la crítica de esta teoría es que la sociedad no necesita tolerar todo, es decir hay límites, pues no se puede tolerar la gente que busca provocar un gran daño, por ejemplo: promover el genocidio.<sup>31</sup>

No obstante, sin importar qué teoría parezca la más asertiva, la realidad es que ninguna de estas es excluyente entre sí, pues todas son importantes para comprender los siguientes puntos:

- a) ¿Qué expresión debe ser protegida?
- b) ¿Qué discurso puede ser regulado?

---

<sup>27</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 1371.

<sup>28</sup> Chemerinsky, 1371.

<sup>29</sup> Chemerinsky, 1372.

<sup>30</sup> Chemerinsky, 1372.

<sup>31</sup> Chemerinsky, 1372.

c) ¿Cuál es la valoración de las decisiones de SCOTUS en materia de libertad de expresión?<sup>32</sup>

Antes de continuar, es importante mencionar que, en la jurisprudencia estadounidense, existen algunos consensos que son claves para el presente trabajo (los cuales se presentan a continuación).

### **La doctrina de la acción estatal**

Una cuestión relevante que es necesario entender es la doctrina de la acción estatal, ya que, si bien las redes sociales son espacios privados,<sup>33</sup> las acciones de los servidores públicos constituyen una acción estatal. Un punto importante, y ya anteriormente señalado, es que “las protecciones constitucionales de libertades civiles y el requisito de protección igualitaria son únicamente aplicables al gobierno”.<sup>34</sup> Esta idea es conocida en la doctrina judicial como la de la acción estatal (*state action doctrine*).<sup>35</sup>

Ahora bien, una cuestión fundamental es el umbral para saber en algún caso constitucional si el acusado en efecto es el gobierno. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos constitucionales no existe discordancia entre las partes sobre si es acción estatal, en ocasiones las acciones de una entidad privada o individuo pueden ponerse en cuestionamiento.<sup>36</sup> En este sentido una de las preguntas relevantes de esta doctrina con el presente trabajo es: ¿cuándo las acciones de los individuos constituyen una acción estatal?

Respecto a la pregunta anterior, si una persona está contratada por el gobierno y actúa como servidor público entonces no existe la mínima duda que existe acción estatal y por lo tanto queda sujeto a la Constitución. Pero entonces, ¿qué ocurre con los espacios privados? La SCOTUS señaló en *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.* que, si bien la conducta de actores privados está fuera del ámbito de la Constitución en la mayoría de los casos, sí puede determinarse que

---

<sup>32</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 1372.

<sup>33</sup> Tarleton Gillespie, “Platforms are not intermediaries”, *Georgetown Law Technology Review* (2018), 198.

<sup>34</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 752.

<sup>35</sup> Chemerinsky, 752.

<sup>36</sup> Chemerinsky, 759.

una actividad de los privados fue realizada como autoridad gubernamental y, por lo tanto, le aplican las restricciones constitucionales.<sup>37</sup>

### **Categorías del discurso: discurso protegido y no protegido**

Si bien la Primera Enmienda prohíbe al gobierno obstaculizar el ejercicio de la libertad de expresión, esta no explica las implicaciones de dicha libertad. En este sentido, la SCOTUS ha interpretado la cláusula de la Primera Enmienda contra la regulación gubernamental de áreas fundamentales del discurso protegido, y de igual manera sobre qué tipo de discurso no está protegido y así el gobierno tiene mayor margen para regularlo.<sup>38</sup>

Un punto importante que aclarar es que la SCOTUS no adopta un enfoque en el que únicamente porque exista una ley que busque limitar un discurso protegido, entonces implique una violación automática a la Primera Enmienda. Ahora bien, una Corte al momento de intentar resolver casos que impliquen una posible impugnación a una regulación del gobierno a discurso no protegido, aún puede presentar razones para considerar dicha regulación inadmisibles. Desde un posible “umbral”, las Cortes pueden considerar si la ley se refiere al discurso como tal o a la conducta (y en caso de ser conducta si es expresiva). Otra manera en la que las Cortes miden esto es si la restricción que el gobierno está imponiendo es válida, considerando el tiempo lugar o manera en que se da. También una Corte puede resolver respondiendo si se reglamenta de manera inadmisibles el discurso sobre la base de su contenido o el punto de vista del orador.<sup>39</sup>

La importancia de identificar el tipo de discurso es un paso vital para determinar los estándares aplicables a la Primera Enmienda, incluido que tipo de nivel de escrutinio la Corte tiene que aplicar según sea el caso.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> “State Action Requirement”, Legal Information Institute, Cornell Law School, consultado el 11 de mayo de 2021, [https://www.law.cornell.edu/wex/state\\_action\\_requirement](https://www.law.cornell.edu/wex/state_action_requirement).

<sup>38</sup> Victoria L. Killion, *The First Amendment: Categories of Speech* (Congressional Research Service: IF11072, 16 enero 2019), 1, <https://fas.org/sgp/crs/misc/IF11072.pdf>.

<sup>39</sup> Killion, 1.

<sup>40</sup> Killion, 1.



### *A. Discurso protegido*

Podría decirse que el discurso está generalmente protegido por la Primera Enmienda, a menos que sea parte de una de las categorías del discurso no protegido. No obstante, lo que no tiene que perderse de vista es que la decisión de una Corte de aplicar un nivel de escrutinio dependerá del carácter y contexto del discurso.<sup>41</sup> Por ejemplo, algunos tipos de discursos que caen dentro de esta categoría son: discurso político e ideológico y discurso comercial.

### *B. Discurso no protegido*

Como regla general, las restricciones basadas en contenido al discurso se presumen inconstitucionales y son sujetas a un escrutinio estricto; no obstante, SCOTUS “ha reconocido categorías limitadas de discurso que el gobierno puede regular debido a su contenido”,<sup>42</sup> tales como las que se enlista a continuación: obscenidad, difamación, fraude, incitación, palabras de odio, amenazas reales, discurso integral para conducta criminal, pornografía infantil.<sup>43</sup>

## **Los niveles de escrutinio**

Considerando que el presente trabajo analiza litigios sobre uno de los derechos fundamentales en la constitución americana, esto es, la libertad de expresión, sin duda hablar de la herramienta de “niveles de escrutinio” es clave. Esto porque en los litigios constitucionales relacionados con derechos de personas, el resultado depende en gran medida del nivel de escrutinio que los jueces apliquen.<sup>44</sup> Ahora bien, cuando se hace referencia al nivel de escrutinio significa el criterio que se aplica para determinar si la ley o acto es constitucional o no, es decir, el nivel de escrutinio ayuda a las Cortes para saber cómo balancear bajo una escala constitucional, las leyes o actos al momento de evaluarlos.<sup>45</sup> En palabras del propio Chemerinsky:

“Si se trata de un ámbito en el que hay motivos para sospechar mucho del Gobierno o en el que está en juego un derecho fundamental, se exigirá al Gobierno, por el nivel de escrutinio, que

---

<sup>41</sup> Congressional Research Service, “The First Amendment”, 1.

<sup>42</sup> Congressional Research Service, 1.

<sup>43</sup> Congressional Research Service, 1.

<sup>44</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 789.

<sup>45</sup> Chemerinsky, 789.

asuma una carga pesada en la prueba. Pero si es un área de deferencia general a la legislatura, el gobierno tendrá una carga mínima que llevar”.<sup>46</sup>

Dentro de los niveles de escrutinio podemos encontrar tres:

a) Nivel mínimo de escrutinio

Este primer nivel tiene como base el “examen de base racional”.<sup>47</sup> Cualquier ley que sea cuestionada bajo una cuestión de debido proceso va a estar sometida a este tipo de parámetro. En este sentido, una ley será válida si racionalmente está relacionada con un propósito legítimo del gobierno. Así, quien tiene la carga de la prueba es aquel que este conteniendo la invalidez de la ley o del acto; por lo que, la ley se tendrá por confirmada a menos que se logre probar lo contrario. En este nivel de escrutinio la mayoría de las veces SCOTUS ha fallado a favor del gobierno y es excepcional cuando invalida las leyes bajo el examen de racionalidad.<sup>48</sup>

b) Escrutinio intermedio

Bajo este nivel de escrutinio, para que una ley sea validada necesita existir una relación sustancial con un propósito importante del gobierno.<sup>49</sup> Aquí, la Corte es quien determinara si el propósito en efecto es “importante” o no.<sup>50</sup> En este sentido, la Corte tiene que analizar si los medios elegidos por el gobierno tienen conexión (más allá de un tema de razonabilidad) para alcanzar la finalidad. Para esto la Corte tiene que determinar si está relacionada sustancialmente para alcanzar la meta.<sup>51</sup>

El escrutinio intermedio es aplicado para “analizar leyes relacionadas con discriminación de género, discriminación en contra de hijos no maritales, discriminación en contra de niños indocumentados en relación con su educación y regulaciones de discurso comercial, así como de discurso en foros públicos”.<sup>52</sup> Contrario al nivel mínimo de escrutinio, aquí quien tiene la carga de la prueba es el gobierno.<sup>53</sup>

---

<sup>46</sup> “If it is an area where there is reason for great suspicion of the government or a fundamental right is at stake, the government will be required, by the level of scrutiny, to meet a heavy burden. But if it is an area of general deference to the legislature, the government will have a minimal burden to carry” (Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 789).

<sup>47</sup> *Rational basis test*.

<sup>48</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 790.

<sup>49</sup> “If it is substantially related to an important government purpose” (Chemerinsky, 361).

<sup>50</sup> Chemerinsky, 790-791.

<sup>51</sup> Chemerinsky, 791.

<sup>52</sup> Chemerinsky, 791.

<sup>53</sup> Chemerinsky, 791.

c) Escrutinio estricto

Este último nivel de escrutinio requiere que para que una ley sea considerada válida es necesario que busque alcanzar un propósito imperioso gubernamental,<sup>54</sup> es decir, que la Corte tiene que decidir si dicha ley demuestra ser un objetivo vital y necesario para el gobierno. Aquí, también el gobierno es quien tiene la carga de la prueba<sup>55</sup> y lo que se tiene que probar es que la ley es la menos restrictiva o discriminatoria para alcanzar cierto propósito gubernamental. En algunas ocasiones, SCOTUS ha señalado que el escrutinio estricto requiere que las clasificaciones serán constitucionales solo si resultan ser “estrechamente adaptadas” (*narrowly tailored*) para alcanzar intereses convincentes del gobierno.<sup>56</sup>

La regla general es que cuando este nivel de escrutinio es aplicado contra una ley, la Corte concluye que es inconstitucional. El “escrutinio estricto es aplicado cuando la Corte tiene que evaluar discriminación basada en raza o lugar de nacimiento, también contra personas migrantes y si interfiere con derechos fundamentales”<sup>57</sup> (ej. derecho a votar, derecho a viajar, derecho a la privacidad y derecho a la libertad de expresión).<sup>58</sup>

## II. Doctrina del foro

La doctrina del foro público es una “herramienta analítica empleada en la jurisprudencia relacionada con la Primera Enmienda para determinar la constitucionalidad de las restricciones a la libertad de expresión implementadas en propiedad gubernamental”<sup>59</sup> o propiedad privada controlada por el gobierno. El origen de la doctrina del foro público está en la resolución del caso *Hague Case v. Committee*, donde SCOTUS reconoce que, la disponibilidad en foros que garantizan a las personas la oportunidad de expresarse ha sido clave para la libertad de expresión y un gobierno democrático.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> *A compelling government purpose.*

<sup>55</sup> Esto significa que la ley será invalidada, a menos que el gobierno pueda demostrar que dicha ley es necesaria para lograr un propósito gubernamental convincente (Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 792).

<sup>56</sup> Chemerinsky, 791.

<sup>57</sup> Chemerinsky, 792.

<sup>58</sup> Chemerinsky, 792.

<sup>59</sup> Hudson Jr., “Public Forum Doctrine”.

<sup>60</sup> Morris, “You can’t block me”, 54.

El término de “foro público” fue acuñado por el profesor Harry Kalven Jr. en su artículo “*The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*”,<sup>61</sup> en donde “expresó que en una sociedad “abierta”, las calles, los parques y otros lugares públicos son importantes para facilitar la discusión pública y el proceso político”.<sup>62</sup> No obstante, la primera vez que se adoptó el término fue en el caso *Chicago v. Mosley*, en donde la Corte determinó que la orden de la ciudad de Chicago, la cual prohibía las huelgas en la vía pública cercana a una escuela pública, era contraria a la Constitución.<sup>63</sup> Además, en este caso, tanto la Corte de apelaciones como la SCOTUS afirmaron que, a la luz de la cláusula de igual protección, “el gobierno no puede conceder el uso de un foro únicamente a las personas con opiniones que considere “aceptables” y excluir a las personas con opiniones menos favorecidas o controversiales”.<sup>64</sup>

Para poder aplicar la doctrina del foro, una Corte tiene que determinar si un espacio es propiedad del gobierno o está controlado por este. En este mismo sentido, la SCOTUS en *Perry Education Ass’n v. Perry Local Educators’ Ass’n*, un caso donde la pregunta era si un sistema de correo interno del distrito escolar constituía o no un foro público. Ahora bien, antes de concluir de que el sistema de correo era un foro no público, SCOTUS presentó en enfoque de las tres categorías de foros para análisis de foro bajo la Primera Enmienda.<sup>65</sup> La importancia de esta categorización es que, dependiendo el tipo de foro (foro público tradicional, foro designado o foro limitado y foro no público), una Corte aplicara diferentes reglas y considerara diferentes factores en su análisis (como el nivel de escrutinio).<sup>66</sup>

Ahora bien, el gobierno podrá regular el discurso en foros públicos si se cumplen los siguientes requisitos:<sup>67</sup>

“i) la ley o acción tiene que ser neutral respecto al contenido, a menos que está se justifique bajo un test de escrutinio estricto; ii) debe ser una restricción razonable en cuanto a tiempo, lugar o manera y que tenga como objetivo servir un interés gubernamental importante y deje abiertos lugares alternativos para expresarse; iii) un sistema de licencias o permisos para usar un foro público tiene que perseguir un propósito importante, con criterios claros para que la autoridad

---

<sup>61</sup> Harry Kalven Jr., “The Concept of The Public Form: Cox v. Louisiana”, *Supreme Court Review* 1 (1995).

<sup>62</sup> Josep A. D’Antonio, “Whose forum is it anyway: individual government officials and their authority to created public forums on social media”, *Duke Law Journal* 69 (2019): 708-709.

<sup>63</sup> Morris, “You can’t block me”, 54.

<sup>64</sup> D’Antonio, “Whose forum is it anyway”, 709.

<sup>65</sup> D’Antonio, 710.

<sup>66</sup> Benson, “@Publicforum”, 8.

<sup>67</sup> Chemerinsky menciona que cada uno de estos cuatro requisitos tiene que ser analizado por separado (Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 1617).

que determine dar las licencias o permisos evite hacerlo discrecionalmente y iv) la regulación en foros públicos no tiene que utilizar una alternativa que sea menos restrictiva, pero sí debe cumplir estrictamente con el propósito del gobierno”.<sup>68</sup>

A continuación, una explicación de cada una de las tres categorías/ tipos de foros:

### ***1) Foros públicos tradicionales***

Este tipo de foros se identifican por ser espacios que tradicionalmente la gente relaciona con un medio que el gobierno ha designado para llevar a cabo asambleas y debates, tales como: parques, calles, vías públicas, etc. Ahora bien, en estos foros el gobierno únicamente puede imponer restricciones neutrales de tiempo, lugar y manera del discurso,<sup>69</sup> si dichas restricciones logran pasar un test de escrutinio estricto.<sup>70</sup> Así, al reconocer el rol vital que juegan este tipo de foros, SCOTUS ha señalado que el gobierno no puede cerrar el foro ni restringir el acceso por cuestiones de contenido a menos que dicha restricción sea necesaria para lograr un interés estatal convincente y permitir un margen de canales alternativos de comunicación, es decir que pase un test de escrutinio estricto.<sup>71</sup>

### ***2) Foros limitados o designados***

Una precisión importante es que existe la discusión si los foros limitados y designados son lo mismo o difieren. Varios autores e incluso las Cortes identifican únicamente tres tipos; sin embargo, explicaremos en este apartado cada uno de estos dos tipos de foros. Por un lado, el foro público designado es la propiedad pública que el gobierno ha abierto para ser un espacio de expresión por el público. Para que las Cortes determinen si el gobierno ha creado un foro público designado tiene que determinar si existe una indicación clara por parte del gobierno de abrir ese foro con dicho fin. “Dicha indicación puede estar establecida sobre la base de una política y práctica y además considerar si la propiedad es compatible en efecto para dicha actividad expresiva”.<sup>72</sup>

Por otro lado, el foro público limitado, hace referencia a un foro que ha sido creado por el gobierno, únicamente para cumplir cierto propósito de manera limitada. Por ejemplo, pudo abrirlo únicamente para que lo usen ciertos grupos de oradores o nada más se puedan discutir

---

<sup>68</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 1617.

<sup>69</sup> Benson, “@Publicforum”, 9.

<sup>70</sup> Lyrissa Lidsky, “Public Forum 2.0”, *University of Florida College of Law*, (2011): 1982.

<sup>71</sup> Lidsky, 1982.

<sup>72</sup> Lidsky, 1983-1984.

ciertos temas.<sup>73</sup> Lo importante que hay que tener en cuenta de este tipo de foros es que si el gobierno abre uno foro limitando a ciertos oradores y temas (bajo un parámetro establecido) es compatible con la Primera Enmienda, siempre y cuando, los parámetros que limiten la entrada sean razonables y neutrales hacia los puntos de vista.<sup>74</sup>

### 3) *Foros no públicos*

En *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, la SCOTUS definió este tipo de foro como “propiedad donde el propietario es el gobierno o que este tiene el control sobre aquella, el cual no es por tradición o por designación un foro para la comunicación o expresión pública”.<sup>75</sup> Las restricciones admisibles son aquellas de tiempo, lugar y manera. De igual manera cuando la exclusión sea razonable y no con la intención de suprimir una expresión por motivos de oposición de parte de los funcionarios públicos a la opinión de la persona.<sup>76</sup>

Así, la importancia de esta doctrina con el tema del presente trabajo es por los límites que la doctrina de la Primera Enmienda les impone a los foros públicos no aplican a la expresión que sea clasificada como discurso gubernamental,<sup>77</sup> en otras palabras: un análisis bajo la doctrina del foro implica un escrutinio bajo la Primera Enmienda, mientras que un análisis bajo el discurso gubernamental no permite un escrutinio bajo la Primera Enmienda.

### III. Doctrina del discurso gubernamental

*“Governments must speak in order to govern, and so governments have been speaking for as long as there have been governments”.*<sup>78</sup>

Si bien el gobierno ha “hablado” desde ya hace mucho tiempo, la SCOTUS a través del razonamiento judicial reconoció el discurso de gobierno (*government speech*). Como anteriormente se señaló, “la cláusula de libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda prohíbe al gobierno regular y excluir la libertad de expresión en espacios públicos únicamente por discriminación basada en puntos de vista”.<sup>79</sup> En este mismo sentido, el gobierno por sí

---

<sup>73</sup> Lidsky, “Public Forum 2.0”, 1984.

<sup>74</sup> Lidsky, 1989.

<sup>75</sup> Lidsky, 1989.

<sup>76</sup> Lidsky, 1989.

<sup>77</sup> Lidsky, 1992-1993.

<sup>78</sup> Norton, *The Government's Speech and the Constitution*, 1.

<sup>79</sup> Norton, 5.

mismo necesita expresarse si es que desea gobernar.<sup>80</sup> La doctrina creada por la SCOTUS del discurso gubernamental se apoya en la premisa anterior, ya que esta doctrina tiene la finalidad de servir como escudo a través de la propia expresión del gobierno de ser sometida al escrutinio de la cláusula<sup>81</sup> de libertad de expresión de aquellos que se oponen a los puntos de vista del gobierno.

Ahora bien, al tratarse de una doctrina judicial creada a través de precedentes es relevante hacer un recuento de los precedentes claves<sup>82</sup> que dieron origen al discurso gubernamental:

Los precedentes de la doctrina del discurso gubernamental han surgido de situaciones relacionadas con la regulación por parte del gobierno a la expresión sobre ciertos temas o a ciertos oradores. En principio, el primer precedente tiene origen en **Rust v. Sullivan**, el cual surge a partir de una regulación que prohibía que ciertos proyectos se involucraran en dar consejería que promoviera el aborto, planteando los demandantes que esto vulneraba su libertad de expresión. El segundo caso es **Roach v. Stouffer**, el cual también está relacionado con el tema de aborto, en donde dos senadores de Missouri se reusaron a aceptar la solicitud de unas placas para autos que tuvieran la frase “Choose Life”, ya que sostienen que se trata de un discurso del gobierno. En tercer lugar, está uno de los precedentes que más invocan las Cortes de los casos del capítulo tercero, y es **Pleasant Grove City v. Summum**. En este caso, la ciudad de Pleasant Grove se rehusó en permitir la construcción de un monumento que contendría los “Siete Aforismos de Summum”, ya que la ciudad consideró que no cumplía con alguno de los dos requisitos: 1) que se relacionen directamente con la historia de la ciudad o 2) que sean donados por grupos con una relación histórica larga en la comunidad de la ciudad.

El cuarto caso que se presenta es **Sutcliffe at al v. Epping School Distric et al**, el cual involucra a un grupo defensor de la reducción del gasto público (ERPG) al cual le fue negado acceso a los canales de comunicación para expresar sus opiniones, como el sitio web de la ciudad. El penúltimo caso que se presenta es **Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc.**, en donde el Consejo negó la solicitud de Sons of the Confederate Veterans para patrocinar

---

<sup>80</sup> Norton, *The Government's Speech and the Constitution*, 11.

<sup>81</sup> Norton, 12.

<sup>82</sup> Es importante mencionar que sin duda hay varios precedentes claves, no obstante, para efectos de demostrar y explicar qué es la doctrina del discurso gubernamental y además al considerarse los precedentes que utilizan las Cortes en los casos que se analizan en el capítulo tercero de este trabajo, únicamente se presentan seis precedentes.

una placa con el mensaje “Sons of the Confederate Veterans”, pues el Consejo lo consideraba como algo ofensivo y claramente un mensaje que no buscaba que se relacionara con el gobierno. Finalmente, en *Matal v. Tam*, una solicitud de la banda de dance-rock llamada “The Slants” fue negada por la oficina de patentes y marcas, ya que consideró que el nombre de la banda menospreciaba a los asiáticos.

### 1) *Rust v. Sullivan*

Este caso se origina debido a la sección 108 de la Ley de Servicios de Salud Pública (Ley), la cual especifica que ninguno de los fondos federales apropiados en virtud del Título X de dicha Ley para los servicios de planificación familiar se utilizara en programas en los que el aborto sea un método de planificación familiar. En 1988 se emitieron nuevas regulaciones por parte del Secretario de Salud y de Servicios Humanos (Secretario), que prohibían que los proyectos del Título X se involucran en consejería sobre referencias y actividades que promovieran al aborto como método de planificación familia. A raíz de esto, tanto concesionarios del Título X de la Ley, así como médicos que supervisan los fondos del Título X interpusieron una demanda en contra del Secretario de Salud argumentando una violación a sus derechos protegidos bajo la primera y quinta enmienda de la Constitución. Inicialmente la Corte de Distrito había otorgado a los demandantes una medida cautelar; sin embargo, al final otorgó un juicio sumario a favor del Secretario; mientras que la Corte de Apelaciones determinó que las regulaciones eran una interpretación de conformidad con el estatuto, al igual que con la primera y quinta enmienda.<sup>83</sup>

La pregunta jurídica por resolver partió del hecho que los peticionarios están impugnando la validez facial de las regulaciones. No obstante, la Corte únicamente se concentró en resolver la cuestión de si los reglamentos están autorizados por la Ley y pueden interpretarse de tal manera que puedan aplicarse a un conjunto de personas sin infringir los derechos constitucionalmente protegidos.<sup>84</sup>

Los demandantes argumentan que las regulaciones violan la Primera Enmienda al discriminar de manera indebida basado en el punto de vista, pues las regulaciones prohíben toda discusión sobre el aborto como una opción legal (incluyendo el asesoramiento, remisión y el suministro

---

<sup>83</sup> Rust v. Sullivan, 500 US 173 (1991).

<sup>84</sup> Rust v. Sullivan, 500 US 173 (1991).



de información neutral y precisa sobre el fin de un embarazo), además de obligar a la clínica o al consejero proporcionar información que promueva continuar con el embarazo. Los demandantes afirman que las regulaciones violan la libertad de expresión de organizaciones privadas, pues el Título X continúa financiando el discurso auxiliar a la prueba de embarazo imparcialmente. Además, los demandantes sostienen que, si bien el gobierno puede imponer condiciones a la recepción de subsidios federales, lo que está prohibido es que discrimine a través de subsidios, de manera que apunta la “supresión de ideas peligrosas”.<sup>85</sup>

La Corte para sostener que las regulaciones no imponen condiciones discriminatorias basadas en puntos de vista en cuanto a los subsidios, ofrece las siguientes siete razones. En primer lugar, afirma que la sanción legal contenida en la sección 1008 es constitucional, invocando el precedente de *Maher v. Roe*, en donde la Corte sostuvo que el gobierno “puede hacer un juicio de valor favoreciendo el parto sobre el aborto e implementar la resolución mediante la asignación de fondos públicos”.<sup>86</sup> Por tanto, afirma que el gobierno tiene la autoridad para decidir subsidiar un programa que promueve ciertas actividades que considera de interés público, sin que esté igualmente obligado a subsidiar un programa alternativo que apoye lo contrario. En segundo lugar, la Corte explica que para sostener que el gobierno está discriminando con base en puntos de vista llevaría a señalar que varios programas gubernamentales existentes parezcan inconstitucionales. La Corte demuestra su punto ejemplificando el caso de cuando el Congreso estableció el National Endowment for Democracy que tenía la finalidad de alentar a otros países a adoptar principios democráticos, afirmando que no por ello había la obligación constitucional de financiar un programa para fomentar líneas de política como el comunismo y fascismo.<sup>87</sup>

En tercer lugar, afirma que ninguna de las regulaciones ni la sección 108 prohibieron el desplazamiento de abortos o de asesoramiento en caso de emergencia médica que involucrara a una mujer en riesgo por el embarazo, pues el cuestionamiento es únicamente superficial; y que incluso la sección 29.5 (b) (1) contiene una excepción en caso de emergencia. La cuarta razón que ofrece la Corte Suprema es que las regulaciones están adaptadas a la intención del Congreso

---

<sup>85</sup> *Rust v. Sullivan*, 500 US 173 (1991).

<sup>86</sup> *Rust v. Sullivan*, 500 US 173 (1991) *at* 12.

<sup>87</sup> *Rust v. Sullivan*, 500 US 173 (1991).

en el Título X en cuanto a que los fondos federales no se utilizaron para promover el aborto como método de planificación familiar. El quinto argumento de la Corte recae en que las regulaciones se ajustaron de manera estricta a la intención del Congreso en el Título X para que no se utilicen fondos federales para promover o llevar a cabo el aborto como método de planificación familiar. El penúltimo argumento consiste en que las regulaciones no tenían por objeto penalizar al discurso financiado con dinero que no proviniera de la del subsidio del Título X.<sup>88</sup>

En su último argumento respecto a la Primera Enmienda, la Corte señala que las regulaciones no afectan la relación médico-paciente, pues finalmente los empleados son empleados de manera voluntaria, aceptando que sus funciones se deben realizar bajo las restricciones de las regulaciones respecto al asesoramiento y aplazamiento del aborto; pero que esto no les impide realizar actividades relacionadas con el aborto cuando no actúen bajo patrocinio del proyecto X.<sup>89</sup>

La resolución de la Corte fue que las regulaciones del departamento de salud se tratan de una construcción permisible de la legislación subyacente y no violatorias de la Primera y Quinta Enmienda.<sup>90</sup>

**Criterio de discurso gubernamental:** la nueva regulación a la sección 108 de la Ley de Salud Pública, no impone condiciones discriminatorias basadas en puntos de vista, pues el gobierno tiene la autoridad y libertad de decidir qué programas financiar bajo su política. En este caso, la Corte reconoce que el gobierno puede elegir que mensajes apoyar para promover su política.

## 2) *Roach v. Stouffer*

El presente caso implica una negación de solicitud por parte de Karen King Mitchell, directora del departamento de ingresos de Missouri (en su capacidad oficial) a Choose Life of Missouri Inc. (Choose Life) debido a que dos senadores estatales a favor del aborto se opusieron a dichas placas con la frase “Choose life”. Choose Life es una corporación sin fines de lucros, en donde Kevin Roach era el fundador, presidente y presidente de la junta directiva. Ahora bien, Roach demandó a Karen King y a miembros del Comité Conjunto de Supervisión de Transporte

---

<sup>88</sup> Rust v. Sullivan, 500 US 173 (1991).

<sup>89</sup> Rust v. Sullivan, 500 US 173 (1991).

<sup>90</sup> Rust v. Sullivan, 500 US 173 (1991).

(Comité Conjunto), después de que el último negara la solicitud de Choose Life para obtener una placa especial. Ahora bien, la Corte de distrito resolvió a favor de Choose life, declarando inconstitucional la sección 21.795 (6) de la normativa<sup>91</sup> revisada de Missouri, obligando a Karen King a emitir las placas especiales.<sup>92</sup>

El argumento principal por parte de Choose Life es que la negación de conceder la placa especial va en contra de sus derechos a la libertad de expresión, el debido proceso y la igualdad de protección a la luz de la Constitución federal y estatal. Ahora bien, la Corte de apelaciones señala que lo primero que tendría que analizar para resolver el caso, era si el esquema de placas para auto especiales de Missouri aprueba un examen bajo la Primera Enmienda y que para ello primero tendría que determinarse si los mensajes contenidos en las placas son considerados discurso privado o discurso gubernamental. Los apelantes argumentan que los mensajes de las placas espaciales constituyen parte del discurso del gobierno y por ello estos no deben ser neutrales en cuanto al punto de vista.<sup>93</sup>

Antes de entrar al análisis del caso en concreto, la Corte de apelaciones presenta y analiza algunos precedentes relacionados con placas especiales y la doctrina del discurso gubernamental. Por ejemplo, la Corte de apelaciones explica la existencia del examen de cuatro factores que en otros precedentes se han empleado para determinar si se trata de discurso gubernamental o no.<sup>94</sup> Asimismo, pone especial énfasis en el precedente de *Johanns c. Livestock Mktg. Ass'n*, en donde SCOTUS concluyó que en cuanto más control el gobierno tenga sobre el contenido del discurso aumenta la probabilidad de que se trate de discurso del gobierno.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> Es conveniente mencionar que otro factor importante de tener en cuenta es que de acuerdo con la ley de Missouri uno de los métodos previstos para poder solicitar una placa especializada es que la organización privada puede solicitarlo al departamento de ingresos. La sección 21.795 (6) rige el proceso para la aprobación o negación de solicitudes respecto de placas especiales (Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479).

<sup>92</sup> Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479.

<sup>93</sup> Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479.

<sup>94</sup> Esto es que un tribunal considere los siguientes factores para determinar si los mensajes sobre placas especiales constituían el discurso gubernamental o privado: 1) el "propósito" central del programa en el que se produce el discurso en cuestión; 2) el grado de "control editorial" ejercido por el gobierno o las entidades privadas sobre el contenido del discurso; 3) la identidad del "orador literal"; y (4) si el gobierno o la entidad privada asumen la "responsabilidad última" por el contenido del discurso (Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479, 9).

<sup>95</sup> Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479.

La Corte de apelaciones para el octavo circuito tras analizar y presentar algunos de los precedentes más relevantes concluye que la pregunta clave a resolver para determinar si los mensajes de las placas eran discurso privado o gubernamental es si en todas las circunstancias, un observador razonable e informado considerar que el orador es el gobierno o un particular. Así, bajo este estándar, la Corte de apelaciones afirma que cualquier observador razonable e informado lo llevaría a considerar que el orador del mensaje de una placa especial es la organización que patrocina y del propietario del auto (y no el gobierno). Dicha conclusión está fundamentada en el propio objetivo del programa de placas especiales de Missouri es permitir que organizaciones privadas promuevan ciertos mensajes, que las personas apoyan y así recaudar dinero. Un punto relevante que señala la Corte de apelaciones es que si bien, tanto el estado como la organización ejercen cierto control editorial sobre las placas especiales, al final la organización y los particulares que deciden comprarlas son los oradores “literales” del mensaje.<sup>96</sup>

Una vez que la Corte de apelaciones concluye que se trata de discurso privado, pasa a resolver la cuestión si el programa de placas especiales de Missouri es inconstitucional al permitir al estado de Missouri incurrir en discriminación basada en puntos de vista. El artículo 21.795 (6) que faculta al Comité para aprobar o negar solicitudes de placas especiales, no establece normas o directrices claras para limitar la discrecionalidad de los miembros de este cuerpo gubernamental. Por la razón anterior, la Corte de apelaciones concluye que, en efecto, dicha normativa es inconstitucional.<sup>97</sup>

En conclusión, la Corte de apelaciones afirma la concesión por parte de la Corte de distrito respecto a una sentencia sumaria y la medida cautelar impuesta al estado de Missouri para emitir las placas especiales “Choose Life”.<sup>98</sup>

**Criterio de discurso gubernamental:** el estándar aplicado por la corte fue determinar si los mensajes en las placas para autos eran parte del discurso privado o público y si un observador razonable e informado considera como orador al gobierno. Asimismo, señala el nivel de control editorial que el gobierno tiene sobre las placas especiales.

---

<sup>96</sup> Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479.

<sup>97</sup> Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479.

<sup>98</sup> Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479.

### 3) *Pleasant Grove City v. Summum*

Pioneer Park (Parque) es un parque público localizado en Pleasant Grove City (la ciudad), el cual tiene 15 exhibiciones permanentes, dentro de las cuales 11 han sido donadas por particulares, incluyendo un monumento de los diez mandamientos. La organización religiosa Summum fundada en 1975, en dos ocasiones en 2003 solicitó al alcalde de la ciudad un permiso para construir un monumento de piedra, el cual contendría los “Siete Aforismos de Summum”. Sin embargo, la ciudad negó dichas solicitudes, explicando que únicamente se aceptaban los monumentos que cumplieran con alguno de los siguientes dos requisitos: 1) que se relacionen directamente con la historia de la ciudad o 2) que sean donados por grupos con lazos de larga historia en la comunidad de la ciudad.<sup>99</sup>

Ante la negativa por parte de la ciudad, la organización religiosa solicitó una orden judicial preliminar en la que se ordenara a la ciudad construir su monumento en el parque; a lo que la Corte de Distrito negó la solicitud de medida cautelar preliminar. Ahora bien, la organización religiosa apela esta decisión, y para su agrado el panel del Décimo Circuito revierte el resultado de la Corte de Distrito, señalando que ya se había sostenido previamente que el monumento de los diez mandamientos es considerado privado y no como parte del discurso gubernamental. Posteriormente, la ciudad presentó una petición por auto de *certiorari* a la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual fue concedida.<sup>100</sup>

El presente caso formula la pregunta de si la Cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda protege a un grupo privado, el cual insiste en que un municipio le permita colocar un monumento permanente en un parque de la ciudad en el que se han erigido previamente otros monumentos donados.<sup>101</sup>

El desacuerdo principal entre las partes está centrado en la naturaleza de la conducta de la ciudad cuando permitieron que se colocaran monumentos donados por privados en Pioneer Park; siendo las preguntas: ¿la ciudad estaba adoptando su propia conducta expresiva? o ¿estaba proporcionando un foro para el discurso privado? La Corte comienza por afirmar que una

---

<sup>99</sup> *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

<sup>100</sup> *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

<sup>101</sup> *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

entidad de gobierno tiene derecho a expresar sus puntos de vista cuando recibe asistencia de privados con el objetivo de transmitir un mensaje controlado por el gobierno. Si bien es cierto que la Corte reconoce este derecho del gobierno no significa que no haya límites al discurso de gobierno pues esta participación puede verse limitada por la ley, regulaciones o por la práctica.<sup>102</sup>

La Corte no olvida situaciones en las que es difícil distinguir si es el gobierno el que está expresándose en su propio nombre o si el gobierno está proporcionando un foro para discurso privado. Sin embargo, la Corte considera que para la presente disputa no hay este inconveniente, ya que afirma que los monumentos permanentes que son exhibidos en propiedad pública generalmente representan el discurso del gobierno. En principio la Corte realiza un análisis histórico respecto al papel que los monumentos representan para el gobierno, señalando que los parques públicos son comúnmente identificados por el público con el gobierno propietario de dicho parque. Así, los monumentos en Pioneer Park representan un discurso gubernamental, pues señala que la ciudad controló efectivamente los mensajes enviados a través de los monumentos en el parque cuando ejercía su aprobación final como autoridad.<sup>103</sup>

Un argumento por parte de la organización religiosa es que considera que su monumento puede transmitir un solo mensaje, es decir el que el donante pretende. No obstante, la Corte señala que dicho argumento confunde la manera en que los monumentos recobran significado; esto tiene que ver en que un monumento puede ser interpretado de distintas maneras por los observadores. Respecto a los principios del foro público, la Corte afirma que no son aplicables en este caso, pues esta doctrina aplica cuando una propiedad o programa del gobierno es capaz de acomodar a un gran número de oradores públicos sin acabar con la función esencial de tal programa o propiedad. Sin embargo, en el caso de los parques públicos únicamente se puede acomodar de manera limitada los monumentos permanentes, pues de lo contrario, haciendo referencia a *Capitol Square Review and Advisory Bd v. Pinette*, si un análisis de foro público inevitablemente lleva al cierre del foro, el análisis de foro está fuera de lugar.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

<sup>103</sup> *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

<sup>104</sup> *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

La SCOTUS revierte la decisión de la Corte de Apelaciones, sosteniendo que la conducta de la ciudad de aceptar ciertos monumentos donados por privados y rechazar el monumento por la organización de Summum es parte del discurso gubernamental; por ello la decisión por parte de la ciudad no está sujeta a la cláusula de libertad de expresión.<sup>105</sup>

**Criterio de discurso gubernamental:** la Corte reconoce que una entidad gubernamental tiene derecho a expresar sus puntos de vista. El estándar empleado por la Corte consistió en primero determinar si históricamente a los monumentos se les relaciona con el gobierno. Posteriormente, la Corte analiza si existió control efectivo de los mensajes enviados a través de los monumentos, al ser el gobierno quien tiene la aprobación final. Además, un punto clave fue que la Corte explicó que los principios del foro público no eran aplicables en este caso, porque de obligar al gobierno a aceptar todos los monumentos llevara a su cierre inevitable del foro.

#### 4) *Sutcliffe et al v. Epping School District et al*

Este caso involucra a un grupo defensor de la reducción del gasto público, “Epping Residents for Principled Government” (ERPG) y su presidente Thomas Sutcliffe, así como residentes no afiliados de la ciudad, quienes demandaron en 2006 a los funcionarios públicos de la ciudad y del distrito escolar Epping<sup>106</sup> por considerar que su derecho contenido en la Primera Enmienda había sido vulnerado. Los demandantes alegaban principalmente el distrito escolar Epping había violado sus derechos de la primera y decimocuarta enmienda ya que por un lado las autoridades de la ciudad y de la escuela abogaron por la aprobación de los presupuestos y el gasto enfocado a propósitos escolares y de la ciudad, correos electrónicos y otras formas de comunicación (incluyendo un sitio web de la ciudad); por otro lado, los demandados negaban a ERPG acceso a estos canales de comunicación para expresar sus opiniones contrarias a las del gobierno.<sup>107</sup>

Sutcliffe al inicio en su historia procesal no tuvo éxito debido a la supuesta falta de legitimación, así como desestimación de las reclamaciones originales por cuestiones de cosa juzgada. No obstante, la Corte de distrito concedió una sentencia sumaria a favor de los demandantes

---

<sup>105</sup> Pleasant Grove City v. Summum, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

<sup>106</sup> Estos incluían la Ciudad y su Junta de Concejales (colectivamente los "acusados de la Ciudad"), así como el Distrito Escolar de Epping, su superintendente, el moderador del distrito escolar, el director de la Escuela Primaria de Epping, y miembros actuales y anteriores de la Junta Escolar de Epping (colectivamente los "acusados de la escuela").

<sup>107</sup> Sutcliffe v. Epping Sch. Dist., 584 F.3d 314, 2009 U.S App. LEXIS 20650.

respecto al argumento relacionado con el sitio web de la ciudad. La Corte de apelaciones para el primer circuito en 2009 revisó *de novo*, aceptando como verídico los hechos presentados por las partes. Los demandantes presentaron tres argumentos en apelación, no obstante, para fines del presente trabajo el énfasis será en el análisis de la Corte en la sección “E”, la cual atiende a las cláusulas de libertad de expresión de la página web de la ciudad de los demandantes. En esta sección tiene que analizar la decisión de la ciudad de negar añadir un hipervínculo al sitio web de ERPG desde el sitio web oficial de la ciudad, pues ERPG considera que dicha decisión fue una violación a la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda. Sin embargo, la Corte de apelaciones llegó a la misma conclusión que la Corte de distrito, es decir, que dicha acción se trataba de un discurso gubernamental.<sup>108</sup>

La Corte comienza reiterando que la doctrina del discurso gubernamental exenta al propio discurso del gobierno de ser sometido a escrutinio bajo la Primera Enmienda. En específico la Corte de apelaciones hace referencia al caso de *Pleasant Grove para* presentar de que el gobierno puede utilizar su discreción para seleccionar entre el discurso de terceros para su presentación a través de canales de comunicación. Aplicando la doctrina al presente caso, la Corte de apelaciones explica que el ayuntamiento diseño una página web oficial de la ciudad y seleccionando que vínculos colocaría; en este sentido, el ayuntamiento de la ciudad se había negado a poner el hipervínculo de ERPG porque históricamente la ciudad no pone hipervínculos relacionados con discursos político-partidistas.<sup>109</sup>

Otro de los argumentos presentados por ERPG es que el gobierno a través de la página web oficial de la ciudad había creado un foro público. No obstante, la Corte de apelaciones afirma que los principios del foro público no aplican en el contexto que se les presenta, pues el sitio web de la ciudad no es un foro público, pues históricamente el internet no está relacionado con recurso para que el público lo utilizara con fines de expresión, discusión y preguntas de carácter público. Además, señala la Corte que no existe evidencia de que la ciudad haya demostrado que intencionalmente creó el sitio web para ser un foro público tradicional.

La Corte es enfática en que el ayuntamiento de la ciudad únicamente creó la página web con el propósito de transmitir información sobre el gobierno de la ciudad (así como su propia visión y

---

<sup>108</sup> Sutliffe v. Epping Sch. Dist., 584 F.3d 314, 2009 U.S App. LEXIS 20650.

<sup>109</sup> Sutliffe v. Epping Sch. Dist., 584 F.3d 314, 2009 U.S App. LEXIS 20650.



políticas) a sus ciudadanos y otros y con un número limitado de hipervínculos a sitios externos (que sean aprobados por la junta); asimismo que el riesgo de permitir todos los hipervínculos en la página web podría inundar la página web de la ciudad. En suma, la Corte de apelaciones falla a favor del gobierno y conforma las órdenes del tribunal de distrito.<sup>110</sup>

**Criterio de discurso gubernamental:** históricamente el internet no está relacionado con algún recurso público para ser utilizado con fines de expresión, discusión y preguntas de carácter público. También la corte señala que no existe evidencia de que el gobierno haya demostrado su intención de crear el sitio web para ser un foro público tradicional. La Corte señala que el gobierno únicamente creó el sitio web con la intención de transmitir información relacionada con su propia visión y política del gobierno de la ciudad. Pues de permitir un número ilimitado de hipervínculos externos, podría provocar que la página web se sature.

#### 5) *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc.*

En 2009, *Sons of the Confederate Veterans (SCV), Texas Division*, una entidad sin fines de lucro aplicó para patrocinar una placa para autos especial a través del proceso requerido. Su diseño contenía las palabras “*Sons of the Confederate Veterans*”, el logo de la organización y la bandera confederada. El predecesor del Consejo negó su aplicación, pero en 2010 SCV renovó su aplicación ante el Consejo; sin embargo, el Consejo negó nuevamente su aplicación, señalando que algunos de los comentarios públicos respecto al diseño expresaban que era ofensivo, los cuales el Consejo encontraba razonables.<sup>111</sup>

En 2012, SCV junto con dos de sus oficiales, demandaron al Consejo argumentando que la decisión del Consejo violaba la Cláusula a la Primera Enmienda, requiriendo que el Consejo aprobara su diseño de matrícula. La Corte de distrito dictó sentencia a favor del Consejo, mientras que la Corte de apelaciones del quinto circuito revirtió la resolución previa; sosteniendo que los diseños de matrículas para autos son parte del discurso privado y que la negativa por parte del Consejo constituye una discriminación por puntos de vista, la cual está prohibida constitucionalmente.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Sutcliffe v. Epping Sch. Dist., 584 F.3d 314, 2009 U.S App. LEXIS 20650.

<sup>111</sup> Walker, Chairman, Texas Department of Motor Vehicles Board et al. v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc. et al., 576 U.S. (2015).

<sup>112</sup> Walker, Chairman, Texas Department of Motor Vehicles Board et al. v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc. et al., 576 U.S. (2015).

La Corte Suprema comienza con la afirmación concebida en *Pleasant Grove City v. Summum* la cual establece que “cuando el gobierno habla, no está restringido por la Cláusula de la Libertad de Expresión para determinar el contenido que va a decir”. Posteriormente, la Corte subraya que los precedentes relacionados con el discurso gubernamental proveen el marco apropiado para abordar el caso; por lo que utiliza como eje central *Pleasant Grove*, al analizar, por un lado, los tres criterios que se aplican en dicho precedente y por otro, el análisis del foro.

En primer lugar, la Corte demuestra que históricamente los Estados, incluyendo Texas, han utilizado las placas para autos para transmitir el discurso de gobierno. En segundo lugar, la Corte afirma que la naturaleza de las placas es gubernamental, pues la finalidad de aquellas es servir los propósitos del gobierno en cuanto a registro e identificación de vehículos. En tercer lugar, la Corte determina bajo el estándar del “control directo”, que, en efecto, Texas es quien controla de manera efectiva los mensajes que desee transmitir, a través de ejercer su autoridad en cuanto a la aprobación final de dichos diseños.<sup>113</sup>

Ahora bien, en cuanto a la doctrina del foro, la Corte retoma la idea que esta doctrina no es apropiada cuando el gobierno es el que habla, además señala que las partes concuerdan que las placas no son un foro público tradicional. También la Corte aclara que no se pueden considerar como un foro para el discurso público, pues no porque privados participen en el diseño de las placas quiere decir que extinguir la naturaleza gubernamental del mensaje que transmite. Finalmente, a pesar de lo señalado anteriormente, la Corte reconoce que el hecho de que las placas para autos sean consideradas como discurso gubernamental, no significa que los diseños no puedan implicar también derechos de libertad de expresión de los particulares. Sin embargo, así como bajo la Primera Enmienda establece que el gobierno no puede obligar a un particular a expresar un punto de vista con el cual no simpatiza, un particular tampoco puede forzar al gobierno a incluir un mensaje con el cual el gobierno no se identifica ideológicamente.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Walker, Chairman, Texas Department of Motor Vehicles Board et al. v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc. et al., 576 U.S. (2015).

<sup>114</sup> Walker, Chairman, Texas Department of Motor Vehicles Board et al. v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc. et al., 576 U.S. (2015).

La Corte resolvió que los diseños de las placas especiales de Texas constituyen discurso gubernamental, por ello Texas está facultado en negarse a emitir placas que contengan el diseño propuesto por SCV.<sup>115</sup>

**Criterio de discurso gubernamental:** los tres criterios que aplica la Corte son los establecidos en *Pleasant Grove*. Primero determina que históricamente el gobierno ha utilizado el sistema de placas para autos para transmitir su discurso. En segundo lugar, la corte explica que la naturaleza de las placas es gubernamental, pues su finalidad es para satisfacer propósitos del gobierno, como lo es el registro e identificación de vehículos. Finalmente, la Corte concluye que el gobierno tiene el control directo de los mensajes de las placas, al tener la aprobación final de los diseños.

#### 6) *Matal v. Tam*

Este último caso está relacionado con una solicitud de una banda de dance-rock para el registro federal de marcas comerciales del nombre de la banda “The Slants”.<sup>116</sup> La oficina de patentes y marcas (PTO) negó la solicitud por considerar que resultaba contraria a la disposición de una ley federal que prohíbe el registro de marcas que puedan menospreciar o desprestigiar a cualquier persona (cláusula de menosprecio). Tam, quien es integrante de la banda, impugnó la denegación del registro ante el abogado examinador de la PTO y la junta de juicio de marcas de la PTO; no obstante, no resolvió a su favor. Así, Tam presentó el caso ante una Corte de circuito federal, la cual resolvió a favor de Tam explicando que la cláusula de la ley federal incurría en una discriminación basada en puntos de vista y además que, dicha provisión regula el componente expresivo de las marcas y, por lo tanto, no puede considerarse como discurso comercial y por lo tanto se sujeta a un escrutinio estricto bajo la Primera Enmienda.<sup>117</sup>

El gobierno, presentó una petición *certiorari* ante SCOTUS para resolver si la cláusula sobre menosprecio es inválida bajo la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda. En principio, SCOTUS deja en claro que debido a que la cláusula de menosprecio aplica a las marcas que menosprecian a miembros de algún grupo racial o étnico, tiene que contestar la

---

<sup>115</sup> Walker, Chairman, Texas Department of Motor Vehicles Board et al. v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc. et al., 576 U.S. (2015).

<sup>116</sup> “Slants” es un término despectivo para las personas de ascendencia asiática, y los miembros de la banda son asiático-americanos. Pero los miembros de la banda creen que, al tomar ese insulto como el nombre de su grupo, ayudarán a “recuperar” el término y drenar su fuerza denigrante.

<sup>117</sup> *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 2017 U.S. App. LEXIS 3872 (Supreme Court of the United States).

interrogante si dicha disposición en efecto viola la Primera Enmienda o no. Ahora bien, para poder resolver la pregunta jurídica, SCOTUS explica que en principio para saber si la presente disputa puede ser sometida a un escrutinio bajo la Primera Enmienda en principio tienen que examinar tres argumentos que eliminarían esa posibilidad de protección o que darían una revisión racional altamente permisiva; en este sentido, el gobierno sostiene tres cuestiones como defensa: 1) las marcas son parte del discurso gubernamental,<sup>118</sup> 2) que las marcas son una forma de subsidio gubernamental y 3) que la constitucionalidad de la cláusula deberá ser analizada bajo la doctrina del “programa gubernamental”.<sup>119</sup>

Respecto la defensa por parte del gobierno sobre la doctrina del discurso gubernamental, SCOTUS comienza reconociendo la importancia de que un gobierno para funcionar necesita poder expresarse y defender un punto de vista y no estar sujeto a restricciones de la Primera Enmienda. No obstante, enfatiza que la Primera Enmienda justamente prohíbe al gobierno regular el discurso de maneras que favorezca algunos puntos de vista sobre las ideas de otros y justamente la doctrina del discurso gubernamental demuestra su importancia; sin embargo, dicha doctrina puede ser utilizada de manera peligrosa por el gobierno para silenciar ciertos puntos de vista. Para este primer punto, la SCOTUS comienza planteando la relación entre el gobierno y el contenido de las marcas registradas; la Corte reconoce que, si bien PTO es una extensión del gobierno federal, el gobierno no es quien concibe ni edita estas marcas presentadas para su registro.<sup>120</sup> Además, SCOTUS señala que ninguno de los precedentes<sup>121</sup> sobre doctrina del discurso gubernamental ayuda a probar que las marcas registradas son parte del discurso del gobierno.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> Para efectos del presente trabajo la explicación estará enfocada en la primera defensa por parte del gobierno, esto es la doctrina del discurso gubernamental.

<sup>119</sup> *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 2017 U.S. App. LEXIS 3872 (Supreme Court of the United States).

<sup>120</sup> La SCOTUS incluso para probar el punto de que es absurdo considerar que una marca registrada es discurso gubernamental: “*For example, if trademarks represent government speech, what does the Government have in mind when it advises Americans to “make.believe” (Sony), “Think different” (Apple), “Just do it” (Nike) or “Have it your way” (Burger King) ? Was the Government warning about a coming disaster when it registered the mark “EndTime Ministries”?*” (*Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 2017 U.S. App. LEXIS 3872 (Supreme Court of the United States) at 15.)

<sup>121</sup> Concentrándose en *Johanns, Pleasant Grove* y *Walker*.

<sup>122</sup> *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 2017 U.S. App. LEXIS 3872 (Supreme Court of the United States).

La SCOTUS llega a la conclusión de que la cláusula de menosprecio va en contra de la cláusula de la libertad de expresión y por lo tanto confirma la sentencia de la Corte de circuito.<sup>123</sup>

**Criterio de discurso gubernamental:** la Corte realiza un análisis sobre la relación del gobierno con el contenido de las marcas registradas, y concluye que a pesar de que PTO es una extensión del gobierno federal, no es concebido al gobierno el orador de las marcas presentada para su registro.

En suma, parece ser que cada caso es distinto dependiendo los hechos; no obstante, hay tres cuestiones centrales del estándar que utilizan las Cortes en la doctrina del discurso público: en primer lugar, las Cortes reconocen que, en efecto, para que el gobierno pueda gobernar este tiene que transmitir su mensaje y no necesariamente mantenerse neutral. En segundo lugar, las cortes realizan un análisis para determinar si históricamente ciertos actos o temas están relacionados con el gobierno y si una persona razonable podría concluir que el que se expresa es el gobierno y, en tercer lugar, determinar si el gobierno tiene cierto grado de control editorial sobre la decisión de que mensajes se pueden transmitir o no.

---

<sup>123</sup> Matal v. Tam, 137 S. Ct. 1744, 2017 U.S. App. LEXIS 3872 (Supreme Court of the United States).

## CAPÍTULO II. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: BLOQUEOS POR SERVIDORES PÚBLICOS EN LAS REDES SOCIALES

“The law must be stable, yet it cannot stand still”.<sup>124</sup>

-Roscoe Pound

Como se planteó en el capítulo anterior, los litigios relacionados con violaciones a la Primera Enmienda y servidores públicos, en los que se argumenta una protección bajo la doctrina del discurso gubernamental se han presentado en espacios públicos tradicionales, por ejemplo: parques, la vía pública e incluso sitios web del gobierno. No obstante, la forma de interacción entre la ciudadanía y los gobernantes ha revolucionado por el uso de las redes sociales.<sup>125</sup> Es común que a la par de estos avances tecnológicos y el uso generalizado de redes sociales, emerjan disputas en estos nuevos espacios y por ello presentan un nuevo reto para las Cortes.

En Estados Unidos, SCOTUS en 2017 en *Packingham v. North Carolina*<sup>126</sup> por primera vez se enfrentó con la pregunta jurídica de si una ley es permisible, bajo la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda, si dicha ley establece como delito el acceso de un delincuente sexual registrado a diversos sitios web (entre ellos redes sociales). Es el primer caso en que la decisión de la SCOTUS trata directamente con la aplicación de la Primera Enmienda en el internet.<sup>127</sup>

Ahora bien, aunque la SCOTUS no se ha enfrentado a algún caso en el que la pregunta jurídica sea respecto a qué pasaría si un servidor público impide el acceso, bloquee y/o elimine comentarios de un usuario en una red social, las Cortes federales de Estados Unidos ya se han (y continúan) enfrentando a este problema jurídico. Aunque las preguntas a la posible violación a derechos de libertad de expresión parezcan ser las mismas, el contexto es completamente

---

<sup>124</sup> Walter H. Buck, “Interpretations of Legal History”, *Virginia Law Review* 9, núm. 8 (junio 1993): 666.

<sup>125</sup> Sara Isela Contreras Medrano, “¿Puede un presidente bloquea usuarios de Twitter? El caso Knight Institute vs. Donald Trump”, *Derecho en Acción* (blog), 5 de noviembre de 2019, <https://derechoenaccion.cide.edu/puede-un-presidente-bloquear-usuarios-de-la-plataforma-twitter-el-caso-knight-institute-vs-donald-trump/>.

<sup>126</sup> *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, 198 L. Ed. 2d 273, 2017 U.S. LEXIS 3871, 85 U.S.L.W. 4353, 26 Fla. L. Weekly Fed. S 695, 66 Comm. Reg. (P & F) 1397, 2017 WL 2621313 (Supreme Court of the United States).

<sup>127</sup> Global Freedom of Expression, “*Packingham v. State of North Carolina*”, consultado el 1 de noviembre de 2020, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/packingham-v-state-north-carolina/>.

distinto, ya que los jueces ahora se enfrentan a un entorno con características propias y novedosas, pues tal como lo afirmó la opinión mayoritaria en *Packingham*: “Las fuerzas y direcciones de Internet son tan nuevas, tan proteicas y de tan largo alcance que los tribunales deben ser conscientes de que lo que dicen hoy podría ser obsoleto mañana.”<sup>128</sup> El objetivo de este segundo capítulo es hacer una descripción, en orden cronológico, de las resoluciones judiciales<sup>129</sup> que serán objeto de análisis de la presente tesina en el capítulo tercero. La descripción de cada resolución judicial está dividida en cuatro partes: a) antecedentes y hechos; b) problema jurídico; c) análisis y por último el d) resultado/ status. Asimismo, es importante precisar que las resoluciones se eligieron con base en los siguientes criterios:<sup>130</sup>

- Que haya sido resuelta por una Corte federal de Estados Unidos
- Que implique una contienda contra un servidor público por una supuesta violación a los derechos de libertad de expresión protegidos bajo la Primera Enmienda (específicamente la exclusión del usuario en la cuenta de la red social del servidor público).
- Que la disputa se origine en una red social
- Que parte del análisis involucre a la doctrina del discurso gubernamental y la doctrina del foro.

A continuación, las resoluciones judiciales:

## **I. La saga Davison: Davison v. Randall** <sup>131</sup>

### ***a) Antecedentes y hechos***

Antes de comenzar es importante precisar que la resolución que es relevante para el presente trabajo es la apelación realizada el 7 de enero de 2019 por Phyllis Randall. Sin embargo, para

---

<sup>128</sup> *Packingham v. North Carolina* at 8.

<sup>129</sup> Es importante hacer la aclaración que por resoluciones judiciales se entenderá alguno de los siguientes tipos de asuntos: sentencia, orden judicial preliminar, moción de desestimación, mociones cruzadas para un juicio sumario, etc. Para fines del presente trabajo lo relevante es el estudio de fondo (análisis) que hacen las Cortes en torno al tema de la doctrina del discurso gubernamental y la libertad de expresión en plataformas digitales.

<sup>130</sup> Es importante mencionar que, si bien existen once casos judicializados, la autora consideró los siete que se presentan en este apartado por su relevancia y para efectos de demostrar si la doctrina del discurso gubernamental es adecuada o no para proteger la libertad de expresión al momento de resolver casos respecto a bloqueos en redes sociales.

<sup>131</sup> *Davison v. Randall*, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

un mejor entendimiento de dicho caso es importante mencionar las resoluciones previas. En la primera decisión *Davison v. Ploman*<sup>132</sup> de esta saga, Brian Davison residente del condado de Loudoun, presentó una demanda ante la Corte de distrito Este de Virginia, contra James Plowman (fiscal del Estado de Virginia para el condado de Loudoun) en su capacidad tanto oficial como individual, esto porque lo había bloqueado de su página de Facebook, además de que había eliminado sus comentarios.<sup>133</sup> La decisión del fiscal derivó de un litigio previo en el que Davison estuvo implicado con el distrito escolar de sus hijos.<sup>134</sup> La conclusión a la cual arribó la Corte de distrito es que conforme al texto de la política de comentarios, la página oficial de Facebook constituía un foro público limitado y por tanto no había violaciones a la Primera Enmienda; señalando que en este tipo de foros el gobierno puede crear y hacer cumplir legalmente las restricciones de voz que resulten razonables para los fines que tiene dicho foro.<sup>135</sup> Inconforme, Davison presentó una apelación ante el cuarto circuito, el cual confirmó la decisión de la Corte de distrito, pues no encontró ningún error reversible.<sup>136</sup>

En la segunda decisión *Davison v. Loudoun Cty. Bd. of Supervisors*,<sup>137</sup> por el contrario, la misma Corte de distrito resolvió a favor de Davison. En este caso lo que alegaba el demandante era que su derecho a la libertad de expresión había sido violado cuando fue bloqueado de la página oficial de Facebook de la presidenta de la junta de supervisores del condado de Loudoun, Phyllis J. Randall. En principio Randall intentó argumentar que la página de Facebook era un sitio personal; no obstante, la Corte determinó que operaba la cuenta “bajo el color de la ley estatal”

---

<sup>132</sup> *Davison v. Plowman*, 247 F. Supp. 3d 767, 2017 U.S. Dist. LEXIS 47157, 2017 WL 1164480 (United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division March 28, 2017, Filed).

<sup>133</sup> Jason Wiener, “NOTE: SOCIAL MEDIA AND THE MESSAGE: FACEBOOK, FORUMS AND FIRST AMENDMENT FOLLIES”, *Wake Forest Law Review* 55, núm. 217 (primavera 2020), 17.

<sup>134</sup> Uno de los argumentos de Davison era que un funcionario del distrito escolar, al cual asistían sus hijos, le había provocado un perjuicio; sin embargo, esta afirmación fue desestimada por el fiscal Plowman. Inconforme con el resultado anterior, Davison decidió ejercer presión a los funcionarios a través de Facebook; respecto a los comentarios publicados por Davison, el fiscal Plowman decidió eliminarlos y bloquear a Davison, al considerar que tales comentarios estaban fuera de lugar (*off topic*), lo cual violaba la “política de comentarios de medios sociales del condado de Loudoun” (Wiener, 19).

<sup>135</sup> Es decir, que un foro público limitado está sujeto a restricciones que el gobierno impone y si bien es cierto que una vez que el gobierno abre este tipo de foros, el estado tiene que respetar los límites legales, una cuestión importante es que el gobierno al final es libre de vigilar estos límites. En este sentido la pregunta ante la corte era si las acciones de los demandados habían sido consistentes con la política de comentarios en redes sociales del condado (*Davison v. Plowman*, 4).

<sup>136</sup> Wiener, “NOTE: SOCIAL MEDIA AND THE MESSAGE”, 19.

<sup>137</sup> *Davison v. Loudoun Cty. Bd. of Supervisors*, 267 F. Supp. 3d 702, 2017 U.S. Dist. LEXIS 116208, 2017 WL 3158389 (United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division July 25, 2017, Filed).



(*under color of state law*)<sup>138</sup> porque sus acciones derivaron en circunstancias de carácter público; también porque utilizaba la página de Facebook como una herramienta del gobierno y, además, la página contenía varios indicios que sugerían que se trataba de un canal de comunicación entre la presidenta y sus gobernados. Una vez dejado en claro que se trataba de una cuenta pública, la Corte de distrito pasó a realizar un análisis de foro (*public forum analysis*), afirmando que bajo la interpretación de *Packingham*, SCOTUS había comparado las redes sociales con los foros tradicionales (parques y la vía pública). Un factor para probar que en efecto la intención de la presidenta era establecer un canal de comunicación, fue una publicación en la que invita a todos a expresarse respecto a cualquier “tema, petición, crítica, cumplido o simplemente pensamientos”.<sup>139</sup> Con la publicación anterior, la Corte consideró que era prueba suficiente para calificarlo como un lugar designado por el gobierno para la comunicación pública.

La presidenta inconforme con la decisión de la Corte de distrito apeló ante la Corte de apelaciones del cuarto circuito. Así, la Corte de apelaciones revisó de *novo* y confirmó la decisión de la Corte de apelaciones, convirtiéndose en el caso *Davison v. Randall*. Ahora bien, de los hechos más relevantes son los siguientes: Randall había presidido la junta de supervisores a partir del 1 de enero de 2016 y desde un día antes de que tomará cargo como presidenta, Randall creó la página de Facebook “Presidenta Phyllis J. Randall”. Adicionalmente a la página de Facebook como presidente, Randall tenía dos perfiles adicionales: un perfil personal y una página dedicada a su campaña. El 3 de febrero de 2016, Davison asistió a una reunión del ayuntamiento de Loudoun (la cual incluyó tanto la junta escolar del condado, como a la presidenta Randall).<sup>140</sup>

Durante el evento Davison realizó una pregunta que implicaba a miembros de la junta escolar y actuaciones poco éticas, a la cual decidió responder Randall afirmando que “se trataba de una

---

<sup>138</sup> En *Monroe v. Pape*, la Corte Suprema interpretó la frase “bajo el color de la ley” estatal como privaciones de derechos constitucionales causadas por funcionarios estatales que actuaron sin autoridad o que actúe en violación a la ley estatal. Además, en una decisión anterior de la Corte en *United States v. Classic*, interpretó que un uso inadecuado del poder, poseída en virtud de una ley estatal y realizada solamente porque el infractor de la ley este revestido de la autoridad por la ley estatal. (Steve L. Winter, “The Meaning of “Under Color of” Law”, *Michigan Law Review* 91, núm. 323 (1992): 324).

<sup>139</sup> Wiener, “NOTE: SOCIAL MEDIA AND THE MESSAGE, 19-21.

<sup>140</sup> *Davison v. Randall*, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

pregunta tramposa y la cual no apreciaba”. Tiempo después de que la presidenta respondiera esto, Davison a través de su cuenta de Twitter realizó una publicación etiquetando a Randall. Ese mismo día por la noche, Randall había publicado sobre la reunión en su página de Facebook, a lo que Davison respondió a través de comentarios donde hacía acusaciones sobre los miembros de la junta escolar. Randall interpretó este tipo de comentarios como algo que no deseaba que apareciera en su página de Facebook, por lo que Randall decidió borrar la publicación y de igual manera bloqueo a Davison (con la aclaración de que 12 horas más tarde, Randall lo reconsideró y desbloqueó a Davison).<sup>141</sup>

### ***b) Problema jurídico***

La Corte de apelaciones tenía que resolver una apelación por parte de la presidenta Randall. Dos de los argumentos presentados por Randall fueron los siguientes: por un lado, Randall considera que la Corte de distrito se había equivocado en concluir que había actuado bajo el color de la ley estatal y, por otro lado, que también se equivocó al concluir que se habían violado derechos protegidos por la Primera Enmienda de Davison, cuando lo bloqueo de la página de Facebook que ella administra. De lo anterior, la Corte tenía que decidir si en efecto Randall violó los derechos de Davison protegidos por la Primera Enmienda cuando lo bloqueó por 12 horas de su página de Facebook.<sup>142</sup>

### ***c) Análisis***

La Corte de apelaciones, respecto al tema de la actuación bajo el color de la ley estatal establece que para poder afirmar esto tiene que demostrarse que la supuesta vulneración constitucional ocurrió por una acción adoptada por la presidenta bajo el color de la ley estatal. En este mismo sentido la Corte señala que no existe una fórmula específica para determinar si se trata de una acción del estado, sino que por el contrario las Cortes tienen que examinar la totalidad de las circunstancias para determinar si dicha acción tiene un nexo suficientemente relacionado con el Estado (a tal grado que dicha acción pueda ser considerada como la del propio Estado). Ahora bien, para el caso en que específicamente se trate de una violación a la Primera Enmienda, señala que esta Corte de apelaciones ya ha determinado que una acción impugnada por un

---

<sup>141</sup> Davison v. Randall, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

<sup>142</sup> Davison v. Randall, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

funcionario público es atribuible al Estado por el solo hecho de la intención del funcionario.<sup>143</sup> Así, la Corte está de acuerdo con la Corte de distrito en cuanto a que Randall creó y administró la página de Facebook para promover sus funciones como funcionaria municipal y, por lo tanto, la presidenta actuó bajo el color de la ley estatal.<sup>144</sup>

En cuanto al argumento de Randall de que la Corte se equivocó en determinar que existió una violación a la Primera Enmienda del quejoso, es importante señalar que Randall cuestiona en principio la calificación que se le da a su página de Facebook como foro público, pues a su consideración el análisis tradicional del foro público no aplica a su página de Facebook por dos razones. En primer lugar, porque la página de Facebook de la presidenta es un sitio web privado y por ello, no constituye propiedad pública la cual es susceptible a un análisis de foro. En segundo lugar, Randall afirma que la página es parte del discurso gubernamental, bajo el análisis del marco establecido en *Pleasant Grove*. La Corte de apelaciones estuvo en desacuerdo con ambas razones. En cuanto a la primera razón, la Corte señala que incluso aunque se asuma que la página de Facebook de Randall es propiedad privada, Randall actuó bajo el color de la ley estatal, pues retuvo y ejerció un control significativo sobre dicha página.<sup>145</sup>

Ahora bien, respecto al tema del discurso gubernamental, la Corte de apelaciones señala que este segundo argumento falla en reconocer la diferencia que existe entre las publicaciones hechas por Randall y los comentarios públicos y publicaciones que invitó a hacer en el espacio interactivo de la página. En este sentido, la Corte está de acuerdo en que los comentarios de Randall y las referencias seleccionadas en la página de Facebook constituyen el discurso gubernamental de Randall. Sin embargo, el componente interactivo de la página de Facebook es completamente diferente a las propias publicaciones hechas por Randall. Con respecto al

---

<sup>143</sup> Es decir, que la razón de haber tomado cierta acción tiene la intención de suprimir el discurso crítico sobre su conducta en relación con deberes oficiales o sobre la aptitud para el cargo público.

<sup>144</sup> *Davison v. Randall*, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

<sup>145</sup> Para ello, la corte señala el precedente de *Halleck* con el objetivo de demostrar que la página de Facebook de la presidenta es análoga a los canales de acceso público operados por privados, ya que Randall expresamente buscó y creó un mercado electrónico de ideas; por lo que el componente interactivo de la página de Facebook es un indicador relevante para considerarlo un foro público. *Davison v. Randall*, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

precedente *Pleasant Grove*, la Corte establece que es diferente el marco de discurso gubernamental identificado en dicho caso con el del caso de *Randall*.<sup>146</sup>

*d) Resultado/ status*

El 7 de enero de 2019 la Corte de apelaciones confirmó la resolución emitida por la Corte de distrito, siguiendo en gran parte el razonamiento aplicado por esta.<sup>147</sup>

**II. Morgan v. Bevin**<sup>148</sup>

*a) Antecedentes y hechos*

Este caso implica a Matthew Griswold Bevin, exgobernador de Kentucky<sup>149</sup> quien mantenía su cuenta oficial de Facebook y Twitter; estas cuentas oficiales tenían la finalidad de comunicar la visión, políticas y actividades del gobernador, además de que las concibió como una oportunidad de recibir retroalimentación de dichos temas por parte de los ciudadanos. El gobernador afirmó que ninguna de las dos cuentas tuvo en ningún momento el propósito de ser un foro abierto para discusión general de todo tipo de asuntos por el público.<sup>150</sup>

Los demandantes eran dos ciudadanos de Kentucky quienes fueron bloqueados de las cuentas oficiales de Bevin. Por un lado, Drew Morgan fue bloqueado de la cuenta del gobernador en Twitter después de que realizó comentarios relacionados a los impuestos de la propiedad de Bevin. Por otro lado, Mary Hargis fue bloqueada por el gobernador en Facebook después de que criticó las políticas del gobernador sobre el derecho al trabajo. Lo que buscaban los dos ciudadanos era una declaración por parte de la Corte de distrito del distrito Este de Kentucky división central Frankfort, de que estos bloqueos por parte del gobernador son

---

<sup>146</sup> *Davison v. Randall*, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

<sup>147</sup> *Davison v. Randall*, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

<sup>148</sup> *Hargis v. Bevin*, 298 F. Supp. 3d 1003, 2018 U.S. Dist. LEXIS 54428, 46 Media L. Rep. 1692, 2018 WL 1557300 (United States District Court for the Eastern District of Kentucky, Central Division March 30, 2018, Filed).

<sup>149</sup> Bevin aún era gobernador de Kentucky cuando ocurrió este litigio.

<sup>150</sup> *Hargis v. Bevin*, 298 F. Supp. 3d 1003, 2018 U.S. Dist. LEXIS 54428, 46 Media L. Rep. 1692, 2018 WL 1557300 (United States District Court for the Eastern District of Kentucky, Central Division March 30, 2018, Filed).

inconstitucionales. Además, solicitaron un mandato judicial preliminar y permanente con la finalidad de impedir que Bevin bloquee a cualquier persona en un futuro.<sup>151</sup>

### *b) Problema jurídico*

Desde que la petición por parte de los demandantes se trata de un mandato judicial preliminar, la Corte tenía que considerar lo siguiente para decidir si otorgarlo o no :si el promovente ha mostrado una probabilidad alta de tener éxito en los méritos; si el promovente sufrirá un daño irreparable en caso de no emitirse el mandato judicial; si la emisión del mandato judicial causaría un daño sustancial a terceros y si el interés público quedaría satisfecho emitiendo este requerimiento hecho por los demandantes. Ahora bien, la Corte se enfoca a responder la primera pregunta, pues señala que cuando se trata de un asunto que involucra un reclamo de la Primera Enmienda, el balance de los cuatro factores tiene mayor peso hacia un énfasis de la primera pregunta. Así la cuestión jurídica por resolver es si existe violación a la Primera Enmienda de los demandantes cuando el gobernador Bevin los bloqueó tanto en Facebook como en Twitter.<sup>152</sup>

### *c) Análisis*

En primer lugar, la Corte señala que tiene muy presente que el caso por resolver es uno de los primeros en luchar con las intersecciones de la aplicación de la libertad de expresión para el desarrollo de la tecnología y los derechos consagrados bajo la Primera Enmienda de acceso a los funcionarios públicos utilizando canales de comunicación privados. Lo anterior queda reflejado desde el inicio de la resolución cuando se señala lo siguiente:

“Desde 1791, hemos dado voz a un valor nacional a favor de proteger el discurso político robusto en las palabras y la promesa de la Primera Enmienda a la Constitución. Este caso requiere que el Tribunal compruebe ese valor en una época en la que los ciudadanos nunca han tenido más plataformas para hablar. La voz ya no se mide sólo en pergamino o papel o el acceso a las ondas sino también en el potencial exponencial de Internet”.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Hargis v. Bevin, 298 F. Supp. 3d 1003, 2018 U.S. Dist. LEXIS 54428, 46 Media L. Rep. 1692, 2018 WL 1557300 (United States District Court for the Eastern District of Kentucky, Central Division March 30, 2018, Filed).

<sup>152</sup> Hargis v. Bevin, 298 F. Supp. 3d 1003, 2018 U.S. Dist. LEXIS 54428, 46 Media L. Rep. 1692, 2018 WL 1557300 (United States District Court for the Eastern District of Kentucky, Central Division March 30, 2018, Filed).

<sup>153</sup> Hargis v. Bevin *at* 1.

Además, reconoce que existe un solo caso resuelto previamente respecto a este tema por la Corte de distrito de Virginia (la saga Davison); no obstante, deja en claro que se niega a seguir el análisis en ese caso, ya que no le es vinculante. Respecto al tema del análisis de foro, la Corte cree que en el caso presente no es aplicable; invocando al precedente de *Pleasant Grove* señala que un análisis de foro está fuera de lugar cuando la aplicación del análisis conduce casi de manera imposible al cierre del foro. Es decir, la Corte considera que, si no se le permite al gobernador Bevin bloquear a usuarios de sus redes sociales, entonces sus cuentas se verían “inundadas” con spam a tal grado que el mensaje que desea promover será imposible y esto llevaría al cierre de las cuentas.<sup>154</sup>

Por el contrario, la Corte de distrito considera que se trata de un asunto de discurso privado, ya que está involucrado con dos compañías privadas (Facebook y Twitter). Asimismo, la Corte menciona la doctrina de discurso gubernamental para señalar que el gobierno tiene derecho a hablar para promover sus políticas o ideologías sin estar constreñido bajo el escrutinio a la Primera Enmienda. La Corte considera al caso de *Pleasant Grove* como una referencia clave para el análisis, porque el gobernador Bevin puede elegir que usuarios de Facebook y Twitter permite o no el acceso a sus cuentas, con tal de presentar la imagen propia deseada.<sup>155</sup>

**d) Resultado/ status**

La Corte de distrito determinó negar la petición para una un mandato judicial preliminar. Además, determinó que, tras un análisis preliminar a los méritos del presente caso, cree que los funcionarios públicos pueden expresarse a través de plataformas privadas, tales como Facebook y Twitter, y además que pueden elegir a quién escuchar en dichos espacios sin que ello implique una violación a la Primera Enmienda.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Hargis v. Bevin, 298 F. Supp. 3d 1003, 2018 U.S. Dist. LEXIS 54428, 46 Media L. Rep. 1692, 2018 WL 1557300 (United States District Court for the Eastern District of Kentucky, Central Division March 30, 2018, Filed).

<sup>155</sup> Hargis v. Bevin, 298 F. Supp. 3d 1003, 2018 U.S. Dist. LEXIS 54428, 46 Media L. Rep. 1692, 2018 WL 1557300 (United States District Court for the Eastern District of Kentucky, Central Division March 30, 2018, Filed).

<sup>156</sup> Hargis v. Bevin, 298 F. Supp. 3d 1003, 2018 U.S. Dist. LEXIS 54428, 46 Media L. Rep. 1692, 2018 WL 1557300 (United States District Court for the Eastern District of Kentucky, Central Division March 30, 2018, Filed).

### **III. Knight First Amendment Institute v. Trump<sup>157</sup>**

#### ***a) Antecedentes y hechos***

El presente caso consiste en una apelación hecha por el presidente de los Estados Unidos Donald J. Trump contra la resolución de la Corte de distrito sur de Nueva York. La resolución de la Corte de distrito fue declarar la inconstitucionalidad del acto de bloquear a un usuario en la plataforma digital Twitter cuando se trata del presidente. Los hechos se remiten a mayo y junio de 2017, cuando el presidente Donald Trump decide bloquear a los usuarios que presentaron la demanda debido a que habían realizado comentarios que criticaban las políticas del presidente.<sup>158</sup>

La problemática surge a raíz de la decisión del presidente de usar la plataforma digital para comunicarse con sus gobernados respecto a sus funciones oficiales. En principio, la Corte de distrito hace un análisis de la información que se publica en la cuenta de Twitter del presidente (tweets, fotos, descripción de la cuenta y manejo de ésta), concluyendo que se trata de una cuenta oficial. Ahora bien, la Corte reconoce que, a pesar de existir otras maneras para poder tener acceso a los tweets del presidente, el imponerles una carga extra para acceder a la información es una violación a la Primera Enmienda. La Corte de distrito concluye que Twitter constituye un foro público en términos de la Primera Enmienda porque, por un lado, no hay razones suficientes que demuestren que el espacio interactivo es incompatible a una actividad que se da a través del ejercicio del derecho de libertad de expresión y, por otro lado, la cuenta está configurada de tal manera que sea una cuenta abierta, sin restricción alguna para tener acceso al contenido de esta. Finalmente, la Corte añade que el bloquear usuarios simplemente porque sus opiniones son contrarias a las del presidente, es discriminatorio.<sup>159</sup>

#### ***b) Problema jurídico***

Por un lado, Donald Trump presenta dos argumentos ante la Corte de apelaciones. En primer lugar, el presidente argumenta que la acción de bloquear a un usuario en Twitter no puede

---

<sup>157</sup> Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 2019 U.S. App. LEXIS 20265, 2019 WL 2932440 (United States Court of Appeals for the Second Circuit July 9, 2019, Decided).

<sup>158</sup> Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 2019 U.S. App. LEXIS 20265, 2019 WL 2932440 (United States Court of Appeals for the Second Circuit July 9, 2019, Decided).

<sup>159</sup> Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 2019 U.S. App. LEXIS 20265, 2019 WL 2932440 (United States Court of Appeals for the Second Circuit July 9, 2019, Decided).

considerarse como una acción del Estado (*state action*),<sup>160</sup> sino por el contrario, simplemente se trató como parte del discurso gubernamental. En este sentido, Trump afirmaba únicamente buscaba promover su propio discurso en su cuenta, y por ello los demandantes no podían invocar una violación a la Primera Enmienda. En segundo lugar, Trump argumenta que no se trataba de un foro público y que, aunque así se le considerara, un bloqueo no implicaba que los usuarios no pudieran acceder de alguna otra manera a sus tweets. Por otro lado, el análisis de la Corte de apelaciones se basó en las siguientes tres interrogantes: i) el bloqueo por parte de Donald Trump ¿es considerado como un acto estatal o como uno de algún particular?; ii) ¿existió discriminación por punto de vista contrario y, por lo tanto, hay violación a la Primera Enmienda? Y iii) ¿puede considerarse que los tuits del presidente Trump son un discurso gubernamental y, por ende, no son aplicables las protecciones de la Primera Enmienda?<sup>161</sup>

### *c) Análisis*

Respecto a la primera interrogante, la Corte de apelaciones afirma que por la naturaleza de la cuenta de Twitter se debe considerar como un medio oficial de comunicación entre el presidente y la ciudadanía. Para llegar a la conclusión anterior, la Corte en principio determina que sí existe control temporal por parte del gobierno de dicha cuenta y que además el manejo de la cuenta ha sido utilizado como un canal de comunicación del presidente con la ciudadanía en cuanto a temas de su administración. Ahora bien, sobre la segunda interrogante, la Corte parte de que bajo la Primera Enmienda el gobierno tiene prohibido excluir discursos o personas simplemente por una cuestión de puntos de vista contrarios a los del gobierno. Aunado a lo anterior, aterriza esta afirmación en el caso de las plataformas, en específico en Twitter, diciendo que estas se deben de regir bajo lo dispuesto en la Primera Enmienda.<sup>162</sup>

Posteriormente, la Corte tenía que analizar bajo ciertos criterios si dicha cuenta podía considerarse como un foro público o no. Los criterios consistían en analizar la práctica de

---

<sup>160</sup> La acción estatal se refiere a toda acción gubernamental, es decir, la acción del poder ejecutivo, legislativo y judicial, a nivel estatal y federal. (Stephan Jaggi, “State Action Doctrine”, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law en Oxford Constitutional Law, consultado el 10 de noviembre de 2020, <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e473> ).

<sup>161</sup> Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 2019 U.S. App. LEXIS 20265, 2019 WL 2932440 (United States Court of Appeals for the Second Circuit July 9, 2019, Decided).

<sup>162</sup> Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 2019 U.S. App. LEXIS 20265, 2019 WL 2932440 (United States Court of Appeals for the Second Circuit July 9, 2019, Decided).



gobierno, así como la naturaleza misma de la propiedad y su interacción con la actividad de la libertad de expresión. En el presente caso, la Corte considera que la cuenta se creó intencionalmente con la finalidad de llevar a cabo discusiones públicas, razón suficiente para afirmar que dicha conducta constituye un foro público y aunado a esto, se determina que efectivamente la acción de bloquear a los usuarios es una violación a la Primera Enmienda porque se les está excluyendo del foro público por sus opiniones. Finalmente, para responder a la tercera interrogante la Corte analiza la doctrina del discurso gubernamental y concluye que en el presente caso no se contradice que los tuits del presidente formen parte del discurso del gobierno; no obstante, la configuración y características hacen que las acciones que realice el presidente desde su cuenta lo obliguen a respetar la Primera Enmienda.<sup>163</sup>

#### *d) Resultado/ status*

La Corte de apelaciones el 9 de julio de 2019 confirmó lo determinado por la Corte de distrito, en específico el análisis del espacio interactivo de cuenta de Trump, el cual hace que se considere un foro público. Así, es claro que la discriminación por puntos de vista es inconstitucional.<sup>164</sup>

Imagen 1



Fuente: Greta Kaul, "A judge just said Trump can't block people on Twitter. What about Minnesota's elected officials?", *MINNPOST*, 25 de mayo de 2018.

<sup>163</sup> Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 2019 U.S. App. LEXIS 20265, 2019 WL 2932440 (United States Court of Appeals for the Second Circuit July 9, 2019, Decided).

<sup>164</sup> Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 2019 U.S. App. LEXIS 20265, 2019 WL 2932440 (United States Court of Appeals for the Second Circuit July 9, 2019, Decided).

#### IV. Price v. City of New York<sup>165</sup>

##### a) Antecedentes y hechos

Este caso surge en un contexto particular en comparación a los otros casos de este capítulo. En este caso la Corte de distrito para el distrito sur de Nueva York tuvo que resolver un caso de violaciones a la Primera Enmienda derivado de un caso penal. Las partes en este caso son Kelly Price quien antepone una demanda en contra la ciudad de Nueva York y diez de sus empleados (principalmente tratándose de oficiales del Departamento de Policía de la Ciudad de Nueva York) y dos empleados no identificados del Departamento de Policía de la Autoridad Metropolitana de Transporte. Ahora bien, es importante mencionar antecedentes relevantes de este caso: En un periodo de 2008 a 2013, la demandante mantenía una relación con Raheem Andre Powell, quien abusó de ella física, mental y económicamente; de lo anterior la demandante es que comienza a llevar una serie de acciones en contra de su expareja, pero lamentablemente a lo largo de este proceso para ampararse encontró varios obstáculos. Sin duda, Price continuó insistiendo a los funcionarios públicos respecto a la respuesta negativa que había recibido por parte de la policía de la ciudad para protegerla de su expareja o de investigar sus denuncias sobre abuso.<sup>166</sup>

Una de las maneras en las que ejerció presión la demandante fue a través de las redes sociales, al presentar quejas públicas en cuentas oficiales de Twitter de la ciudad.<sup>167</sup> En 2014 la demandante comenzó a seguir en Twitter la cuenta de @NYPD28Pct, administrada por el inspector Obe, y ocasionalmente publicaba respuestas públicas a la cuenta; por ejemplo, el 14 de octubre de ese mismo año Price publicó dos respuestas a esta cuenta como se muestran a continuación: “@NYPD28Pct @sffny ATTN Insp OBE: link 4 #DomesticViolence prevention leads to a JEWELRY MALL. Your selection is nice ow.ly/CdIIG.”<sup>168</sup> Así, el mismo día

---

<sup>165</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>166</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>167</sup> Price interactuó con el canal oficial de Twitter para el distrito 28 de la policía de Nueva York, que tiene un manejador de Twitter, o nombre de usuario, de @NYPD28Pct. Esa cuenta fue administrada por el Inspector del Departamento de Policía de Nueva York Olufunmilola F. Obe. La página de Twitter del Precinto 28 incluye un hipervínculo a la Política oficial de Redes Sociales de la Ciudad y "no limita de otra manera el propósito o tema de la cuenta @NYPD28Pct", más allá de las restricciones establecidas en esa política (Price v. City of New York at 10).

<sup>168</sup> Price v. City of New York at 10.

respondió a otro tweet de esa cuenta: “@NYPD28Pct @sffny nice selection INSP OBE! Any extra time to respond to the letter I sent 2 your precinct about #DV?”<sup>169</sup>

Ante estas publicaciones por la demandante, Obe bloqueó a Price de dicha cuenta sin notificarlo o proporcionarse las razones. Al estar bloqueada la demandante ya no podría ver los tweets realizados por esta cuenta, comentar o ver respuestas de cualquier persona a los tweets de Obe. Asimismo, la demandante tuvo una experiencia parecida con la cuenta de Twitter del alcalde de Nueva York para combatir la violencia doméstica (@NYCagainstabuse) y administradora de la cuenta, Selvena Brooks. A finales de 2014, a través de su cuenta de Twitter público las siguientes respuestas a los tweets realizados por la cuenta @NYCagainstabuse:

*“@NYCAGAINSTABUSE @NYPD28Pct victims be wary of the 2-8: their "Help" put me on #Rikers & my abuser walked chn.ge/11fKJZd #JAILS ACTION”<sup>170</sup>*

*“@NYCagainstabuse Many more women could have benefitted from services at a FJC [Family Justice Center] but were barred because they were falsely labeled "fabricators.”<sup>171</sup>*

*“@NYCagainstabuse where do we go when wrongly dubbed as "fabricators" by #MNYNYPD & @manhattanda & denied entrance to Family Justice Centers?”<sup>172</sup>*

Después del último tweet de la demandante, Brooks bloqueó a Price de su cuenta de Twitter. Price considera que Brooks la bloqueó por sus críticas que realizó respecto a las tasas de asistencia de violencia doméstica de la ciudad. Price también señala que Rose Pierre-Louis (quien era comisionada de la oficina del alcalde para combatir la violencia doméstica en ese momento) fue quien ordenó a Brooks bloquearla de dicha cuenta. Finalmente, otro hecho similar fue con la cuenta de Twitter @RPLNYC, la cual era moderada por Pierre.<sup>173</sup> Así, en octubre de 2014 Pierre-Louis bloqueó a Price, lo cual le impedía ver y publicar respuestas a la cuenta @RPLNYC. Recapitulando, además de que Price acusará a Obe, Brooks y Pierre-Louis por haberla bloqueado en Twitter, la demandante afirma que la ciudad de Nueva York es responsable de igual manera porque a pesar de que las políticas oficiales sobre redes sociales son explícitas en cuanto a que las personas no deben ser bloqueadas en la redes sociales por

---

<sup>169</sup> Price v. New York City at 10.

<sup>170</sup> Price v. New York City at 11.

<sup>171</sup> Price v. New York City at 11.

<sup>172</sup> Price v. New York City at 11.

<sup>173</sup> Pierre-Louis se identificaba en dicha cuenta como la comisionada de la oficina de la alcaldía para combatir la violencia doméstica y la utilizaba para difundir información oficial. La demandante añade que Pierre ganó popularidad y credibilidad al nombrar su título oficial en la cuenta de Twitter y difundir información oficial y expresar su opinión (Price v. New York City at 11).

punto de vista, señala que lo cierto es que la ciudad de Nueva York tiene la práctica y la costumbre de bloquear comentarios desfavorables en redes sociales.<sup>174</sup>

### ***b) Problema jurídico***

La demandante Price, hacía varias reclamaciones para la compensación; sin embargo, para efectos del presente trabajo la que interesa es la segunda, donde se alegaba que su derecho protegido por la Primera Enmienda había sido violado por Obe, Brooks y Pierre-Louis (en sus capacidades tanto individuales como oficiales) así como por la ciudad de Nueva York. La Corte de distrito considera que el problema a resolver es si en el presente caso los demandados violaron los derechos de la Primera Enmienda por haberla bloqueado de sus respectivas cuentas de Twitter, esto porque a consideración de Price le impidió tener acceso e interactuar con dos de los canales oficiales de Twitter de la ciudad. Los demandados argumentaban que las acciones alegadas en realidad constituyen discurso gubernamental.<sup>175</sup>

### ***c) Análisis***

Una aclaración importante que hace la Corte de distrito antes de profundizar en el análisis reconoce el análisis exhaustivo realizado específicamente por el Juez Buchwald en el caso *Knight* y considera que, aunque fue un contexto procesal diferente, el análisis aplicado para ese caso ofrece una base jurídica útil. En este sentido, la Corte de distrito retoma la metodología que siguió la Corte de distrito en *Knight* para resolver el caso, esto primero la jueza Buchwald consideró si los demandantes estaban involucrados en un discurso político. En segundo lugar, resolvió si el análisis de foro público aplicaba a la cuenta de Twitter del presidente Trump. La Corte de distrito de Nueva York señala que el presente caso surge en un contexto diferente a *Knight*, ya que bajo la regla que se invoca la Corte está obligada a acreditar todas las alegaciones bien argumentadas de la demanda operativa. Además, la Corte afirma que a diferencia de *Knight* las partes no han delimitado los argumentos de la misma manera como sucede en ese caso; es

---

<sup>174</sup> Price afirma que la ciudad de Nueva York ratificó la conducta de Obe, Brooks y Pierre-Louis por haberle negado ordenarles a Obe, Brooks y Pierre-Louis desbloquearla, a pesar de que el demandante personalmente presentó solicitudes a varios funcionarios públicos de la ciudad. (Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>175</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

por lo que la Corte en el caso que le ocupa se limita a contestar principalmente los argumentos de las partes.<sup>176</sup>

La Corte de distrito comienza señalando la provisión de la Primera Enmienda para hacer énfasis en la importancia que tiene la libertad de expresión y esto a la luz del derecho al acceso a los espacios públicos, y que las limitaciones a estos tienen que estar evaluadas dependiendo el carácter del espacio.<sup>177</sup> También la Corte señala que el discurso del gobierno está exento al escrutinio por la Primera Enmienda, pues de los precedentes relevantes de esta doctrina se desprende que cuando el gobierno presenta su propio discurso, tiene derecho a hablar por sí mismo y a seleccionar los puntos de vista que desea expresar. La Corte apunta que para determinar cuando el discurso debe ser atribuido al gobierno, en lugar de una entidad privada las Cortes deben de considerar tres cuestiones: i) si el gobierno lo ha sido utilizado como un foro para comunicar su mensaje, ii) si el discurso específico esta cercanamente identificado en la mente pública (*public mind*) con el gobierno y iii) si el gobierno mantiene un control directo sobre los mensajes llevados a cabo.<sup>178</sup>

Al analizar la defensa de los demandados respecto a la doctrina del discurso gubernamental, la Corte de distrito no está convencida. Por un lado, los demandados afirman que todo lo que aparece en las cuentas de Twitter constituyen discurso gubernamental, a tal grado que ellos pueden controlar el contenido a través del bloqueo de respuestas de otros usuarios. Por otro lado, la Corte se concentra en lo establecido por la jueza Buchwald en *Knight* respecto al espacio interactivo de las cuentas asociado con cada tweet.<sup>179</sup>

La Corte considera que lo establecido en precedentes como *Pleasant Grove* o en *Walker* no ayuda a dar soporte al argumento de las autoridades por varias razones: en primera, observadores razonables de las cuentas oficiales de Twitter pueden entender que las respuestas a los tweets de la demandante no son parte del propio discurso de la ciudad, es decir, la Corte no considera que los observadores confundan las publicaciones de Price a las que publica la ciudad como

---

<sup>176</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>177</sup> Para ello la corte menciona los tres tipos de foros: foro público tradicional, foro público creado por la designación del gobierno y los foros no públicos.

<sup>178</sup> La corte establece este estándar a raíz del precedente *Walker v. Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.*

<sup>179</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

propio discurso. La segunda razón es que la ciudad no ha venido utilizando Twitter para llevar a cabo sus mensajes, pues la Corte señala que es un fenómeno reciente (*recent phenomena*) y que es difícil concluir que sea identificable con la ciudad en la mente del público. La tercera razón que da la Corte es que la ciudad no ejerce control directo sobre los mensajes de la demandante.<sup>180</sup>

Del razonamiento anterior, la Corte de distrito concluye que la conducta de Brooks y Obe al bloquear a Price de sus cuentas oficiales de Twitter no puede clasificarse como discurso gubernamental, sino que por el contrario dichas conductas están sujetas a la cláusula de la Primera Enmienda. Así, la Corte avanza a realizar el análisis de foro<sup>181</sup> al empezar por señalar que no está inclinada a afirmar que la cuenta oficial de Twitter de la ciudad constituía un foro público tradicional, pues considera lo establecido por la Corte Suprema en cuando a rechazar que el foro público tradicional se extiende más allá de límites históricos (vía pública, parques y calles).<sup>182</sup> En este mismo sentido, la Corte tampoco se inclina por rechazar la idea de que las cuentas oficiales de Twitter de la ciudad son foros no públicos, pues al crear estas cuentas e interactuar con el público ha abierto foros para la actividad expresiva para los miembros del público.<sup>183</sup>

Finalmente, la Corte llega a la conclusión de que independientemente de que la conducta de Obe y Brooks hubiera ocurrido en alguno de los tres tipos de foros, la discriminación por punto de vista resultado de una expulsión intencional de los individuos de alguno de estos foros es una violación a la Primera Enmienda; por lo anterior la Corte concuerda que Price atinadamente alega contra Obe y Brooks una violación a sus derechos protegidos por la Primera Enmienda.<sup>184</sup>

Posteriormente, por la naturaleza del este caso la Corte analiza el argumento de la inmunidad calificada (*qualified authority*), siendo parte de la defensa de Obe y Brooks; después de un análisis de las posturas de cada una de las partes y precedentes, la Corte de distrito decide otorgar inmunidad calificada a Brooks y Obe en su capacidad como individuos contra las alegaciones

---

<sup>180</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>181</sup> The “difficult task of forum analysis” en palabras de la corte.

<sup>182</sup> Menciona el precedente de *Ark. Educ. Television Comm’n*.

<sup>183</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>184</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

en contra de ellos. En lo que respecta a la alegación en contra de Pierre-Louis en su capacidad individual, la discusión entre las partes giraba en torno a si había actuado bajo el color de la ley cuando bloqueó a Price de la cuenta @RPLNYC; no obstante, la Corte de distrito considera que no tiene que resolver dicha discusión, pues señala que, aunque Pierre-Louis hubiese actuado bajo el color de la ley, tendría la inmunidad calificada.<sup>185</sup>

Finalmente, la Corte de distrito analiza el caso particular de la ciudad de Nueva York, esto es si violó o no los derechos de Price. Para este análisis la Corte reitera las tres teorías invocadas por la demandante : i) la existencia de una práctica ilegal por parte de los oficiales subordinados, a tal grado de ser considerada como costumbre o usos del municipio provocando una violación constitucional; ii) la falta de entrenamiento a los funcionarios provocó indiferencia hacia las personas que interactúan con los empleados y iii) que la autoridad responsable en establecer la política en el tema relacionado con dicha conducta, provocó una violación constitucional.<sup>186</sup>

La Corte determina que la demandante falla en alegar la plausibilidad de que la ciudad de Nueva York ratificó o adoptó la conducta de Brooks y Obe contestando a cada una de las tres teorías. En cuanto a la primera teoría, la Corte señala que se satisface cuando el gobierno local se encuentra con un patrón de mala conducta y no hace nada al respecto; sin embargo, considera que en el presente caso la demandante no alega que alguna otra persona, además de ella, haya sido bloqueada de las redes sociales.

De la segunda teoría la Corte considera que, para poder probarla, la demandante tenía que demostrar la indiferencia deliberada por parte del gobierno. En este sentido, la Corte concluye que no hay datos que sugieran que antes de que Brooks, Obe y Pierre-Louis bloquearan a la demandante, la ciudad estuviera enterada de algún patrón similar por empleados no entrenados y haber demostrado una actitud indiferente. Por último, la Corte afirma que, de la tercera teoría invocada por Price, falla debido a que carece de alegación por parte de la demandante de que ella se había quejado directamente con la comisionada James O'Neill del departamento de policía de Nueva York respecto a haber sido bloqueada en Twitter. Lo anterior, porque es

---

<sup>185</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>186</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

insuficiente demostrar que O`Neill sabía que sus subordinados bloquearon a Price por razones inconstitucionales.<sup>187</sup>

*d) Resultado/ status*

La Corte determina en otorgar la moción para desestimar reclamaciones de la Primera Enmienda en contra de Brooks, Obe y Pierre-Louis en su capacidad individual por la inmunidad calificada. De igual manera desestima las reclamaciones en contra de la ciudad de Nueva York y de Brook, Obe y Pierre-Louis en su carácter de funcionarios, por fallar en declarar una reclamación.<sup>188</sup>

**V. Leuthy v. LePage**<sup>189</sup>

*a) Antecedentes y hechos*

Esta contienda involucra a dos residentes del Estado de Maine, quienes solicitaron medidas cautelares y declarativas a la Corte de distrito de Maine en contra del gobernador por haberlos bloqueado de Facebook. Paul R. LePage es gobernador de Maine, quien tiene su oficina en Augusta del condado de Kennebec. Karin Leuthy una residente de Camden del condado de Knox, quien es escritora y editora independiente. Leuthy es cofundadora de “Suit Up Maine” una red progresista del estado que empezó en noviembre de 2016 y cuenta con 5000 miembros.<sup>190</sup> Kelli Whitlock es un residente de Waldoboro del condado de Burton, quien al igual que Leuthy es escritora, pero además es médico. Asimismo, Whitlock es cofundadora de “Suit up Maine”.<sup>191</sup>

En cuanto a la historia procesal, todo comenzó el 8 de agosto de 2017 cuando Leuthy y Whitlock presentaron una queja en contra del gobernador en su capacidad individual y oficial reclamando que con censurar la página de Facebook “Paul LePage gobernador de Maine” vulneran sus

---

<sup>187</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>188</sup> Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

<sup>189</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

<sup>190</sup> Los miembros trabajan para crear conciencia y abogar por políticas, legislación e iniciativas relacionadas con los derechos civiles, la justicia social, la salud, el medio ambiente, la educación y otras áreas que afectan las vidas de todos los habitantes de Maine.

<sup>191</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).



derechos de libertad de expresión garantizados por la constitución de Estados Unidos y la constitución de Maine.<sup>192</sup>

***b) Problema jurídico***

Por un lado, los residentes afirman que con esta acción el gobernador violó sus derechos a la libertad de expresión y por ello solicitaban al gobierno una reparación a las violaciones de la constitución de Estados Unidos y la de Maine. Por otro lado, el gobernador de Maine busca desestimar los argumentos de los residentes al considerar que su gestión de la página no constituye una acción bajo el color de la ley estatal y además que su derecho de libertad de expresión protege la posibilidad que tiene de borrar comentarios y bloquear usuarios en su página de Facebook. Ahora bien, el gobernador señala que en todo caso de que se considere una acción estatal, los argumentos de los demandantes tienen que ser desestimados porque sus acciones en la página de Facebook constituyen discurso gubernamental y no están sujetas a escrutinio bajo la Primera Enmienda.<sup>193</sup>

En el sentido del argumento del gobernador, la Corte de distrito rechazó la moción del gobernador ya que la consideró “prematura”. Lo anterior porque las partes no concuerdan en un hecho fundamental y básico para el presente asunto: ¿qué es exactamente la página de redes sociales en cuestión? ¿se trata de una página oficial que utiliza el gobernador para discutir cuestiones de política? ¿es una página de campaña que el gobernador utiliza para comunicarse con base en él únicamente? ¿se encuentra entre algún punto intermedio? Ahora bien, al tratarse de una moción para desestimar la queja de los demandantes, la Corte tiene que asumir la verdad de todos los hechos e inferencias, por lo que termina concluyendo que la página de Facebook del gobernador es la página oficial de redes sociales del gobernador LePage. Cabe hacer la aclaración que al hacer esto, la Corte no puede concluir directamente al fondo de las cuestiones que plantea el gobernador.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

<sup>193</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

<sup>194</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

### c) *Análisis*

En principio, la Corte de distrito hace un análisis y descripción de Facebook, los servidores públicos y en específico de la interacción del gobernador con cada una de las demandantes en dicha red social. La Corte comienza por resaltar la importancia que tienen estas plataformas en la actualidad, pues afirma que la capacidad de plataformas como Facebook para servir como foros de comunicación directa entre gobernantes y funcionarios públicos es análoga a la comunicación que se daba en espacios físicos como un parque público o ayuntamiento.<sup>195</sup>

Posteriormente, la Corte analiza en primer lugar la página de Facebook del gobernador “Paul LePage, Maine’s Governor” con la finalidad de demostrar que en dicha página se presenta información y noticias para el pueblo de Maine; asimismo que la página es un foro popular para el discurso del gobernador y cuestiones relacionadas con él. Dentro de esta discusión la Corte señala un factor muy importante y es que la Oficina de Tecnología de la Información tenía establecida una política respecto al uso de las redes sociales, la cual anticipa comentarios y contribuciones críticas respecto a los servidores públicos y sus políticas.<sup>196</sup> Esto para concluir que ninguno de los comentarios de las demandantes fue “escandaloso, pornográfico, fuera de tema, duplicativo y ofensivo” y que el hecho de que el gobernador las hubiera bloqueado implicaba que no pudieran comentar en la página de Facebook del gobernador.<sup>197</sup>

Ahora bien, dejando en claro lo anterior, la Corte comienza por analizar la discusión respecto a la acción bajo el color de la ley estatal estableciendo que para poder probar esta alegación la demandante tenía que probar que 1) fue privada de un derecho protegido por la Constitución o leyes de los Estados Unidos y 2) que dicha privación fue cometida bajo el color de la ley estatal.

---

<sup>195</sup> Es interesante la siguiente afirmación por parte de la Corte para demostrar el impacto de las redes sociales y la comunicación: “Como tal, el ciberespacio se ha convertido en uno de los lugares más importantes para el intercambio de puntos de vista, que permite a una persona convertirse en un pregonero de la ciudad con una voz que resuena más lejos que desde cualquier plataforma” (Leuthy v. LePage at 5).

<sup>196</sup> La oficina del gobernador aprobó y aplica esta política. En cuanto a comentarios negativos, la política establece lo siguiente: “Cualquier material escandaloso, difamatorio o pornográfico, si se publica, se elimina tan pronto como se descubre.” La política también establece que “las agencias deben crear y publicar sus términos de los comentarios (*comment terms*) que describan cómo es que la agencia gestionará las contribuciones de los usuarios en la medida permitida por el sitio/aplicación de redes sociales. Los términos de los comentarios detallarán los criterios de revisión para comentarios aceptables, tales como sobre el tema, no duplicados, no obscenos u ofensivos, etc.” (Leuthy v. LePage at 7).

<sup>197</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

La Corte de distrito establece que el análisis implica tomar en consideración la totalidad de las circunstancias para determinar si el funcionario estaba actuando bajo el color de la ley estatal, así la Corte establece que de los hechos señalados por las demandantes<sup>198</sup> la llevan a concluir que el gobernador actuó bajo el color de la ley estatal cuando elimino comentarios y bloqueó a Leuthy y Whitlock de su página de Facebook. Ahora la Corte se mueve a definir el tipo de discurso y oradores en el presente caso, pues por un lado el gobernado afirma que, aunque se determine que su acción fue bajo el color de la ley estatal, este está protegido por el discurso gubernamental. Por otro lado, las demandantes afirman que, al abrir una plataforma digital para comentarios públicos, el gobernador creó un foro público designado y que en todo caso la restricción por punto de vista no está permitida.<sup>199</sup>

De lo anterior, la Corte llega a varias conclusiones importantes: 1) que el gobernador no convence a la Corte de que en el presente caso toda la información de la página de Facebook constituye discurso gubernamental, pues las publicaciones hechas por el gobernador son distinguibles de aquellas realizadas por los ciudadanos privados; 2) En cuanto a los derechos de libertad de expresión considera que una publicación de Facebook por un usuario, no prohíbe en ningún momento al gobernador de publicar cuandoquiera cualquier cosa que el desee; 3) el prohibir el acceso a las demandantes a la página de Facebook no forma parte del discurso gubernamental, esto porque la Corte no considera que el borrar las publicaciones de las demandantes tampoco es un tipo de discurso.<sup>200</sup>

Respecto al tema de análisis de foro público y el derecho a excluir, la Corte señala que no está de acuerdo con que la conducta sea discurso de gobierno, pues cree que el fundamento del discurso de gobierno (desarrollado a través de precedentes) no está en juego en el presente caso ya que las publicaciones de las demandantes no representan un peligro para la gobernanza y

---

<sup>198</sup> Las demandantes subrayan las siguientes cuestiones sobre la página de Facebook del gobernador:” (1) utiliza la etiqueta "oficial", (2) invoca el título del Gobernador: "Paul LePage, Gobernador de Maine", (3) opera bajo la bandera verificada de "Gobernador de Maine", (4) participa en la función 'Ayuntamiento' de Facebook para los representantes del gobierno, (5) enlaces al sitio web oficial de Maine.gov, (6) incluye su dirección de correo electrónico oficial, dirección física y número de teléfono en su página de Facebook, y (7) involucra respuestas de los ciudadanos en asuntos de interés público” (Leuthy v. LePage *at* 9).

<sup>199</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

<sup>200</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

habilidad para expresarse del gobernador. La Corte concluye que los espacios privados, como lo son las redes sociales la gente pueden hablar y escuchar y están sujetos al análisis de foro. Además de que el gobernador LePage no discute que el motivo de eliminar los comentarios de las demandantes, así como bloquearlas fue por punto de vista, lleva a concluir con mayor razón la plausibilidad del argumento de la violación a los derechos de libertad de expresión.<sup>201</sup>

Otro análisis interesante que utiliza la Corte es cuando explica porque no aplica el análisis realizado por la Corte de distrito de Kentucky en *Morgan v. Bevin*, desde que el memorándum suplementario del gobernador LePage argumenta que la presente disputa es análoga a la de *Morgan*. En principio la Corte señala que la postura procesal en aquel caso requiere un resultado distinto y además hace una distinción de los hechos en aquel caso del que le concierne. Uno de los señalamientos que hace la Corte a ese caso es que la Corte en *Morgan* malentendió el efecto de bloquear a un usuario en Facebook cuando caracterizo esa acción como el simplemente negarse a escuchar a la persona bloqueada. También la Corte está en desacuerdo de que por la naturaleza como espacios privados de comunicación que tienen las redes sociales, entonces automáticamente no pueden ser consideradas propiedad pública. Además, que les parece erróneo lo concluido en ese caso respecto a que el prohibir bloquear usuarios podría llevar a un cierre del foro, pues la Corte señala que en este caso el gobernador LePage cuenta con miles de comentarios, *likes* y publicaciones compartidas, lo que no parece provocar el cierre por “inundación” de su página por spam.<sup>202</sup>

#### ***d) Resultado / status***

Por la argumentación anteriormente señalada es que la Corte de distrito de Maine decide negarle al gobernador LePage la moción para determinar. Adicionalmente, las partes llegaron a un acuerdo (*settlement agreement*)<sup>203</sup> en el que dentro de los puntos más relevantes están que el gobernador se comprometía a desbloquear a las quejas (así como cualquier persona que lo

---

<sup>201</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

<sup>202</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

<sup>203</sup> Dicho acuerdo puede consultarse en la página de ACLU Maine.

estuviera) y también se establece que dicho acuerdo no limita a los administradores de la página “Paul LePage, Maine’s Governor” para aplicar la política existente para borrar comentarios.<sup>204</sup>

## **VI. One Wis. Now v. Kremer** <sup>205</sup>

### *a) Antecedentes y hechos*

El 18 de enero de 2019 la Corte del distrito Oeste de Wisconsin resolvió una disputa entre *One Wisconsin Now* (OWN), una corporación sin fines de lucro la cual se autoidentifica como organización liberal comprometida con la “promoción y trabajo en la visión de un Wisconsin con igualdad de oportunidades económicas para todos” y Jesse Kremer, John Nygren y Robis Vos, quienes al momento de la presentación del juicio sumario (todos) eran representantes de la Asamblea de Wisconsin.<sup>206</sup> El demandante OWN argumenta que los demandados violaron su derecho protegido por la Primera Enmienda al haberlo bloqueado en Twitter de sus respectivas cuentas. Por ello, ante la Corte de distrito las partes presentaron mociones cruzadas para el juicio sumario.<sup>207</sup>

### *b) Problema jurídico*

Desde que el presente caso está relacionado con dictar una sentencia sumaria, la Corte de distrito establece que, para poder dictarla, la parte actora tiene que demostrar que no existe controversia genuina respecto a un hecho material y que el promovente tiene derecho a un fallo a su favor por un tema de derecho (*a matter of law*). Ahora bien, para que la Corte pudiera llegar a una conclusión era necesario que examinara todos los hechos y extrajera todas las inferencias a la luz más favorable para la parte contraria. Para ello, la Corte debe tener en cuenta el argumento principal de OWN, el cual afirma que Kremer, Nygren y Vos discriminaron por punto de vista al haberlo bloqueado en Twitter, lo cual es inconstitucional. La Corte de distrito considera que

---

<sup>204</sup> Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

<sup>205</sup> One Wis. Now v. Kremer, 354 F. Supp. 3d 940, 2019 U.S. Dist. LEXIS 8828, 2019 Media L. Rep. 209, 2019 WL 266292 (United States District Court for the Western District of Wisconsin January 18, 2019, Filed).

<sup>206</sup> Kremer reside en Kewaskum, Wisconsin, y representa al 59 Distrito de la Asamblea; Nygren reside en Marinetter, Wisconsin, y representa al 89 Distrito de la Asamblea; y Vos residen en Burlington, Wisconsin y representa al 63 Distrito de la Asamblea. Los tres representantes tenían oficinas en Madison, Wisconsin.

<sup>207</sup> One Wis. Now v. Kremer, 354 F. Supp. 3d 940, 2019 U.S. Dist. LEXIS 8828, 2019 Media L. Rep. 209, 2019 WL 266292 (United States District Court for the Western District of Wisconsin January 18, 2019, Filed).

el reclamo de OWN plantea una cuestión novedosa de derecho, al plantearse la interrogante si la parte interactiva de la cuenta de Twitter de un funcionario público es un foro público designado.<sup>208</sup>

### c) *Análisis*

La Corte comienza aclarando que no existe un derecho establecido respecto a este tema, es decir, sobre si la cuenta de un actor gubernamental en redes sociales es un foro público designado. No obstante, señala los casos *Knight v. Trump*, *Davison v. Loudoun Cty. Bd. of Supervisors* y *Davison v. Randall* con el fin de afirmar que en estos casos las Cortes federales han concluido que las redes sociales constituyen un foro público designado en relación con el componente interactivo de estas. Además, no faltó la mención de lo resuelto por la Corte Suprema en *Packingham*, en donde la Corte reconoce que las redes sociales son un amplio foro democrático análogo a los foros públicos tradicionales, como lo son los parques. En primer lugar, la Corte analiza el requisito del “actor estatal” (*State actor requirement*), para lo cual la Corte afirma que el análisis que seguirá es el aplicado en *Davison* para determinar que en efecto se trata de un acto bajo el color de la ley estatal.<sup>209</sup> La Corte considera que hay muchos factores que, en efecto demuestran que los demandados crearon y operaron sus cuentas de Twitter bajo el color de la ley estatal.<sup>210</sup> Para probar este punto, la Corte de distrito analiza las características de cada una

---

<sup>208</sup> *One Wis. Now v. Kremer*, 354 F. Supp. 3d 940, 2019 U.S. Dist. LEXIS 8828, 2019 Media L. Rep. 209, 2019 WL 266292 (United States District Court for the Western District of Wisconsin January 18, 2019, Filed).

<sup>209</sup> La corte de distrito en *Davison* señaló que, aunque varios aspectos de las cuentas de las redes sociales de los demandados parecieran completamente de naturaleza privada, dichos factores fueron superados por otros que sugerían que la creación y operación de la página de las redes sociales constituían acción estatal. En *Davison* la corte encontró las siguientes disposiciones: (1) el propósito público obvio de la página de redes sociales, no privado (la elección del acusado a un cargo público y su posterior uso como "una herramienta de gobierno"); (2) el uso del acusado de los recursos del gobierno, incluyendo empleados del gobierno, para mantener la página; (3) la conexión entre los boletines oficiales del acusado y la página; y (4) los esfuerzos del acusado para "aplantar" la página "en las trampas de su oficina" (*One Wis. v. Kremer at 7*).

<sup>210</sup> Al igual que en *Knight* y *Davison*, hay algunos hechos en este registro que podrían apoyar el hallazgo de que la creación y operación de las cuentas de Twitter de los acusados fue privada, en lugar de pública, la acción: (1) crear las cuentas de Twitter no fue uno de los deberes enumerados de los acusados; (2) La página de Twitter no se convertirá en propiedad del Estado cuando los acusados abandonen el cargo; y (3) es probable que algunas de las actividades de las redes sociales de los acusados tengan lugar fuera del horario normal de trabajo. Sin embargo, como en esos casos, hay muchos más factores que respaldan la conclusión de que los demandados crearon y operaron sus respectivas cuentas de Twitter bajo el color de la ley estatal bajo la prueba de la totalidad de las circunstancias, por lo tanto, el demandante prevalece al establecer la acción estatal (*One Wis. v. Kremer at 8*).

de las cuentas de Twitter de los demandados para concluir que las tres cuentas están relacionadas con la actuación bajo el color de la ley estatal.<sup>211</sup>

En segundo lugar, la Corte tuvo que resolver la interrogante sobre si el componente interactivo de las cuentas de Twitter de los demandados constituye un foro público. Cabe mencionar que Kremer, Nygeren y Vos están en contra de la afirmación de que sus cuentas de Twitter se consideren como un foro público designado, porque Twitter es una empresa privada, lo cual convierte a las cuentas de Twitter en propiedad privada y, además que en todo caso sus tweets constituyen discurso gubernamental. De lo anterior, la Corte de distrito no considera ninguno de estos argumentos como válidos; por un lado, afirma que en principio en precedentes se ha acertado que los foros públicos pueden darse tanto en propiedad pública como privada. Por otro lado, en cuanto al argumento del discurso gubernamental, la Corte señala que mismo OWN no disputa que los tweets que emiten los demandados constituyan discurso gubernamental; sin embargo, deriva del reporte del perito del demandante, en principio es fácil distinguir entre lo que los demandados publican y las acciones de otros. En este sentido la Corte de distrito decide seguir la lógica aplicada en *Knight y Davison*, donde la parte interactiva de las cuentas hacen que la excepción del discurso gubernamental no aplique. Finalmente, el tercer punto a analizar es la discriminación por contenido, de lo cual la Corte de distrito concluye que los tres representantes legislativos bloquearon al demandante por motivos de su discurso o identidad, pues tanto directa como indirectamente los demandados han expresado que no aprueban su perspectiva liberal.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> En el caso de Kremer y Nygeren, la corte de distrito establece lo siguiente: “Como señala el demandante, las cuentas de Twitter de Kremer y Nygren están entrelazadas con sus responsabilidades públicas: Kremer y Nygren crearon sus cuentas mientras estaban en el cargo; ambos acusados utilizan sus cuentas para compartir información sobre asuntos legislativos, políticas, apariciones políticas, y eventos; y ambos utilizan recursos gubernamentales para mantener sus cuentas de Twitter.” En cuanto al caso de Vos, aunque la corte afirma que es menos claro que las otras dos cuentas de los demandados porque Vos mantiene dos cuentas: “@SpealerVos” y “@repvos”, la primera la creó después de haber sido electo presidente de la asamblea estatal de Wisconsin, la cual sugiere que existe para que Vos hable en nombre de los representantes republicanos a través de su calidad de presidente de la asamblea. Así, a diferencia de la primera cuenta, la segunda sí la utiliza como un medio de comunicación con el público en su calidad de representante estatal. No obstante, la corte de distrito determina que, bajo un análisis de todas las circunstancias, la cuenta “@repvos” está vinculada con circunstancias públicas y relacionada con su cargo público (*One Wis. Now v. Kremer at 8-9*).

<sup>212</sup> “Por ejemplo, Kremer testificó que su canal de Twitter no es “para que los liberales del Condado de Dane mantengan conversaciones conmigo”, y mientras Nygren afirma que bloqueó al demandante por sus “comentarios crudos sobre la política de Wisconsin”, no pudo identificar ningún comentario “crudo” real. Por su parte, Vos no ofrece ninguna razón relacionada con el discurso de OWN y el haberlo bloqueado; en cambio, simplemente afirma que no puede recordar la razón. Dado el contexto, sin embargo, la única conclusión razonable es que Vos bloqueó

#### ***d) Resultado / status***

La Corte de distrito de Wisconsin basándose en el análisis de los tres pasos, establecidos en las decisiones de *Knight* y *Davison* concluye que en efecto en el presente caso: 1) los acusados actuaron bajo el color de la ley estatal; 2) el componente interactivo de las cuentas de Twitter de los demandados son foros públicos designados y 3) los demandados violaron la Primera Enmienda al discriminar por punto de vista al demandante cuando lo bloquearon en Twitter. Por lo anterior, es que la Corte concluye que OWN tiene derecho a que se le conceda una sentencia sumaria sobre sus reclamaciones de responsabilidad.<sup>213</sup>

### **VII. Campbell v. Reisch** <sup>214</sup>

#### ***a) Antecedentes y hechos***

El presente caso tiene que ver con la demanda presentada en la Corte de distrito de Missouri por Mike Campbell, un residente de Centralia, en el estado de Missouri, quien está registrado para votar dentro del distrito de Missouri. Dicha demanda es contra la representante estatal de Missouri, Cheri Toalson Reisch. Reisch tiene con una cuenta de Twitter (identificada con el usuario @CheriMO44), en la cual testificó que la utiliza para involucrarse en el discurso sobre temas de política y/o indicar su postura en relación con otros funcionarios públicos.<sup>215</sup>

El 22 de junio de 2018 la representante Reisch tuiteó sobre su aparición en un evento de *Boone County, Missouri Farm Bureau event* haciendo comentarios hacia su oponente política Maren Jones.<sup>216</sup> Derivado de este tweet, al día siguiente el representante Kip Kendrick comentó dicho tweet mostrando desacuerdo ante esa opinión<sup>217</sup> Campbell decidió dar retweet al comentario de

---

OWN debido a su actividad previa en su página de Twitter. Además, los tres demandados sólo han bloqueado un número selecto de cuentas de Twitter, apoyando la afirmación del demandante de que los demandados bloquearon selectivamente al demandante por una razón específica y no por casualidad” (*One Wis. Now v. Kremer* at 11-12).<sup>213</sup> *One Wis. Now v. Kremer*, 354 F. Supp. 3d 940, 2019 U.S. Dist. LEXIS 8828, 2019 Media L. Rep. 209, 2019 WL 266292 (United States District Court for the Western District of Wisconsin January 18, 2019, Filed).

<sup>214</sup> *Campbell v. Reisch*, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).

<sup>215</sup> *Campbell v. Reisch*, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).

<sup>216</sup> Reisch había publicado el siguiente tweet: "*Sad my opponent put her hands behind her back during the Pledge,*" sobre Maren Jones, oponente político del acusado quien también estuvo presente en el evento (*Campbell v. Reisch*, 3).

<sup>217</sup> El 23 de junio de 2018, el representante Kip Kendrick comentó sobre el tweet del acusado: "*Maren's father was a Lieutenant in the Army. Two of her brothers served in the military. I don't question [Maren's] patriotism. That's a low blow and unacceptable from a member of the Boone County delegation*" (*Campbell v. Reisch*, 3).



Kendrick y como resultado se percató que Reisch lo había bloqueado de su cuenta de Twitter. Ante dicho bloqueo el demandante no podía comentar en la página de Reisch, ni tampoco ser parte de la conversación llevada a cabo por los seguidores de la representante en el tweet original.<sup>218</sup>

***b) Problema jurídico***

De los hechos planteados la Corte de distrito tiene la tarea de determinar si el demandante ha demostrado que el demandado en efecto violó sus derechos de libertad de expresión al haberlo bloqueado en Twitter. Ahora bien, para que se tenga por confirmado esta afirmación, la parte demandante tiene que demostrar dos cosas: i) que haya sido privado de un derecho garantizado por la Constitución o las leyes de los Estados Unidos y ii) que la privación se haya cometido bajo el color de la ley estatal.<sup>219</sup>

***c) Análisis***

La Corte de distrito realiza dos niveles de análisis: primero analiza la posible violación a la Constitución y posteriormente con relación a que la privación haya ocurrido bajo el color de la ley estatal. Respecto a la posible violación a la Constitución, la Corte de distrito establece que hay tres consideraciones para determinar si al demandado le fue vulnerado su derecho a la libertad de expresión protegido bajo la Primera Enmienda. La primera consiste en determinar que el discurso en el que el demandante participó o trata de participar, es discurso protegido. La segunda es que en caso de tratarse de discurso protegido entonces la Corte deberá resolver si el espacio en donde busca participar está sujeto a análisis de foro. Tercera consideración es que en caso de estar sujeto a análisis de foro la Corte tendrá que señalar que tipo de foro es.<sup>220</sup>

En primer lugar, respecto a si el retweet de Campbell es discurso protegido, la Corte de distrito comienza por señalar que temas de relevancia pública están sujetos a la protección de la Primera Enmienda y, además afirma que esta regla aplica sin duda a las redes sociales. Para el caso en

---

<sup>218</sup> Campbell v. Reisch, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).

<sup>219</sup> Campbell v. Reisch, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).

<sup>220</sup> La determinación del foro es importante porque dependiendo del tipo de foro se permiten o no ciertos límites para que el gobierno regule el discurso sin que necesariamente implique una violación a la Primera Enmienda. Campbell v. Reisch, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).

concreto la Corte considera que por los hechos planteados no sugieren que el retweet se encuentra dentro de alguna de las categorías no protegidas por la Primera Enmienda. En segundo lugar, ya que la Corte concluyó que en efecto el retweet es discurso protegido, comienza por señalar que el análisis de foro aplica en casos en que el hablante busca tener acceso a propiedad pública o propiedad privada con fines de uso público. De lo anterior la Corte reconoce que Twitter es propietario de la cuenta de la representante Reisch. No obstante, afirma que el análisis del foro público aplica por el componente del espacio interactivo de dicha cuenta de Twitter; adicionalmente reitera que Reisch tiene control sobre la cuenta, siendo esto equivalente a un control gubernamental.<sup>221</sup>

En tercer lugar, la Corte determina que la cuenta de Reisch es un foro público designado, es decir propiedad pública la cual el Estado abrió con la intención de darle un uso para la actividad expresiva pública. De lo anterior, la Corte de distrito considera como factor fundamental de este tipo de foros a la “intencionalidad” y que en el caso en concreto la Corte considera que del registro de la cuenta de Reisch se puede advertir que ésta tiene la finalidad de ser un espacio para que los ciudadanos puedan obtener información e interactuar sobre cuestiones políticas, promoción de campaña y agenda legislativa de la representante Reisch. Arribando a la conclusión anterior, la Corte resuelve la interrogante sobre si el bloqueo de Campbell de los espacios interactivos de los tweets de Reisch responde a un interés neutral, significativo y efectivo para alcanzar dicho interés; la Corte concluye que de los hechos presentados sin duda la demandada decidió bloquear a Campbell por motivos de discriminación por puntos de vista. En suma, la Corte determina dos cosas: una es que Reisch violó el derecho constitucional de Campbell y además que esto lo hizo actuando bajo el color de la ley estatal.<sup>222</sup>

---

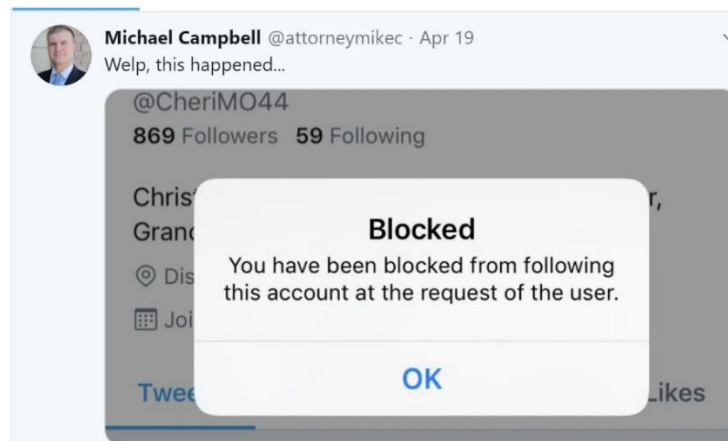
<sup>221</sup> La Corte menciona que la manera en que Reisch controla la cuenta es a través de la selección del contenido de los tweets y a la vez decidir a quién bloquea o no de dicho espacio. *Campbell v. Reisch*, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).

<sup>222</sup> *Campbell v. Reisch*, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).

*d) Resultado / status*

Derivado del razonamiento anterior, la Corte de distrito de Missouri determina que el demandante demostró que en efecto fue violado su derecho a la libertad de expresión protegido por la Primera Enmienda y por ello tiene derecho a medidas declarativas y cautelares.<sup>223</sup>

Imagen 2



Fuente: Courthouse News Service.

---

<sup>223</sup> Campbell v. Reisch, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).

## CAPÍTULO III. ANÁLISIS

*“My use of social media is not presidential-it’s MODERN DAY PRESIDENTIAL ”.*<sup>224</sup>

-Donald J. Trump

Este capítulo tiene la finalidad de probar la hipótesis que defiende el presente trabajo respecto a que la doctrina del discurso gubernamental no es una manera adecuada para proteger la libertad de expresión en las redes sociales, pues existe un mayor traslape con la doctrina del foro público. Ahora bien, para llegar a dicha conclusión, un paso previo importante es determinar si el análisis de la doctrina del discurso gubernamental se ha mantenido o presenta cambios en sus rasgos fundamentales, en estos casos novedosos que involucran redes sociales. Esto sirve para analizar si la doctrina que se originó ya hace muchos años y en contextos totalmente distintos, es adecuada para resolver disputas que surgen en las redes sociales a raíz de bloqueos por parte de servidores públicos y proteger la libertad de expresión.

### **I. Continuidades de la doctrina del discurso gubernamental en litigios de bloqueos por parte de servidores públicos**

De conformidad con lo explicado en la sección tercera del primer capítulo, la doctrina del discurso gubernamental la utilizan las Cortes para determinar cuándo una posible restricción a ejercer el derecho de la libertad de expresión no está sujeta al escrutinio de la Primera Enmienda, esto en el sentido de que tiene la finalidad de servir como escudo protector para el mensaje y política que el gobierno desee ejercer sin tener que ser neutral. Como puede observarse del capítulo anterior, la doctrina del discurso gubernamental surge y se ha construido (hasta el momento) a raíz de casos resueltos por la SCOTUS y Cortes federales, donde se trata de espacios físicos (parques, monumentos, calles) o incluso de cuestiones intangibles, como las marcas<sup>225</sup> o páginas web,<sup>226</sup> pero que tradicionalmente son factibles imaginar como canales/ medios donde el gobierno comunica sus ideas.

---

<sup>224</sup> Cleve R. Wootson Jr., “Trump says his Tweets are ‘modern day presidential.’ We checked with other modern-day leaders.”, *The Washington Post*, 2 de julio de 2017, <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/07/02/trump-says-his-tweets-are-modern-day-presidential-we-checked-with-other-modern-day-presidents/>.

<sup>225</sup> *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 2017 U.S. App. LEXIS 3872 (Supreme Court of the United States).

<sup>226</sup> *Sutcliffe v. Epping Sch. Dist.*, 584 F.3d 314, 2009 U.S App. LEXIS 20650.

No obstante, en la actualidad las controversias entre servidores públicos y ciudadanos en relación con violación del derecho a la libertad de expresión suscitan en una nueva arena: las redes sociales, en donde los gobernantes y agencias públicas al utilizar las redes sociales interactivas parecen estar creando espacios fundamentales para un ejercicio democrático;<sup>227</sup> en este sentido, una de las primeras interrogantes que surge es si esta doctrina, la cual surge en un contexto totalmente diferente, se ha mantenido en su esencia o ha cambiado al momento en que las Cortes la utilizan para determinar si aplica o no en determinado caso.

Ahora bien, los rasgos fundamentales que pueden extraerse de los principales precedentes de la doctrina del discurso gubernamental al momento de aplicar esta doctrina son dos: por un lado, es el estándar para determinar si se trata de discurso gubernamental (es decir, si es una actividad que históricamente ha realizado el gobierno y si el gobierno tiene el control sobre determinada expresión). Por otro lado, su relación del discurso gubernamental con la doctrina del foro y la premisa de que el gobierno debe expresarse para poder gobernar.

El primer litigio relacionado con bloqueos de servidores públicos y redes sociales es el caso ***Davison v. Randall***, en el que para determinar si la página de Facebook de la presidenta Randall equivale o no a discurso gubernamental. En principio, la Corte de apelaciones deja en claro que si bien los comentarios propios de Randall y referencias seleccionadas en su página de Facebook sí son discurso gubernamental. No obstante, la presidenta Randall no puso limitantes formales para acceder e interactuar con su página de Facebook; en este sentido, la Corte marca una línea entre los comentarios y publicaciones de la presidenta Randall (que sí constituyen discurso gubernamental) de las interacciones de los demás usuarios. Ahora bien, un elemento característico de la doctrina del discurso gubernamental es la pregunta de si el gobierno tuvo control efectivo o no sobre cierto discurso, y en este sentido la Corte de apelaciones concluyó que si bien es cierto que Randall tenía control de ciertos aspectos de la página de Facebook, pues tanto ella como su jefa de personal Jeanine Arnett, comparten control para administrar dicha cuenta de Facebook, exclusivamente Randall es quién controla la mayoría del contenido;

---

<sup>227</sup> Jameel Jaffer y Katie Fallow, “Official Censorship Should Have No Place in the Digital Public Square”, *The New York Times*, 7 de abril de 2021, <https://www.nytimes.com/2021/04/07/opinion/trump-twitter-first-amendment.html>.

adicionalmente, Randall de manera expresa abrió su página para una interacción pública al escribir:

*“I really want to hear from ANY Loudoun citizen on ANY issues, request, criticism, complement or just your thoughts. However, I really try to keep back and forth conversations (as opposed to one time information items such as road closures) on my county Facebook page (Chair Phyllis J. Randall) or County email (Phyllis.randall@loudoun.gov). Having back and forth constituent conversations are Foiable ([Freedom of Information Act]) so if you could reach out to me on these mediums that would be appreciated”*.<sup>228</sup>

En *Davison v. Randall*, la Corte de apelaciones utiliza precedentes claves para su análisis. Los precedentes sobre la doctrina del discurso gubernamental a los cuales hace referencia es *Sutcliffe* y *Pleasant Grove City*. Por un lado, utiliza el caso de *Stufille* la Corte de apelaciones para soportar su razonamiento que la lleva a concluir que en efecto las publicaciones y comentarios realizadas por Randall son discurso gubernamental, pues en *Sutcliffe* la Corte de circuito afirmó que un sitio web del gobierno era parte del discurso gubernamental y en especial énfasis en los hipervínculos que pueden encontrarse en estas páginas web. Por otro lado, utiliza *Pleasant Grove* para diferenciar los dos casos y así demostrar por qué el resultado es diferente, pues la presidenta Randall intentó argumentar que toda la página de Facebook constituía discurso gubernamental; sin embargo, utilizando este precedente la Corte de apelaciones explica que a diferencia de una página de Facebook que puede aceptar a un gran número de oradores y que parece estar abierto a todo el público, un parque público solamente puede aceptar un número limitado de monumentos de la ciudad y que en ese caso el gobierno de la ciudad sí tenía que promover su discurso al elegir únicamente los monumentos que fueran de acuerdo con la política de la ciudad.<sup>229</sup>

Ahora bien, ***Morgan v. Bevin*** es el único caso de los analizados que resuelve a favor del servidor público, concluyendo que un bloqueo en una red social es parte del discurso gubernamental y por lo tanto no está sujeto a un escrutinio de la Primera Enmienda. El tribunal de distrito de Kentucky comienza con la premisa de que el gobernador Bevin no está como tal obligado a escuchar a los demandantes, pues la Corte señaló que el gobernador en ningún momento tuvo la “intención” de que sus cuentas de Twitter y Facebook fueran como un parque público, en el sentido de que cualquier es bienvenido y puede decir lo que quiera ya que Bevin tiene una

---

<sup>228</sup> Davison v. Randall at 6.

<sup>229</sup> Davison v. Randall at 16.

agenda política específica que busca promover a través de sus redes sociales.<sup>230</sup> En este sentido, la Corte de distrito está de acuerdo con el razonamiento del gobernador, ya que considera que es imposible exigir al gobernador permitir que cualquier pueda acceder y publicar en sus cuentas, pues esto podría provocar *spam*, y como consecuencia representaría un obstáculo para transmitir su mensaje a sus electores. El argumento anterior está relacionado con la idea del foro público, en la cual un análisis de foro no es aplicable cuando al hacerlo el resultado inevitablemente lleva a cerrar dicho foro.<sup>231</sup>

A diferencia de la mayoría de los casos que analiza el capítulo segundo, *Morgan* es el único que utiliza *Pleasant* y *Walker* para dibujar un paralelo entre dicho caso y este para probar que en efecto el gobernador Bevin no suprimió el discurso, sino que por el contrario estaba intentando proyectar una determinada imagen pública alineada a sus políticas. La Corte de distrito explica que, así como en la ciudad de Pleasant Grove eligió ciertos monumentos sobre otros (basándose en la imagen que se quería proyectar), Bevin decidió excluir a ciertos usuarios de sus cuentas de Facebook y Twitter para proyectar su imagen como gobernador de Kentucky. No obstante, la propia Corte de distrito reconoció que existen características que hacen a estos casos diferentes y por tanto inaplicables, pues en *Pleasant* existiría la impracticabilidad física de colocar demasiados monumentos y en contrario en Facebook y Twitter no existe como tal esa limitante de espacio.<sup>232</sup>

A pesar de la incompatibilidad que presenta *Pleasant*, la Corte de distrito no se rinde en demostrar la existencia de un paralelo entre los precedentes relevantes del discurso gubernamental y el caso que tiene que resolver, por lo que indica que la visión de *Pleasant* se amplía y esclarece en *Walker*. En *Walker*, SCOTUS señaló que la negativa en la aplicación del diseño en la matrícula especial a Sons of Confederate Veterans era compatible con la Primera Enmienda. En este precedente, SCOTUS explica que, a comparación de *Pleasant*, Texas permite muchos más diseños de placas que monumentos

Lo fundamental de *Walker* para la Corte de Kentucky, es que este precedente deja en claro que la decisión en *Pleasant* no está necesariamente relacionada con una cantidad exacta de

---

<sup>230</sup> *Morgan v. Bevin at 6.*

<sup>231</sup> *Morgan v. Bevin at 6.*

<sup>232</sup> *Morgan v. Bevin at 6.*

monumentos, sino que al final las numerosas placas que emite Texas son mensajes propios que desea comunicar. Por lo tanto, la Corte de distrito considera que a pesar de que existan varias publicaciones en las redes sociales del gobernador, siguen estando conectadas con su página y con el mensaje que él desea proyectar como gobernador de Kentucky.<sup>233</sup>

En ***Knight v. Trump***, la Corte de apelaciones de Nueva York toma en consideración la afirmación realizada por parte del gobierno, en cuanto a que la cuenta de Twitter era controlada por el gobierno, entonces era discurso gubernamental. En este sentido, la Corte de apelaciones reconoce la importancia de esta afirmación presente en *Matal* respecto a que la Primera Enmienda no obliga a los oficiales y empleados del gobierno a mantenerse neutrales cuando hablan. Para lo anterior, utiliza un ejemplo de *Pleasant*, siendo que si el gobierno está promoviendo la guerra, la Primera Enmienda no puede obligar que el mismo gobierno promueve mensajes que contraríen su posición respecto a la guerra.<sup>234</sup>

Es interesante, que a diferencia de las otras Cortes que resolvieron este tipo de casos, aquí la Corte de apelaciones no entra a un análisis profundo sobre la doctrina del discurso gubernamental. En realidad, la Corte concede que en efecto el presidente Trump al escribir sus tweets iniciales estaba involucrado en discurso gubernamental; sin embargo, para la Corte lo relevante no es esto sino cómo estaba la configuración interactiva de su cuenta (este punto se analizará en el segundo apartado de este capítulo).<sup>235</sup>

En ***Price v. New York City***, la Corte de distrito cuando comienza a analizar la defensa de que el bloqueo constituye discurso gubernamental toma como directriz y punto de partida el razonamiento de la Corte de distrito en *Knight v. Trump*,<sup>236</sup> en donde la Corte de distrito encontró que el presidente Trump era dueño y además controlaba dicha cuenta y que el bloqueo clasificaba como una acción del Estado. Sin embargo, la Corte de distrito tomó en cuenta que este “control” del gobierno no se extendía a los comentarios de la cuenta de Twitter. Ahora bien,

---

<sup>233</sup> Morgan v. Bevin at 6-7.

<sup>234</sup> Knight v. Trump at 10.

<sup>235</sup> Knight v. Trump at 10.

<sup>236</sup> Es importante aclarar que este precedente es la primera demanda ante la corte de distrito de Nueva York en 2018 y no la de 2019 ante la corte de apelaciones de Nueva York y es el que la mayoría de las cortes hacen referencia.



la Corte de distrito deja en claro que el presente caso tiene un contexto completamente diferente y que incluso el planteamiento de los argumentos por las partes es distinto.<sup>237</sup>

La Corte comienza con la famosa afirmación de *Pleasant*: “cuando el gobierno está ejerciendo su propio discurso, tiene permitido hablar por sí mismo y seleccionar los puntos de vista que desea expresar”.<sup>238</sup> Asimismo, señala el estándar que se aplicó en *Walker y Matal* para determinar si se trataba de discurso gubernamental o no:

- 1) ¿El gobierno ha utilizado este tipo de foro para comunicar su mensaje?
- 2) ¿El discurso está estrechamente identificado como del gobierno en el imaginario público?
- 3) ¿El gobierno tiene control directo sobre los mensajes transmitidos en dicho foro?<sup>239</sup>

En la aplicación del estándar, la Corte de distrito señala que no favorece al argumento del gobierno pues afirma que un “observador razonable” puede diferenciar entre los tweets de los gobernantes y aquellos comentarios que hacen usuarios, lo cual no forma parte del propio discurso de la ciudad. Además, de que los mensajes devienen de la cuenta personal de Twitter del demandante como el emisor de dichos mensajes.

Respecto a los otros dos elementos del estándar, la Corte explica que Twitter no es un lugar que ha sido utilizado por la ciudad para transmitir comúnmente sus mensajes, pues esto es algo novedoso y por lo tanto no están estrechamente relacionados con un discurso del gobierno. Asimismo, afirma que la ciudad no puede ejercer control directo sobre las publicaciones provenientes de la cuenta de Twitter del demandante.<sup>240</sup>

Uno de los casos que sin duda hace un análisis más exhaustivo sobre la doctrina del discurso gubernamental es *Leuthy v. LePage*. En principio la Corte parte de la afirmación que defiende esta doctrina: el discurso del propio gobernador es inmune a un escrutinio bajo la Primera Enmienda (esto bajo el precedente de *Matal*). No obstante, en lo que la Corte está en desacuerdo es que el gobernador haya estado en efecto ejerciendo discurso gubernamental. Específicamente,

---

<sup>237</sup> Price v. New York City at. 17.

<sup>238</sup> Price v. New York City at 19.

<sup>239</sup> Price v. New York City at 19.

<sup>240</sup> Price v. New York City at. 19-20.

la Corte no está de acuerdo en que “toda” la información que se encuentra en la página de Facebook de LePage es su propio discurso por dos razones. La primera es que hay ciertas publicaciones de los usuarios que pueden diferenciarse a las del gobernador, ya que están etiquetadas con el nombre de aquella persona. La segunda razón es que para la Corte no hay prueba de que el gobernador tuviera la intención de incorporar o adoptar los comentarios de los usuarios como parte de su propio discurso. En resumen, la Corte hace énfasis en que es completamente distinguible el discurso del gobernador al de los demás usuarios.

Una de las razones que ofreció la Corte en *Sutcliffe* para concluir que se trataba de discurso gubernamental era que de permitir ilimitadamente hipervínculos en la página web del gobierno podría llevar a inundarse y por lo tanto obstaculizar que el gobierno transmita su mensaje.<sup>241</sup> No obstante, la Corte considera que los hechos en ese precedente y el presente caso son distintos: en principio, en *Sutcliffe* se trataba de una página web del gobierno que solamente tenía un número finito de hipervínculos, aquí por el contrario la página de Facebook puede contener ilimitadamente publicaciones, comentarios, etc. Además, de que los demandantes señalaron que esto parecía más un conversatorio y no una página estática. Por ello no conceden que está preocupado de que debido a un hundimiento el gobernador no pueda transmitir su propio mensaje.

En el penúltimo caso analizado en el segundo capítulo *One Wis. Now v. Kremer*, la Corte de distrito de Wisconsin respecto al argumento de la doctrina de discurso gubernamental, es concisa afirmando que, si bien los tweets de los representantes pueden considerarse como discurso gubernamental, esto no significa que todo el discurso que se encuentra en sus cuentas de Twitter lo sea. En realidad, la Corte de distrito se concentra únicamente en la facilidad de distinción entre el discurso de los representantes de Wisconsin en su cuenta de Twitter y el de los comentarios y reacciones de otros usuarios.<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup> Recordando que esta pregunta la hacen las Cortes para descartar un análisis de foro.

<sup>242</sup> *One Wis. v. Kremer* at 10-11.

## **II. ¿Es adecuada la doctrina del discurso gubernamental para litigios en redes sociales?**

Como ya se explicó en el apartado anterior, al parecer los rasgos fundamentales y el entendimiento de la doctrina del discurso gubernamental se ha mantenido por las Cortes federales, incluso en estos novedosos casos que implican a un servidor público que decide bloquear a un usuario porque no comparte su punto de vista. Ahora bien, la cuestión entonces es determinar si la doctrina del discurso gubernamental resulta una manera adecuada para proteger la libertad de expresión en casos que acontecen en las redes sociales.

En principio, un paso previo para poder hacer un análisis de discurso gubernamental es determinar si un existe o no un acto del gobierno, a través de algún agente del Estado. Respecto a este punto, en realidad parece haber consenso entre las Cortes respecto a que un bloqueo por parte de un servidor público a un usuario en alguna red social equivale a una acción estatal, como se demuestra a continuación. Sin embargo, en donde parece vislumbrarse que existe un problema con la doctrina del discurso gubernamental es cuando existe la discusión de si el componente interactivo (de las cuentas de redes sociales) es o no un foro público y por lo tanto está sujeto a escrutinio bajo la Primera Enmienda. Si bien es cierto que únicamente uno de los siete casos que se presentaron en el capítulo segundo, considera como una aproximación adecuada la de la doctrina del discurso gubernamental para determinar si existió o no una violación a la libertad de expresión, el resto de las Cortes han optado por resolver bajo un análisis del foro, siendo el punto clave el componente interactivo de una cuenta del servidor público.

### **1. La doctrina de la acción estatal en redes sociales**

Una de las primeras preguntas (sino es que la primera) que las Cortes se realizan para poder adjudicar si un bloqueo de un servidor público en alguna red social va en contrario al derecho constitucional de la libertad de expresión es si dicho acto es parte de una acción estatal; pues como sabemos las redes sociales son espacios privados<sup>243</sup> y por lo tanto la cuestión de si una acción llevaba a cabo dentro de Twitter o Facebook constituye una acción estatal y por lo tanto posteriormente es cuando los servidores públicos pasan a argumentar que se trata de discurso gubernamental. Pues hay que recordar que en este tipo de casos una de las preguntas es si existe

---

<sup>243</sup> Gillespie, “Platforms are not intermediaries”, 198.

el suficiente control estatal sobre dichas cuentas.<sup>244</sup> Como ya se explicó en el primer capítulo de esta tesina, existen situaciones donde la propiedad o control no sea como tal ejercido por el gobierno por presentarse en un espacio privado. No obstante, la doctrina de la acción estatal ayuda a que una actividad privada pueda transformarse en una acción del gobierno por existir un nexo suficiente con el gobierno.<sup>245</sup>

En ***Davison v. Randall***, la Corte deja en claro que para presentar una reclamación bajo la Sección 1983,<sup>246</sup> el demandante tiene que probar que dicha violación constitucional ocurrió por una acción bajo el color de la ley o digamos, como una acción estatal. Ahora bien, la Corte de apelaciones afirma que, si bien no hay un procedimiento específico para determinar cuando existe o no una acción estatal, la Corte tiene que analizar la totalidad de las circunstancias para llegar a la conclusión de si la acción tiene un nexo suficientemente relacionado con el gobierno para que dicha acción (aunque se haya dado en un contexto privado) pueda verse como la del gobierno mismo.<sup>247</sup>

La Corte de distrito llega a la conclusión de que el bloqueo al usuario por parte de la presidenta Randall constituye una acción estatal por las siguientes razones: en principio, porque Randall creó y administró dicha cuenta para sus funciones como servidora municipal, pues la página servía como una herramienta para gobernar. Un ejemplo que brinda la Corte es que en ocasiones Randall, a través de su cuenta de Facebook, informaba al público sobre temas importantes de seguridad como por ejemplo respuesta ante una tormenta de nieve. Asimismo, el bloqueo (que es la acción reclamada) derivó y está conectado con su status de servidora pública, recordando que el comentario de Davison, que eventualmente tuvo como consecuencia el haber sido bloqueado, estaba relacionado con temas sobre las funciones oficiales de la presidenta Randall.<sup>248</sup>

En ***Knight v. Trump***, uno de los argumentos por parte del presidente Trump es que sus acciones dentro de sus redes sociales no pueden considerarse como una actuación bajo su capacidad

---

<sup>244</sup> Edward Flitter, “The Interactive Space: Adapting Public Forum Doctrine to meet the needs of the Cyber Age”, *Widener Law Review* (2020), 3.

<sup>245</sup> Flitter, 9.

<sup>246</sup> El prerequisite contenido en la Sección 193 es un sinónimo del requisito de una acción estatal para cuestiones de demandas bajo la décimo cuarta enmienda y su análisis es idéntico.

<sup>247</sup> *Davison v. Randall at 11.*

<sup>248</sup> *Davison v. Randall at 11-12.*

oficial, ya que la función de “bloqueo” está disponible para cualquier usuario que tenga una cuenta de Twitter. La Corte de apelaciones enfatiza que el hecho de que cualquier usuario pueda bloquear no es decisivo para la conclusión de que Trump se convierta en una persona privada. Por el contrario, la Corte determina que poniendo especial atención en la presentación de la cuenta de Trump en Twitter puede concluirse que no actuó en una capacidad de persona privada. Los factores de la presentación y comportamiento de la cuenta que toman en cuenta son fueron: i) la descripción de la cuenta (*Donald J. Trump, ‘45th President of the United States of America, Washington, D.C.*); ii) la misma concepción que el presidente Trump y su equipo tienen respecto a la cuenta como un medio para gobernar y comunicarse con sus gobernados y iii) la función que le da para comunicar e interactuar con el público, pero incluso con otros jefes de Estado sobre sus políticas.<sup>249</sup>

La Corte de distrito en *Leuthy v. LePage*, al igual que en los otros casos realiza un análisis de la totalidad de las circunstancias para resolver esta discusión. La Corte señala que la pregunta clave es si el actor al momento de llevar a cabo la acción (en este caso el bloqueo de la cuenta) lo hizo desde una posición de capacidad oficial o ejercitando sus responsabilidades como funcionario público.<sup>250</sup> Al igual que en *Knight v. Trump*, la Corte en este caso da peso importante a la presentación de la cuenta de Facebook, ya que el gobernador LePage explicaba que era su página oficial invocando su título de funcionario oficial (además de que esta cuenta estaba separada de su cuenta personal).

Un punto también interesante es que la Corte de distrito considera válido el argumento presentado por el gobernador de que dicha página tiene un fin de campaña electoral y que entonces de manera inevitable (pues no existe un principio que establezca un límite) podría dar pie a la existencia de litigios ilimitados relacionados con su cuenta de Facebook, por ser considerados acción estatal. No obstante, la Corte deja en claro que para resolver esta discusión lo relevante son los hechos específicos del caso y que en el presente caso por una cuestión de razonabilidad se puede inferir que la eliminación de comentarios y bloqueos a los demandantes constituye una acción estatal.

---

<sup>249</sup> *Knight v. Trump at 5.*

<sup>250</sup> *Leuthy v. LePage at 10.*

En conclusión, lo que puede desprenderse sobre este punto de la acción estatal es que existe un consenso por parte de las Cortes, respecto a que un bloqueo por parte de un servidor público en una red social, como Twitter o Facebook, equivale a una acción estatal. Pues las Cortes atinadamente reconocen que tras las actividades que llevan a cabo, el tipo de información que comparten e incluso la propia descripción de la cuenta, son elementos sustanciales para determinar que se trata de una actuación estatal y por lo tanto someter dicha acción a un análisis de constitucionalidad.

## **2. El componente del espacio interactivo y el traslape con la doctrina del foro**

Unas de las características novedosas, y que se presenta como común denominador en las resoluciones judiciales analizadas en el capítulo segundo, es que el punto decisivo para concluir que la doctrina del discurso gubernamental no aplica y por lo tanto no justifica el bloqueo es el debate del “espacio interactivo” de las cuentas de redes sociales de los servidores públicos. En este sentido, la razón es que parece haber un mayor traslape entre la doctrina del foro y la del discurso gubernamental.

En ***Davison v. Randall*** uno de los argumentos por parte de la presidenta Randall es que su página de Facebook no puede ser considerada como un foro público, pues como en el primer capítulo se ha señalado, bajo la Primera Enmienda los actores gubernamentales tienen estrictamente limitado regular discurso privado en foros públicos.<sup>251</sup> Aquí la discusión es si toda la página de Facebook de Randall constituye discurso gubernamental o no, pues como se expresó en el capítulo anterior la Corte de apelaciones reconoce que si bien las publicaciones iniciales hechas por Randall son en efecto parte de su discurso, los comentarios e interacciones por parte de los otros usuarios no. Para llegar a esta conclusión, el factor determinante para la Corte de apelaciones fue el componente interactivo<sup>252</sup> de la cuenta de Facebook. Siguiendo la línea de argumentación por parte de la Corte, lo interesante es que el análisis de la doctrina del discurso gubernamental pareciera quedar superado por este único elemento, sin importar que en efecto la página de la presidenta Randall tenga la intención de utilizar esa cuenta como un medio para comunicar sobre su mandato y presentar sus políticas.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> Davison v. Randall at 12.

<sup>252</sup> En las resoluciones judiciales lo manejan como “*interactive component*”.

<sup>253</sup> Davison v. Randall at 15.

Respecto al componente interactivo, la Corte de apelaciones es consciente de que, si bien no existen hasta ese momento precedentes por parte de SCOTUS o alguna Corte federal que resuelvan la cuestión de si una página en alguna red social constituye o no un foro público, la Corte en *Randall* señala que existieron aspectos en la página de Facebook de Randall de un foro público. La Corte de apelaciones pone especial énfasis en que el componente interactivo relacionado, el cual permite que cualquier usuario pueda comentar y tener acceso (es decir, que no existían como tal restricciones).<sup>254</sup>

Otro aspecto interesante que analiza la Corte de distrito es el componente interactivo desde la perspectiva de la presentación de la página de Facebook de la presidenta. La Corte señala que la página de Facebook de Randall contenía tres columnas<sup>255</sup> y que específicamente la columna del centro contenía un mensaje invitando a cualquier usuario a discutir sobre cualquier tema, por lo que ello significó que la presidenta Randall no guardo autoridad final para aprobar o no cada comentario que se realizará en la página por los usuarios.<sup>256</sup> Así, una vez que la Corte de apelaciones concluyó que el componente interactivo de la página de Facebook de la presidenta Randall equivale a un foro público, pasa a la discusión sobre qué tipo de foro es. No obstante, no considera del todo relevante dicha pregunta pues finalmente la prohibición de interacción a Davison que causó Randall equivale a una discriminación por punto de vista, la cual como se explicó en el primer capítulo está prohibida en todo tipo de foro.<sup>257</sup>

---

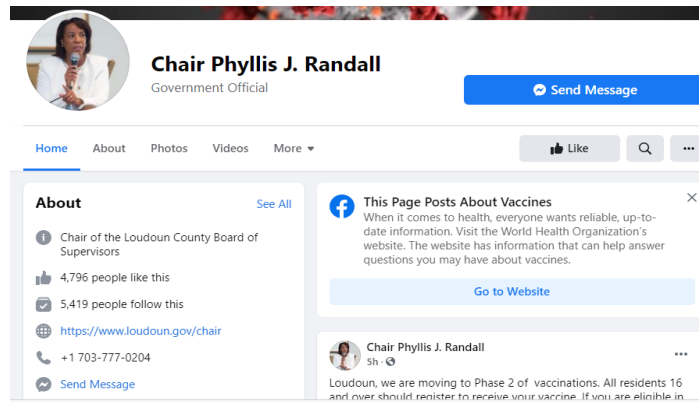
<sup>254</sup> Davison v. Randall at 12-13.

<sup>255</sup> La de la izquierda incluye distintos enlaces que permiten a usuarios navegar rápidamente por la página de Facebook de Randall; la columna central contiene publicaciones realizadas por Randall, así como cuestiones relacionadas a sus responsabilidades oficiales y finalmente la columna derecha identifica la cuenta como una cuenta gubernamental oficial, así como su teléfono de oficina y páginas que les da “like” y que sigue (Davison v. Randall at 6-7).

<sup>256</sup> Davison v. Randall at 16.

<sup>257</sup> Davison v. Randall at 16.

### Imagen 3



Fuente: cuenta de Facebook “Chair Phyllis J. Randall”.

En ***Morgan v. Bevin*** es interesante señalar que la Corte de distrito de Kentucky parte su análisis de una explicación de cómo opera Twitter y Facebook. En este sentido, explica en específico la configuración que tenía la página de Facebook del gobernador Bevin señalando que en principio esta fue creada con el único fin de que los usuarios pudieran responder a lo que el gobernador decidiera publicar.<sup>258</sup> Además, explica que el gobernador Bevin limitó la capacidad del público para poder interactuar en su página, pues añadió filtros automáticos respecto a comentarios que “contengan ciertas palabras, como los insultos y palabras clave que suelen aparecer en los comentarios fuera del tema y spam”.<sup>259</sup>

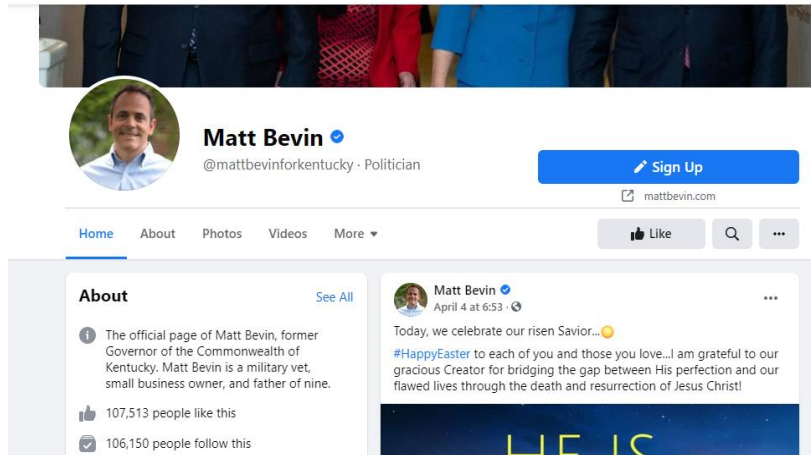
---

<sup>258</sup> *Morgan v. Bevin at 2.*

<sup>259</sup> *Morgan v. Bevin at 2.*



Imagen 4



Fuente: Facebook página oficial “Matt Bevin”.

Imagen 5



Fuente: Twitter página oficial del “Governor Matt Bevin (2015-2019)”.

En ***Knigh t v. Trump***, la Corte de apelaciones en principio reitera los descubrimientos por parte de la Corte de distrito respecto al espacio interactivo.<sup>260</sup> El espacio interactivo de los tweets del presidente Trump constituye un foro público para efectos de la Primera Enmienda. Dicho razonamiento está basado en que existe la posibilidad de que los usuarios interactúen de manera

<sup>260</sup> Es interesante que algunas cortes lo manejan como componente y otras como espacio interactivo de las cuentas en las redes sociales.

directa con el contenido de los tweets emitidos por Trump ya sea a través de un *like* o *retweet*. Lo anterior está construido a partir de dos afirmaciones: 1) no hay algo que sugiera que el espacio interactivo de la cuenta de Twitter sea incompatible con la actividad de expresarse y 2) el presidente Trump y su personal tenían configurada la cuenta con acceso abierto, es decir, que cualquiera podía acceder y sin restricción alguna.<sup>261</sup>

Otro de los aspectos relevantes (requisitos para aplicar el análisis de foro) que analiza la Corte de apelaciones es que el gobierno era quien controlaba la página de Twitter @realDonaldTrump (pues quiénes tenían acceso a la configuración de la cuenta y a otras funciones tal como la de bloquear era el presidente Trump y su personal), y además que era utilizada para llevar a cabo funciones gubernamentales.

Imagen 6



Fuente: BBC News

***One Wis. v. Kremer*** dedica un apartado interesante para analizar Twitter antes de entrar a la discusión de la aplicación de la doctrina del foro. Dentro de este análisis, pone especial atención en las capacidades interactivas de esta red social, ya que comienza por explicar las distintas interacciones que los usuarios en Twitter pueden realizar: *tweet*, *retweet*, *like* y comentar directamente en los tweets, *follow*, etc; además señala que estos mecanismos interactivos son controlados por el usuario que los emite.<sup>262</sup> A diferencia de los otros casos también analizados

<sup>261</sup> Knight v. Trump at 6.

<sup>262</sup> One Wis. v. Kremer at 4-5.

en el segundo capítulo, aquí expresamente la Corte reconoce que el demandante OWN al exigir que se declare una violación por discriminación por punto de vista al prohibir el acceso a la porción interactiva de las cuentas de los representantes en Twitter “presenta una novedosa cuestión de derecho para este tribunal: ¿es la parte interactiva de la cuenta de Twitter de un funcionario del gobierno un foro público designado?”<sup>263</sup>

Lo interesante es que pareciera ser que la parte interactiva de las cuentas de Twitter cambia automáticamente la discusión a la aplicabilidad de la doctrina del foro y así, la afirmación de que en efecto los tweets de los representantes son discurso gubernamental pasa a ser secundario. Así, la Corte de distrito (similar a las otras) reconoce que no existen precedentes que den respuesta a este punto; sin embargo, sigue la lógica de *Davison v. Randall* y *Knight v. Trump* y concluye que la excepción del discurso gubernamental no aplica pues las porciones interactivas de las cuentas de Twitter de los demandados se consideran como foros públicos designados.<sup>264</sup>

Imagen 7



Fuente: Twitter cuenta “Rep. Jesse Kremer (Retired)”.

<sup>263</sup> One Wis. v. Kremer at 7.

<sup>264</sup> One Wis. v. Kremer at 11.

En *Campbell v. Reisch*, la Corte de distrito en su análisis respecto a si el espacio interactivo es susceptible para un análisis de foro, comienza con los requisitos para ver si es aplicable en dicho espacio. Lo interesante es que las Cortes cuando analizan el espacio interactivo de las cuentas de los servidores públicos inevitablemente entran al análisis de foro. Además, menciona que la Corte de distrito en *Knight v. Trump* establece tres componentes dentro de cualquier cuenta en Twitter: i) el contenido de los tweets; ii) la línea de tiempo de los tweets y iii) el espacio interactivo de cada tweet. Al final, esta Corte de distrito menciona que cree en el razonamiento realizado en *Knight v. Trump* sobre la doctrina del foro y así considera que también por el espacio interactivo de la cuenta de Twitter de Reisch, la doctrina del foro aplica.<sup>265</sup>

En suma, de un análisis a las resoluciones judiciales del capítulo segundo, la doctrina del discurso gubernamental no es una manera adecuada para resolver casos sobre bloqueos en redes sociales por parte de servidores públicos. Esto porque si bien las Cortes reconocen que los tweets iniciales o las publicaciones en Facebook realizadas por los servidores públicos constituyen discurso gubernamental, el factor del componente interactivo, el cual permite a los usuarios comentar, darle “like” a la publicación, compartirla, etc., parece ser el punto de inflexión entre la doctrina del discurso gubernamental y la doctrina del foro público.

El problema es que estas dos doctrinas están en tensión, pues cada una proporciona un marco alternativo para la aproximación y regulación de cuentas gubernamentales en las redes sociales. Bajo un análisis de foro público, una cuenta de una red social controlada por algún actor gubernamental es considerado como un espacio para la actividad expresiva y, por lo tanto, no puede excluir a una persona por un punto de vista.<sup>266</sup>

Contrariamente, lo que sucede cuando se aplica la doctrina del discurso gubernamental, como ocurrió en *Morgan v. Bevin*, es que se considera que toda la cuenta del servidor público, incluido la acción de bloquear a un usuario, es parte de la imagen que desea promover, así como sus políticas. Entonces la explicación de un bloqueo bajo esta doctrina es que es el escudo del discurso gubernamental, permite a un servidor público bloquear a un usuario de su cuenta, que

---

<sup>265</sup> *Campbell v. Reisch at 3.*

<sup>266</sup> Benson, “@Publicforum”, 15.

no comparta su punto de vista, pues no quiere que se asocie con su discurso que busca promover.<sup>267</sup>

De lo que puede observarse tanto en la descripción de los casos en el capítulo segundo, como en este apartado es que la mayoría de las Cortes se han inclinado más por determinar que el componente interactivo es lo que hace a una cuenta de un servidor público un foro público designado y por lo tanto las lleva a concluir que excluir a un usuario por un punto de vista es inconstitucional. Ahora bien, en *Morgan v. Bevin*, la Corte de Kentucky decide resolver que el gobernador no violó la Primer Enmienda, ya que el bloqueo es parte del discurso gubernamental. Sin embargo, esta aproximación está apegada a una visión escéptica y resistente a aceptar que las redes sociales son un nuevo espacio para el debate público. Pues la misma Corte de Kentucky busca apegarse a la idea de que considerando que la doctrina del foro surgió por primera vez en calles, parques, etc., no debe aplicarse extensivamente a otros espacios de una “forma mecánica”.<sup>268</sup>

Así, puede vislumbrarse que la doctrina del foro público es la más adecuada para proteger el derecho a la libertad de expresión en este tipo de espacios por dos razones. La primera razón tiene que ver con la necesidad de atender a una visión moderna y consiente de la realidad sobre los nuevos espacios donde se lleva a cabo la discusión pública y la segunda razón es que, si bien es cierto que la SCOTUS aún no se ha resuelto un caso como estos, existen precedentes y casos resueltos que apoyan la conclusión de que estos espacios digitales, como lo son las redes sociales, estén sujetos a un análisis de la doctrina del foro. Por ejemplo, en *International Soc. For Krishna Consciousness, Inc. V. Lee*, el juez Kennedy reconoció la importancia de adaptar las doctrinas a los nuevos espacios donde se lleva a cabo la actividad expresiva para la protección de la libertad de expresión: “nuestra incapacidad para reconocer la posibilidad de que nuevos tipos de propiedad gubernamental pueden ser foros apropiados para la expresión conducirá a una seria restricción de nuestra actividad expresiva”.<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> Benson, “@Publicforum”, 15.

<sup>268</sup> Hargis v. Bevin, 5.

<sup>269</sup> International Soc. For Krishna Consciousness, Inc. v. Lee, 505 US 672, 698 (1992).

## CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES

Las redes sociales juegan un rol fundamental en la actualidad para la discusión pública y la interacción entre gobernantes y gobernados. Es por ello por lo que los casos relacionados con bloqueos a ciudadanos por parte de servidores públicos en sus cuentas de redes sociales han llegado hasta las Cortes, por considerarse una vulneración al derecho a la libertad de expresión protegido por la Primera Enmienda. Este trabajo planteó la interrogativa respecto a si la doctrina del discurso gubernamental resulta ser una manera adecuada para resolver casos de bloqueos por parte de servidores públicos en redes sociales. Derivado de un análisis de las resoluciones judiciales relevantes sobre este tema y a la luz de las doctrinas relevantes, la respuesta es que la doctrina del discurso gubernamental no es una manera adecuada para proteger la libertad de expresión en las redes sociales, pues tiene un mayor traslape con la doctrina del foro público. Así, las principales conclusiones del presente trabajo son las siguientes:

En primer lugar, la libertad de expresión es un derecho fundamental en una sociedad democrática, contemplado específicamente en el contexto del derecho estadounidense en la Primera Enmienda de su Constitución. Ahora bien, a raíz de la importancia de garantizar la protección a este derecho, las Cortes federales y en específico SCOTUS ha desarrollado un extenso repertorio de precedentes con doctrinas relacionadas a casos donde servidores públicos restringen a los ciudadanos expresarse. Una de estas doctrinas es la doctrina del foro, en donde espacios controlados por el gobierno que se abren con la finalidad de ejercer actividad expresiva sobre cuestiones públicas (algunos tipos de foros quizá sujetos a menor o mayor escrutinio) no pueden llevar a cabo exclusiones de oradores por discriminación por puntos de vista. Ahora bien, otra de las doctrinas creadas por SCOTUS es la del discurso gubernamental, que en efecto sirve de escudo para el gobierno para poder gobernar y no siempre permanecer neutral en situaciones donde tiene que favorecer un punto de vista para ejecutar o promocionar su política, es decir “gobernar”.

En segundo lugar y a raíz de la nueva realidad de interacción y la importancia que las redes sociales tienen en la discusión pública ha provocado que los gobernantes migren a estos nuevos espacios para llevar a cabo la discusión pública, interactuar con sus gobernados y en algunos casos ejercer sus obligaciones oficiales por estos medios. Ahora bien, empiezan a surgir

controversias que se originan en este tipo de espacios entre servidores públicos que bloquean a usuarios por motivos de discriminación por punto de vista. Esto representa un nuevo reto a las Cortes respecto a si las doctrinas que surgieron hace mucho tiempo y en contextos completamente distintos. Dos de las doctrinas tradicionalmente aplicadas por las Cortes para resolver conflictos entre casos de servidores públicos que impiden a personas expresarse en foros públicos son la doctrina del foro por un lado y por otro, la doctrina del discurso gubernamental.

En tercer lugar, el entendimiento y aplicación de la doctrina del discurso gubernamental se ha mantenido en sus rasgos más fundamentales en dos sentidos. Por un lado, la afirmación respecto a que el gobierno no está obligado a mantenerse neutral en situaciones en donde requiera “gobernar” es el punto de partida por parte de las Cortes. Por otro lado, el estándar con origen en precedentes para determinar cuándo se está o no frente a discurso gubernamental se ha mantenido y aplicado, a pesar de darse en un espacio relativamente nuevo, moderno, complejo, técnico y constantemente evolucionando.

En cuarto lugar, tras un análisis de las resoluciones judiciales del capítulo segundo de esta tesina a la luz de la doctrina de la libertad de expresión, puede concluirse que la doctrina del discurso gubernamental no es adecuada para garantizar el derecho a la libertad de expresión en casos relacionados con bloqueos por servidores públicos en redes sociales. Esto porque, existe un mayor traslape con la doctrina del foro público, siendo doctrinas que entran en tensión una con la otra, pues dependiendo de cual se aplique el resultado será distinto. En este sentido, parece ser que el “componente interactivo” de las cuentas de los servidores públicos en sus redes sociales, es el punto de inflexión que automáticamente desdibuja el discurso gubernamental de la creación de un foro público dentro de una cuenta de una red social.

Ahora bien, el presente trabajo busca invitar al lector o lectora a reflexionar respecto a cómo es que las redes sociales han cambiado el mundo en el que vivimos, incluso a cómo se imparte justicia desde las Cortes. La realidad es que la manera en la que nos relacionamos con nuestros gobernantes ha cambiado, pues parece ser que estos espacios privados como Twitter o Facebook se han convertido en los nuevos “foros públicos”, como la mayoría de las Cortes han concluido, al poner atención al componente interactivo de las cuentas de los servidores públicos en redes sociales.

Por lo tanto, considerar a las redes sociales como aptas para ser sometidas a un análisis de foro público, demuestra la necesidad de atender a una “interpretación jurídica valiente que necesitamos para garantizar los derechos previstos en la Constitución y que estos no se vuelvan obsoletos e ineficaces”.<sup>270</sup> Además, es fundamental seguir reflexionando sobre el tema, pues estos casos siguen ocurriendo. Por ejemplo, en abril de 2021 el Fiscal General de Texas, Ken Paxton, fue demandado debido a que bloqueó a nueve personas de su cuenta de Twitter por haberlo criticado a él y a sus políticas.<sup>271</sup> En este mismo sentido, la reflexión no solamente tiene que ir enfocada a las Cortes, sino a todas las ramas del gobierno para implementar regulación y algún tipo de guía sobre cómo los servidores públicos deben utilizar las redes sociales, considerando que son el nuevo “espacio público” de estos tiempos en el que se lleva a cabo el intercambio de ideas.

---

<sup>270</sup> Flitter, “The Interactive Space”, 19.

<sup>271</sup> “Critics Blocked from Paxton’s Twitter Account File Legal Challenge”, Knight First Amendment Institute, consultado el 7 de mayo de 2021, <https://knightcolumbia.org/content/critics-blocked-from-paxtons-twitter-account-file-legal-challenge>.



## BIBLIOGRAFÍA

- Abrams, Floyd. *The Soul of the First Amendment*. New Haven and London: Yale University Press, 2017. Apple Books.
- Amparo en revisión 1005/2019. Resuelto el 20 de noviembre de 2019 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Votación por unanimidad. Ministro ponente Eduardo Medina Mora y Juvenal Carbajal Díaz como Secretario.
- Benson, Sara J. “@Publicforum: The argument for a public forum analysis of government officials’ social media accounts”. *Washington University Jurisprudence Review*, (2019).
- Buck, Walter H. “Interpretations of Legal History”. *Virginia Law Review* 9, núm. 8 (junio 1993).
- Campbell v. Reisch, 2019 U.S. Dist. LEXIS 138881, 2019 WL 3856591 (United States District Court for the Western District of Missouri, Western Division August 16, 2019, Filed).
- Cato Institute. “La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América”. Consultado el 18 de octubre de 2020. <https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>.
- Chemerinsky, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. New York: Wolters Kluwer, 2015.
- Contreras Medrano, Sara Isela. “¿Puede un presidente bloquea usuarios de Twitter? El caso Knight Institute vs. Donald Trump”. *Derecho en Acción* (blog), 5 de noviembre de 2019, <https://derechoenaccion.cide.edu/puede-un-presidente-bloquear-usuarios-de-la-plataforma-twitter-el-caso-kinght-institute-vs-donald-trump/>.
- Cornell Law School. “State Action Requirement”. Legal Information Institute. Consultado el 11 de mayo de 2021. [https://www.law.cornell.edu/wex/state\\_action\\_requirement](https://www.law.cornell.edu/wex/state_action_requirement).
- D’Antonio, Joseph A. “Whose forum is it anyway: individual government officials and their authority to created public forums on social media”. *Duke Law Journal* 69 (2019).
- Davison v. Loudoun Cty. Bd. of Supervisors, 267 F. Supp. 3d 702, 2017 U.S. Dist. LEXIS 116208, 2017 WL 3158389 (United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division July 25, 2017, Filed).

Davison v. Plowman, 247 F. Supp. 3d 767, 2017 U.S. Dist. LEXIS 47157, 2017 WL 1164480 (United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division March 28, 2017, Filed).

Davison v. Randall, 912 F.3d 666, 2019 U.S. App. LEXIS 406, 2019 (United States Court of Appeals for the Fourth Circuit January 7, 2019, Decided).

Flitter, Edward. “STUDENT NOTE: The Interactive Space: Adapting Public Forum Doctrine to meet the needs of the Cyber Age”. *Widener Law Review* (2020).

Gillespie, Tarleton. “Platforms are not intermediaries”. *Georgetown Law Technology Review* (2018).

Global Freedom of Expression. “Packingham v. State of North Carolina”. Consultado el 1 de noviembre de 2020. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/packingham-v-state-north-carolina/>.

Graham, Alyssa. “The Government Speech Doctrine and its Effect on the Democratic Process”. *Suffolk University Law Review* 44, núm. 3 (2011).

Hargis v. Bevin, 298 F. Supp. 3d 1003, 2018 U.S. Dist. LEXIS 54428, 46 Media L. Rep. 1692, 2018 WL 1557300 (United States District Court for the Eastern District of Kentucky, Central Division March 30, 2018, Filed).

Hudson Jr., David L. “Public Forum Doctrine”. The First Amendment Encyclopedia. Consultado el 28 de febrero de 2021. <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/824/public-forum-doctrine>.

Hudson Jr., Davis L. “Substantial Government Interest”. The First Amendment Encyclopedia. Consultado el 12 de mayo de 2021. [https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1615/substantial-government-interest#:~:text=It%20represents%20a%20governmental%20interest,and%20\(3\)%20a%20tional%20basis](https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1615/substantial-government-interest#:~:text=It%20represents%20a%20governmental%20interest,and%20(3)%20a%20tional%20basis).

International Soc. For Krishna Consciousness, Inc. V. Lee, 505 US 672, 698 (1992).

Jaggi, Stephan. "State Action Doctrine". Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law en Oxford Constitutional Law. Consultado el 10 de noviembre de 2020. <https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e473>.

Jameel, Jaffer y Katie Fallow. "Official Censorship Should Have No Place in the Digital Public Square". *The New York Times*, 7 de abril de 2021. <https://www.nytimes.com/2021/04/07/opinion/trump-twitter-first-amendment.html>.

Killion, Victoria L. "The First Amendment: Categories of Speech". Congressional Research Service: IF11072, 16 de enero 2019. [The First Amendment: Categories of Speech \(fas.org\)](https://fas.org).

Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 2019 U.S. App. LEXIS 20265, 2019 WL 2932440 (United States Court of Appeals for the Second Circuit July 9, 2019, Decided).

Leuthy v. LePage, 2018 U.S. Dist. LEXIS 146894, 2018 WL 4134628 (United States District Court for the District of Maine August 29, 2018, Filed).

Lidsky, Lyriisa. "Public Forum 2.0". *University of Florida College of Law*, (2011).

Matal v. Tam, 137 S. Ct. 1744, 2017 U.S. App. LEXIS 3872 (Supreme Court of the United States).

Morris, Pamela L. and Susan H. Sarapin. "You can't block me: When social media spaces are public forums". *First Amendment Studies* 54, núm.1 (2020).

Norton, Helen. *The Government's Speech and the Constitution*. New York: Cambridge University Press, 2019. Kobo.

Nunziato, Dawn C. "From Town Square to Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital". GWU Legal Studies Research Paper No. 2018-40, George Washington University Law School, 2018.

One Wis. Now v. Kremer, 354 F. Supp. 3d 940, 2019 U.S. Dist. LEXIS 8828, 2019 Media L. Rep. 209, 2019 WL 266292 (United States District Court for the Western District of Wisconsin January 18, 2019, Filed).

Packingham v. North Carolina, 137 S. Ct. 1730, 198 L. Ed. 2d 273, 2017 U.S. LEXIS 3871, 85 U.S.L.W. 4353, 26 Fla. L. Weekly Fed. S 695, 66 Comm. Reg. (P & F) 1397, 2017 WL 2621313 (Supreme Court of the United States).

Pleasant Grove City v. Sumnum, 555 U.S. 460, 2009 U.S. App. LEXIS 1636 (Supreme Court of the United States).

Price v. City of New York, 2018 U.S. Dist. LEXIS 105815, 2018 WL 3117507 (United States District Court for the Southern District of New York June 25, 2018, Filed).

Roach v. Stouffer, 560 F.3d 860 (8<sup>th</sup> Cir. 2009), U.S. App. LEXIS 6479.

Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va., 515 U.S. 819, 829 (1995).

Rust v. Sullivan, 500 US 173 (1991).

Sutcliffe v. Epping Sch. Dist., 584 F.3d 314, 2009 U.S App. LEXIS 20650.

Valencia Ortega, Anna Priscila. Uso del derecho foráneo en cortes nacionales como fuente de derecho. *Blog del Centro de Estudios Constitucionales*, 24 de septiembre de 2020. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/uso-del-derecho-foraneo-en-cortes-nacionales-como-fuente-del-derecho>.

Walker, Chairman. Texas Department of Motor Vehicles Board et al. v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc. et al., 576 U.S. (2015).

Weinstein, James. “A Brief Introduction to Free Speech Doctrine”. *Arizona State Law Journal* 20, núm. 2 (Verano 1997).

Wiener, Jason. “NOTE: SOCIAL MEDIA AND THE MESSAGE: FACEBOOK, FORUMS AND FIRST AMENDMENT FOLLIES”. *Wake Forest Law Review* 55, núm. 217 (primavera 2020).

Wootson Jr., Cleve R. “Trump says his Tweets are ‘modern day presidential.’ We checked with other modern-day leaders”. *The Washington Post*, 2 de julio de 2017. <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/07/02/trump-says-his-tweets-are-modern-day-presidential-we-checked-with-other-modern-day-presidents/>.

Zumbansen, Peer. "Carving Out Typologies and Accounting for Differences Across Systems".  
En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michel  
Rosenfeld y Andres Sajo. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012.