



CELE

Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información

Documento
de Trabajo

60

A propósito de la metáfora de las redes sociales como foro público en los Estados Unidos

Matías González Mama

Julio 2024

Matías González Mama, A propósito de la metáfora de las redes sociales como foro público en los Estados Unidos, Reporte técnico N° 60, Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Buenos Aires (2024).

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Libertad
de Expresión y Acceso a la Información

UP
**Universidad
de Palermo**

A propósito de la metáfora de las redes sociales como foro público en los Estados Unidos*

Matías González

Free speech is the bedrock of a functioning democracy, and Twitter is the digital town square where matters vital for the future of humanity are debated.¹

E. Musk

Lo que en la democracia ateniense fue el ágora, la plaza pública a la que se iba para ver y escuchar a los demás, lo constituyen hoy los periódicos impresos, las televisiones, las radios y los blogs y todo el abigarrado complejo de internet.

F. Savater

I. Introducción

La utilización de metáforas para explicar o ejemplificar conceptos abstractos o complejos no es algo novedoso. Ya en el siglo IV a.C., en su obra *La República*, Platón recurrió a la utilización de diversas metáforas en la famosa alegoría de la caverna para explicar la relación de las personas con el conocimiento y la verdad. La utilización de metáforas para hablar del conocimiento no es casual. Estas pueden funcionar como herramientas útiles que facilitan el entendimiento y, por lo tanto, tienen un valor cognitivo.² En particular porque “la esencia de la metáfora es comprender y experimentar un tipo de cosa en términos de otra”.³

* El autor quiere agradecer a Ramiro Álvarez Ugarte por sus valiosos comentarios y observaciones.

¹ Disponible en: <https://twitter.com/elonmusk/status/1518677066325053441>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

² Lakoff, George y Johnson, Mark, *Metaphors We Live By*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980.

³ *Ibid.*

De hecho, como explican George Lakoff y Mark Johnson:

La metáfora es para la mayoría de la gente un recurso de la imaginación poética y el florecimiento retórico, una cuestión de lenguaje extraordinario más que ordinario (...) una cuestión de palabras más que de pensamiento o acción, por esta razón la mayoría de la gente piensa que pueden arreglárselas perfectamente sin metáforas (...). [Sin embargo] la metáfora está omnipresente en la vida cotidiana, no solo en el lenguaje sino también en el pensamiento y la acción. Nuestro sistema conceptual ordinario, en términos del cual pensamos y actuamos, es fundamentalmente de naturaleza metafórica.⁴

Este último punto es importante porque nos permitirá entender de qué manera operan las metáforas conceptualmente y, de este modo, evitar caer en la tentación de pensarlas meramente como operaciones del lenguaje que vinculan dos elementos no metaforizados originalmente.⁵ Como mencionamos anteriormente, los autores expresan que nuestro sistema conceptual es metafórico por naturaleza, por lo tanto nuestro pensamiento está estructurado por metáforas. Por ejemplo, Lakoff y Johnson nos invitan a pensar en la expresión metafórica “el tiempo es dinero”. Vemos que allí el concepto “tiempo” está vinculado a otro concepto, “dinero”, y que de esa vinculación se derivan otras expresiones, tales como: malgastar el tiempo, ganar tiempo, dar tiempo, invertir tiempo, quedarse sin tiempo, etc. Estas expresiones nos permiten ver que el tiempo en nuestra sociedad occidental parece ser una mercancía que puede ser utilizada para perseguir otros fines. Lo interesante es que al actuar como si el tiempo fuera una mercancía, concebimos al tiempo de ese modo y, por ende, vivenciamos y experimentamos al tiempo en esa clave. Si el tiempo es dinero, entonces, es un recurso limitado y, por lo tanto, es una mercancía valiosa, que debe ser cuidada. Vemos de esta manera que la metáfora “el tiempo es dinero” condiciona y da forma a nuestra experiencia del tiempo.

Asimismo, si bien la metáfora nos permite comprender un aspecto de un concepto en términos de otro, también “oculta” otros aspectos del concepto que son inconsistentes con esa metáfora. Es decir, la metáfora tiene una operación doble: así como puede ayudarnos a comprender o arrojar luz sobre un determinado

⁴ *Ibíd.*

⁵ Esta vinculación no es necesaria, en el sentido de que podría ser otra la vinculación o directamente no existir.

concepto, también puede ocultar o velar aspectos. Volveremos sobre el tema del ocultamiento más adelante.

La misma sistematicidad que nos permite comprender un aspecto de un concepto en términos de otro (por ejemplo, comprender un aspecto de una discusión en términos de una batalla) necesariamente ocultará otros aspectos del concepto. Al permitirnos centrarnos en un aspecto de un concepto (por ejemplo, los aspectos conflictivos de la discusión), un concepto metafórico puede impedirnos centrarnos en otros aspectos del concepto que son inconsistentes con esa metáfora (la discusión como construcción colaborativa). De hecho, el significado de una metáfora no está dado solo por la relación entre los conceptos, sino también por el contexto o campo sobre los que estos se erigen y por los significados de las palabras y oraciones que las componen.⁶

Quizá esto nos permita comprender por qué las metáforas abundan tanto en el campo del derecho y, particularmente, en las discusiones sobre el derecho a la libertad de expresión.⁷ De hecho, como advierte Roberto Saba, al analizar tres metáforas específicas sobre la libertad de expresión, estas contienen presupuestos sobre un determinado tipo de ejercicio de la libertad de expresión y una concepción particular de la democracia que puede privilegiar la autonomía particular, por un lado, o el autogobierno colectivo, por el otro. En este sentido, las metáforas además de tener función retórica y cognitiva, también tienen implicancias jurídicas que delimitan el margen de acción de las personas y del Estado. En el presente trabajo, se abordará en profundidad una metáfora que ha ido cobrando relevancia en los últimos años y que ha sido replicada tanto por académicos y académicas, como por jueces, por Gobiernos y por empresas privadas, esto es: la redes sociales como los nuevos foros públicos o plazas públicas.

En particular, el objetivo de este trabajo es precisar el alcance de la doctrina del foro público en los Estados Unidos y evaluar su aplicabilidad a las redes sociales. Si bien esta investigación es realizada desde América Latina, el enfoque en los Estados Unidos se justifica por dos razones. En primer lugar, una de las primeras referencias explícitas a las redes sociales como foros públicos surgió en los Estados Unidos. En segundo lugar, los Estados Unidos cuenta con un sólido marco jurisprudencial sobre la doctrina del foro público, donde se han analiza-

⁶ Lakoff y Johnson, *supra* nota 2.

⁷ Saba, Roberto, "Las metáforas de la libertad de expresión. Estudio preliminar", *Libertad de expresión: un ideal en disputa*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2021.

do exhaustivamente sus matices y complejidades. Estas perspectivas pueden ser valiosas para enriquecer los debates sobre la libertad de expresión en internet en América Latina y, en especial, para entender por qué cada vez nos encontramos, tanto a nivel mediático como académico, con referencias a las redes sociales como los nuevos foros públicos o plazas públicas.

Primero, se analizará qué función cumple esa metáfora en el derecho, qué características tienen los espacios denominados como foros públicos y, particularmente, cómo circula (o debería circular) el discurso en estos. La sección se basa en un análisis de la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde este concepto tuvo más desarrollo. En la siguiente sección se discutirán los diversos casos en los que la metáfora de las redes como foro público ha sido utilizada. El objetivo de esa revisión es identificar si existen homogeneidades en su uso o si adoptan sentidos específicos según el caso en particular. En la última sección se analizará si la metáfora se ajusta o no a aquello que intenta metaforizar y si existen posibles ajustes o desajustes en el alcance de la metáfora. El ejercicio tiene la intención de iluminar las implicancias que tiene pensar a las redes sociales como un foro público, específicamente para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la deliberación en una sociedad democrática. El objetivo último del trabajo implica determinar si esta metáfora realiza aportes sustantivos para las discusiones sobre la regulación del discurso en línea.

II. La doctrina del foro público en los Estados Unidos

La doctrina del foro público ha sido desarrollada en extenso por el derecho constitucional de los Estados Unidos. Se caracteriza por ser un espacio abierto para que los ciudadanos y las ciudadanas se expresen libremente bajo el derecho consagrado en la Primera Enmienda de la Constitución de ese país. Según esta doctrina, existen distintos tipos de foros públicos con características diferentes que modifican las condiciones para que la expresión pueda ser realizada. Al final de este trabajo se incluye un cuadro con un resumen de la tipología de los foros públicos que se describirán a continuación.

Primero, podemos mencionar a los “foros públicos tradicionales” como las calles, las veredas y los parques (podríamos evocar aquí la imagen del ágora en la Grecia antigua). Allí, se supone que cualquiera puede expresarse libremente dentro de los límites que le otorga la Primera Enmienda y, por lo tanto, no puede

verse impedido de ejercer este derecho puesto que el discurso público debe circular. Asimismo, tampoco puede verse limitado el contenido expresado en estos foros, salvo cuando “su regulación [sea] necesaria para servir a un interés estatal imperioso y que [esté] estrechamente orientada a lograr ese fin”.⁸ En los foros públicos, el Estado puede regular cuestiones sobre el “tiempo, el lugar y la forma de la expresión siempre que lo haga de manera neutral en cuanto al contenido, estén diseñadas estrictamente para servir a un interés gubernamental significativo y dejen abiertos amplios canales alternativos de comunicación”.⁹ Las restricciones basadas en el contenido deben pasar la prueba del escrutinio estricto y aquellas basadas en puntos de vista u opinión están prohibidas.¹⁰

En segundo lugar, están los “foros públicos designados”. En estos, el Gobierno interviene al crear un foro no tradicional para que el discurso público pueda ser expresado. En estos casos, el Gobierno decide abrir intencionalmente una propiedad (que no era tradicionalmente de acceso público) para que el público pueda expresarse. El Gobierno no se encuentra obligado “a crear dicho foro ni a mantenerlo abierto, pero mientras dicho foro esté abierto, el Gobierno está sujeto a las mismas limitaciones que se aplican en un foro público tradicional”.¹¹ Podemos mencionar como ejemplos la habilitación de un auditorio municipal o teatro para que el público pueda expresarse. Las restricciones posibles son similares a las del foro público tradicional.

En tercer lugar, la doctrina distingue a los “foros públicos limitados”, es decir, aquellos espacios creados para la deliberación ciudadana que no son públicos, pero que el Gobierno designa específicamente abiertos para ciertos grupos de personas o temas en específico. En estos casos, el Gobierno establece restricciones iniciales de acceso a ese foro en función de la temática o del hablante. Son ejemplo de este tipo de foros “las instalaciones de escuelas públicas durante el horario escolar y el interior de un ayuntamiento”.¹² Allí, el Gobierno puede imponer restricciones a la actividad expresiva siempre que estas sean neutrales desde el punto de vista y razonables a la luz del propósito del foro. Una vez que una entidad gubernamental abre un foro público limitado a ciertos oradores o temas, “debe respetar los límites

⁸ Nickodem, Kristi y Wilson, Kristina, “Responding to First Amendment Audits: What is a ‘Forum’ and Why Does it Matter?”, en: *Coates’ Canons NC Local Government Law*, 2022.

⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Frisby vs. Schultz”, sentencia del 27 de junio de 1988, 487 U.S., 474.

¹⁰ Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Octavo Circuito, “Minnesota Voters Alliance vs. Mansky”, sentencia del 14 de junio de 2018, 585 U.S.

¹¹ Nickodem y Wilson, *supra* nota 8.

¹² *Ibid.*

legales que ella misma ha establecido”. Sin embargo, el Gobierno no está obligado a crear un foro público limitado ni a mantenerlo abierto a actividades expresivas indefinidamente. Algunos consideran que este tipo de foros son una derivación de los llamados “no públicos”, la última categoría que hace parte de la doctrina.

En efecto, en estos casos nos encontramos ante un espacio que ni por tradición ni por designación ha sido considerado un foro para la comunicación pública. Más aún, abrir el foro no público a la conducta expresiva de alguna manera interfiere con el uso objetivo y el propósito al que la propiedad ha sido dedicada.¹³ Por ello, el Gobierno tiene mucha más flexibilidad para elaborar reglas que limiten la expresión y puede reservar dicho foro para los fines previstos, comunicativos o de otro tipo, siempre que la regulación sobre la expresión sea razonable y no constituya un esfuerzo por suprimir la expresión simplemente porque las funcionarias y los funcionarios públicos se opongan al punto de vista¹⁴ del hablante.¹⁵ El “control sobre el acceso a un *foro no público* puede basarse en el tema e identidad del hablante, siempre que las distinciones establecidas sean razonables a la luz del propósito perseguido por el foro y neutrales desde el punto de vista”.¹⁶ De hecho, un tribunal de los Estados Unidos falló a favor de la Universidad de Virginia luego de que esta le negara financiamiento a través del Fondo de Actividades Estudiantiles (FAE)¹⁷ a una organización religiosa de estudiantes. El tribunal consideró que el FAE era un “foro no público” y no un foro público limitado. Además, sostuvo que la denegación de financiamiento era razonable debido a que la universidad contaba con pocos fondos para desembolsar y que, además, lo había hecho con el objetivo de obedecer los mandatos constitucionales federales y estatales de neutralidad religiosa. Sin embargo, esta postura fue contradicha posteriormente por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito. Allí el tribunal consideró que la universidad había discriminado a los y a las estudiantes y que el FAE era en realidad un foro público limitado por lo que “una vez que se ha abier-

¹³ Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, “Warren vs. Fairfax County”, sentencia del 9 de junio de 1999, 196, F.3d 186.

¹⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Perry Educ. Ass’n vs. Perry Educators’ Ass’n”, sentencia del 23 de febrero de 1983, 460 U.S., 37.

¹⁵ Corte de Apelaciones del Octavo Circuito de los Estados Unidos, “Minnesota Voters Alliance vs. Mansky”, *supra* nota 10.

¹⁶ El resaltado es mío. Corte Suprema de los Estados Unidos, “Cornelius vs. NAACP Legal Def. & Educ. Fund”, sentencia del 2 de julio de 1985, 473 U.S., 788-806.

¹⁷ El FAE había sido creado con la finalidad de asignar financiamiento a organizaciones cuyo propósito fuese consistente con la misión educativa de la universidad. El FAE le cobraba una tarifa obligatoria a cada estudiante de tiempo completo de la universidad. Salzberg, Mark Daniel, “Rosenberger vs. Rector & Visitors of the University of Virginia: The Myth of the Content Neutral Establishment Clause”, en: *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Vol. 6, N° 2, 1996, disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=iplj>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

to un foro limitado, el Estado debe respetar los límites legales que él mismo ha fijado (...) no podrá excluir la expresión cuando su distinción no sea ‘razonable a la luz del propósito perseguido por el foro’¹⁸

Vemos aquí que la propiedad del espacio que funciona como foro es importante, puesto que, como han identificado los tribunales en los Estados Unidos, la propiedad pública se convierte en un “foro no público” cuando “el propósito de la propiedad es realizar o facilitar asuntos gubernamentales, y no proporcionar un foro para la audiencia pública”.¹⁹ Algunos ejemplos que los tribunales han considerado como este tipo de foro son: las oficinas de empleados gubernamentales, el interior de los lugares de votación, los buzones de correo de los maestros de escuelas públicas, las áreas de vestíbulo de los edificios gubernamentales, las terminales de aeropuertos operados públicamente y las bases militares, entre otros.²⁰

Entonces, de acuerdo al derecho de los Estados Unidos, según cómo se designe a un foro serán las obligaciones y las potestades que el Estado tendrá respecto de ellos. A grandes rasgos, podemos decir que en los “foros públicos tradicionales” y en los “foros públicos designados” se permiten restricciones en cuanto al tiempo, al lugar y a la forma de expresión, siempre que estas sean neutrales en cuanto al contenido, estén diseñadas estrictamente para servir a un interés gubernamental significativo, y dejen abiertos amplios canales alternativos de comunicación. Cuando se regula el contenido, los requisitos para que las restricciones sean válidas se vuelven más gravosos: el interés gubernamental ya no deberá ser significativo, sino necesario o imperioso (*compelling*) y la restricción deberá ser “muy estrictamente diseñada” para cumplir con el escrutinio estricto. En los “foros públicos limitados” o en los “foros no públicos” se permiten restricciones a la expresión siempre que sean neutrales en relación al punto de vista y sean razonables a la luz del propósito del foro.²¹

El caso “Pruneyard”, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, es importante para analizar la metáfora, objeto del presente trabajo. En este caso, un grupo de estudiantes de secundario ubicaron un stand en la puerta del centro comercial Pruneyard con el objetivo de reunir firmas para una petición en con-

¹⁸ Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos, “Rosenberger vs. Rector & Visitors of the Univ. of Va.”, sentencia del 29 de junio de 1995, 515 U.S., 819, 829.

¹⁹ Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Oeste de Washington en Seattle, “Freedom Found. vs. Sacks”, sentencia del 4 de mayo de 2021, caso N° 3:19-cv-05937-BJR.

²⁰ Nickodem y Wilson, *supra* nota 8.

²¹ *Ibid.*

tra de una resolución de las Naciones Unidas sobre el sionismo. Los guardias del centro comercial les pidieron a los y las estudiantes que se retiraran porque no contaban con la autorización de los dueños del centro comercial. Posteriormente, los y las estudiantes demandaron a Pruneyard por considerar que se había visto afectado su derecho a la libertad de expresión bajo la Constitución de California. El Tribunal Superior del Condado de Santa Clara falló en contra de los y las estudiantes, luego la Corte Suprema de California revirtió esta decisión y, finalmente, por apelación del centro comercial que consideró afectado sus derechos bajo la Primera Enmienda (al obligar al centro comercial a permitir un cierto tipo de discursos en sus instalaciones), el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este tribunal mantuvo la decisión de la Corte Suprema estadual. Según la Constitución de California, las personas pueden ejercer pacíficamente su derecho a la libertad de expresión en partes de los centros comerciales privados que regularmente se mantienen abiertas al público, sujeto a regulaciones razonables adoptadas por los centros comerciales. Esta protección mayor a la ofrecida por la Primera Enmienda federal es compatible con el derecho federal, siempre y cuando esos derechos estaduales no infrinjan ningún derecho constitucional federal. En el presente caso, el tribunal consideró que permitir que los y las estudiantes se expresaran en torno al centro comercial no obligaba a Pruneyard a hablar o a sostener un cierto tipo de discurso como propio.²²

III. Las redes sociales como foros públicos o plazas públicas

1. Jurisprudencia y legislación en los Estados Unidos

Como puede verse de las citas de la sección anterior, la jurisprudencia estadounidense sobre foros públicos es extensa y de larga data. Sin embargo, la aparición de la metáfora de las redes sociales como foro público en las decisiones judiciales es algo relativamente novedoso.

En el caso “McCullen vs. Coakley” de 2014 estaba en discusión la creación, por parte de la Legislatura del estado de Massachusetts, de *buffer zones* de 35 pies alrededor de las entradas, salidas y accesos de las clínicas de aborto en dicho estado. Eleanor McCullen, quien solía ir a ofrecer ayuda y apoyo religioso a las mujeres que concurrían a los centros de aborto, consideró que esta restricción

²² Whitney, Heather, “Search Engines, Social Media, and the Editorial Analogy”, *The Perilous Public Square*, Nueva York, Columbia University Press, 2020.

afectaba de manera ilegal su derecho a la libertad de expresión por lo que, junto a otros y otras demandantes, demandó al estado de Massachusetts. El caso llegó hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos que falló a favor de la demandante por considerar que la ley era inconstitucional. Si bien la Corte observó que la ley no estaba basada ni en el contenido ni en el punto de vista y, por lo tanto, no era necesario analizarla bajo la luz del escrutinio estricto, sí consideró que no estaba diseñada estrictamente para cumplir con un interés estatal significativo puesto que restringía la expresión más de lo necesario para promover dicho interés. Más allá de los hechos del caso, esta decisión es importante a los objetos de la presente investigación porque menciona de manera incidental a las redes sociales como sitios web. En un párrafo, la Corte dice que “no es casualidad que las calles y aceras públicas se hayan convertido en espacios para el intercambio de ideas. Incluso hoy en día, siguen siendo uno de los pocos lugares donde un orador puede estar seguro de que está no simplemente dirigiéndose a quienes concuerdan con él. En otros medios de comunicación, al enfrentarse un individuo a un mensaje incómodo siempre puede cambiar página, de canal o *salir del sitio web*. No así en la vía pública y aceras. Allí, el oyente se encuentra frente a un discurso que de otro modo podría ignorar (...) esto es una virtud”.²³ La afirmación incluida en este *obiter dicta* sugiere que el tribunal no estaba dispuesto, en ese entonces, a alcanzar a internet con la metáfora bajo análisis.

El primer caso en el que sí se utilizó la metáfora de las redes sociales como foros públicos fue en “Packingham vs. North Carolina” de 2017. Allí, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos dictaminó que un estatuto del estado de Carolina del Norte, que prohibía a los delincuentes sexuales registrados utilizar redes sociales, era inconstitucional por violar la Primera Enmienda. La Corte expresó que las “redes sociales permiten a los usuarios acceder a información y comunicarse entre sí sobre cualquier tema que se les ocurra. De un plumazo, Carolina del Norte impide el acceso a lo que para muchos son las principales fuentes para conocer la actualidad, consultar anuncios de empleo, hablar y escuchar en la *plaza pública moderna*, y explorar de otro modo los vastos reinos del pensamiento humano y conocimiento”.²⁴ Y continúa, “una regla básica, por ejemplo, es que una calle o un parque son foros por excelencia para el ejercicio de los derechos de

²³ El resaltado es mío. Corte Suprema de los Estados Unidos, “McCullen vs. Coakley”, sentencia del 26 de junio de 2014, 573 U.S., 464, 12-1.168.

²⁴ El resaltado es mío. Corte Suprema de los Estados Unidos, “Packingham vs. North Carolina”, sentencia del 19 de junio de 2017, 582 U.S., 98.

la Primera Enmienda (...). Si bien en el pasado puede haber habido dificultades para identificar los lugares más importantes (en un sentido espacial) para el intercambio de opiniones, hoy la respuesta es clara. Es el ciberespacio –los ‘vastos foros democráticos de internet’ (...) y las redes sociales en particular”.²⁵ Esta comparación es interesante puesto que si bien nos encontramos ante una metáfora en la que las redes sociales son vistas como calles o parques, no queda en claro si se trata de un giro retórico descuidado o la invocación, aunque sea en forma tentativa, de la doctrina del foro público. Más aún, a diferencia de “McCullen vs. Coakley”, esta decisión parece privilegiar el lugar que ocupan las redes sociales en torno al ejercicio de la libertad de expresión y la deliberación democrática.²⁶

Otro caso relevante es “Davison vs. Loudoun County Board of Supervisors *et al.*”²⁷ de 2017. En esta ocasión, nos encontramos ante una disputa entre la demandada, Phyllis Randall, presidenta de la Junta de Supervisores del Condado de Loudoun y el demandante, Brian Davison. Randall habría prohibido a Davison acceder a su página de Facebook titulada “Presidenta Phyllis J. Randall” después de que Davison publicara comentarios en un foro en línea que para la demandada constituían “calumnias”. Davison argumentó que dicha prohibición violaba su derecho a la libertad de expresión bajo la Primera Enmienda. La Corte de Distrito de Virginia estuvo de acuerdo con Davison y expresó que Randall había actuado en su capacidad gubernamental al albergar un foro de Facebook abierto al público y que, al prohibir solamente a Davison, había efectuado una discriminación basada en puntos de vista. El tribunal no indagó en qué tipo de foro público se trataba puesto que la prohibición de discriminar por el punto de vista es algo que se encuentra prohibido en todos los foros.²⁸ No obstante, el tribunal también mencionó que su decisión no debía interpretarse como una prohibición a que las funcionarias y los funcionarios públicos moderen los comentarios en sus redes sociales o que cuando lo hagan siempre constituirá una violación a la Primera Enmienda. En ese sentido, expresó que cierto grado de moderación es necesaria para preservar los foros útiles para el intercambio de ideas.

Uno de los casos que más relevancia cobró en los últimos años fue el de “Knight First

²⁵ El resaltado es mío.

²⁶ Franks, Mary Anne, “Beyond the Public Square: Imagining Digital Democracy”, en: *The Yale Law Journal Forum*, Vol. 131, 2021, pp. 427-52; Whitney, *supra* nota 22.

²⁷ Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia, “Davison vs. Loudoun County Board of Supervisors *et al.*”, sentencia del 25 de julio de 2017, 42 U.S.C., § 1983.

²⁸ *Ibid.*

Amendment Institute vs. Trump”²⁹ de 2019. Los hechos del caso fueron los siguientes: el entonces presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, bloqueó su cuenta personal de Twitter (@realDonaldTrump) a un grupo de siete usuarios. Como consecuencia, estos usuarios ya no podrían ver sus tuits ni tampoco responderlos. Dichos usuarios, representados por el Knight First Amendment Institute (KFAI) de la Universidad de Columbia (que también actuó como parte en el proceso), demandaron a Trump por considerar que sus acciones violaban la Primera Enmienda. Primero, por considerar que la cuenta personal de Twitter del presidente de los Estados Unidos era un “foro público”³⁰ y, segundo, porque en los foros públicos está prohibido discriminar en función de los puntos de vista.³¹ Trump argumentó que poseía esa cuenta desde 2009 y que, al tratarse de su cuenta privada, no se veía alcanzada por las exigencias de la Primera Enmienda. No obstante, el KFAI argumentó que no solo se veía afectado el derecho a la libertad de expresión de los usuarios bloqueados, al no poder acceder al contenido en la cuenta del presidente, sino que también se veía afectada la dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión del resto de los ciudadanos y de las ciudadanas, los y las que se verían privados de escuchar voces críticas al Gobierno.³² En Primera Instancia, en mayo de 2018, la jueza entendió que la cuenta personal de Donald Trump era una cuenta oficial y que, al ser un “foro público designado”, no podía bloquear a usuarios en función de su orientación política. El Gobierno apeló esta decisión y, en 2019, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos sostuvo la decisión del tribunal inferior.

A su vez, ese mismo año, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió un caso relevante aunque no sobre redes sociales: “Manhattan Community Access Corp. vs. Halleck”. Aquí se discutió si una estación de televisión abierta al público podía ser considerada como un actor estatal y, por lo tanto, estar sujeta a las restricciones de la Primera Enmienda.³³ La Corte de Apelaciones del Segundo

²⁹ Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, “Knight First Amendment Institute vs. Trump”, sentencia del 9 de septiembre de 2019, 928, F.3d 226.

³⁰ Por ejemplo, en su demanda de medidas cautelares y declaratorias el KFAI expresó que: “Because of the way the President and his aides use the @realDonaldTrump Twitter account, the account is a public forum under the First Amendment”.

³¹ Whitney, *supra* nota 22.

³² Beck, Melinda, “Knight Institute vs. Trump”, Knight First Amendment Institute at Columbia University, 2021, disponible en: <https://knightcolumbia.org/cases/knight-institute-v-trump>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

³³ Este no es el primer caso en el que la Corte Suprema de Estados Unidos se ha visto en la posición de tener que decidir qué tipo de obligaciones tienen los operadores privados de cable cuando tienen concesionado un servicio. En “Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. vs. FCC” la SCOTUS (por sus siglas en inglés para Supreme Court of the United States) llegó a una decisión muy controvertida y dividida con seis opiniones separadas. Para un análisis detallado del caso ver: S.L.S., “Pluralism on the Bench: Understanding Denver Area Educational Telecommunications Consortium vs. FCC”, en: *Columbia Law Review*, Vol. 97, Nº 4, 1997, pp. 1,182-1,201, disponible en: <https://doi.org/10.2307/1123319>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

Circuito de los Estados Unidos falló a favor de los demandantes y expresó que el canal de acceso público de la ciudad de Nueva York era un “foro público”. Como la ciudad había delegado la autoridad para administrarlo a una organización privada sin fines de lucro –la Manhattan Community Access Corporation–, la estación había actuado como una organización gubernamental y, por lo tanto, debía respetar los derechos consagrados en la Primera Enmienda de sus usuarios y usuarias. No obstante, esta decisión fue revertida por la SCOTUS (ver pie de página 33). Para la Corte Suprema, “cuando una entidad privada proporciona un foro para la expresión, la entidad privada normalmente no está limitada por la Primera Enmienda porque la entidad privada no es un actor estatal. La entidad privada podrá así ejercer discreción editorial sobre el discurso y los oradores en el foro”.³⁴ En consecuencia, las empresas privadas solo podrían verse alcanzadas por las restricciones de la Primera Enmienda cuando ejerzan poderes tradicionalmente exclusivos del Estado. Es importante destacar que, tal como alertó el KFAI en el *amicus curiae* que presentó ante el tribunal,³⁵ esta misma conclusión podría extenderse analógicamente a las plataformas de redes sociales. Como explica Mary Anne Franks, pareciera que la protección de la libertad de expresión en un foro privado requiere exactamente lo contrario de lo que se necesita para proteger la libertad de expresión en un foro público: “Se debe permitir que los actores privados ejerzan sus derechos de libertad de expresión para contrarrestar, ignorar o excluir la expresión cuando lo consideren conveniente, incluso en aquellos casos en los que los actores estatales se ven vedados de hacerlo”.³⁶

Otro caso importante es el de “Prager University vs. Google LLC” de 2020. En esta ocasión, Prager University Foundation (“PragerU” de aquí en adelante), una organización sin fines de lucro educativa y de medios, demandó a Google por considerar que la empresa, a través de su subsidiaria YouTube, había ejercido una censura discriminatoria al restringir al menos 21 de sus videos con contenido conservador en el sitio web mediante restricciones de edad y la configuración de “modo restringido”. En 2017, PragerU se presentó ante la justicia para solicitar que se obligara a YouTube a desclasificar³⁷ los videos restringidos. YouTube, por

³⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Manhattan Community Access Corp. vs. Halleck”, sentencia del 17 de junio de 2019, 587 U.S.

³⁵ Fallow, Katie, “As Public Forums Move Online, So Does the First Amendment”, Knight First Amendment Institute at Columbia University (blog), 2019, disponible en: <https://knightcolumbia.org/content/public-forums-move-online-so-does-first-amendment>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

³⁶ Franks, *supra* nota 26.

³⁷ Si bien el término utilizado en inglés es *declassify* y, en términos técnicos, desclasificar se refiere a “levantar el secreto” que

su parte, también presentó una petición que solicitaba que se desestimase la denuncia de PragerU. En 2018, la Corte de Distrito de los Estados Unidos denegó la petición de PragerU y esta apeló a la decisión al argumentar que YouTube estaba sujeta a escrutinio judicial según la Primera Enmienda.

En 2020, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos emitió su dictamen. Primero, sostuvo que “a pesar de la ubicuidad de YouTube y su papel como plataforma pública se trata de un *foro privado*”³⁸ y, por lo tanto, no está sujeta a escrutinio estricto bajo la Primera Enmienda. Además, expresó que las restricciones que impone la Primera Enmienda, así como las garantías que ofrece, solo son contra el Gobierno (federal o estatal), no contra privados. A su vez, mencionó que PragerU jamás cuestionó que YouTube fuera una entidad privada que opera sin ningún tipo de intervención estatal, por lo que menos aún se vería alcanzada por dichas restricciones; principio que, según la Corte, sigue siendo central en la era digital.

El tribunal también recordó lo que había resuelto 20 años atrás en el caso “Howard vs. Am. Online Inc.”, donde reconoció que una entidad privada que aloja discursos en internet no es un actor estatal ni un instrumento o agente del Estado (en línea con lo definido en “Halleck”). De hecho, la Corte destacó que si bien YouTube puede ser considerada como una “plaza pública paradigmática” en internet, eso no la transforma en un actor estatal solamente por proveer un foro para la expresión.

De igual forma, PragerU había afirmado que YouTube debía ser considerado un actor estatal por cumplir una “función pública”. Frente a esto, la Corte respondió que si bien una entidad privada puede transformarse en un actor estatal cuando realiza una función pública, dicha función relevante debe ser tanto tradicional como exclusivamente gubernamental y que albergar discursos en una plataforma privada no puede ser considerada como una actividad que tradicionalmente solo realizan entidades gubernamentales. También, mencionó que caracterizar a YouTube como un foro público implicaría un cambio de paradigma.³⁹ De hecho, la doctrina de la acción estatal precluye el escrutinio constitucional de la moderación de contenidos que YouTube realiza de acuerdo a sus Términos de Servicios y Estándares de Comunidad.

pesa sobre un documento público, en este caso en particular se refiere a que YouTube permitiera que el video fuese accesible para el público en general.

³⁸ El resaltado es mío. Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, “Prager University vs. Google LLC”, sentencia del 26 de febrero de 2020, 18-15.712.

³⁹ *Ibid.*

Posteriormente, la Corte rechazó otro argumento de PragerU que estaba basado en un caso que abordaremos posteriormente, “Marsh vs. Alabama”.⁴⁰ Allí, se decidió que cuanto más abre un propietario, para su beneficio, su propiedad para el uso del público en general, más quedan circunscritos sus derechos por los derechos constitucionales de quienes la usan. Sin embargo, la Corte resolvió que dicha afirmación no encontraba respaldo alguno y para que eso ocurriese el Gobierno debía intencionalmente abrir la propiedad para el discurso público.⁴¹ Esta situación tampoco se ajusta al caso de YouTube (una empresa privada que no es propiedad del Gobierno, ni tampoco está arrendada o controlada por este), por lo que no puede ser considerada un foro público designado. El tribunal también desestimó el argumento de que YouTube se había convertido en un foro público al declarar autónomamente que lo era,⁴² puesto que la naturaleza de una propiedad como foro público no es cuestión de elección por parte de una entidad privada.

Otro caso interesante es el de “Campbell vs. Reisch” de 2021. En 2018, Mike Campbell retuiteó el comentario de otro representante del estado de Missouri sobre una de las publicaciones de la representante Cheri Toalson Reisch quien luego impidió que Campbell (un votante registrado en el distrito de la representante) accediera o comentara en su cuenta de Twitter.⁴³ En respuesta a esta decisión, Campbell demandó a Reisch al argumentar que se había visto afectado su derecho a la libertad de expresión bajo la Primera Enmienda por haber sido discriminado en función de su punto de vista bajo la *color of state law*. La expresión *color of state law* se refiere a aquellos casos en los que una funcionaria o un funcionario público ejecuta una acción ilegal que se encuentra enmascarada bajo una apariencia de legalidad. Por ejemplo, cuando actúa bajo el amparo de la ley estatal, pero yendo más allá de los límites que la autoridad legal les confiere (similar a lo que en la tradición civilista del derecho es denominada como “responsabilidad *ultra vires*”).

⁴⁰ PragerU utilizó este caso para avanzar su punto y olvidó que esa misma doctrina luego fue limitada por la propia Corte Suprema a las situaciones específicas de colonias industriales y aquellas otras circunstancias en las que la entidad privada ejerce un espectro de poderes municipales (ver casos “Lloyd Corp.” y “Hudgens”). De hecho, la Corte respondió al decir que “YouTube no cumple con los requisitos. A diferencia de la colonia industrial en Marsh, YouTube simplemente opera una plataforma para contenido de video generado por usuarios; no realiza todas las funciones municipales necesarias [para ser considerada como tal ni tiene] todas las características de cualquier otra ciudad americana”.

⁴¹ Puesto que, según la Corte, el Gobierno no crea un foro público por inacción o permite el discurso, solo lo hace al abrir intencionalmente un foro no tradicional al discurso público.

⁴² Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, “Prager University vs. Google LLC”, *supra* nota 38.

⁴³ Xu, Eric, “Campbell vs. Reisch: Blocking Constituents on Twitter”, Jolt Digest (blog), 2021, disponible en: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/campbell-v-reisch-blocking-constituents-on-twitter>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

En Primera Instancia, el tribunal falló a favor de Campbell por considerar que su retuit era discurso protegido bajo la Primera Enmienda y que los espacios interactivos de los tuits de la representante Reisch eran un “foro público designado” (puesto que la funcionaria había utilizado su cuenta para promover su campaña y su agenda legislativa) y que no podía discriminar en función del punto de vista.⁴⁴

Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Octavo Distrito de los Estados Unidos revirtió esta decisión. El tribunal, al analizar los casos de “Davison” y “Trump”, determinó que Reisch no había obrado bajo la *color of state law* y, más importante aún, que la representante había utilizado su cuenta principalmente para promover su campaña por lo que su cuenta era privada, dado que postularse para un cargo público no es una acción estatal.⁴⁵ Además, sostuvo que Reisch creó la cuenta de manera privada y que, aun luego de ser elegida, siguió utilizándola para cuestiones vinculadas a su campaña dado que los tuits sobre leyes o procesos legislativos eran esporádicos y que, si bien los banners y los handles utilizados daban indicios de ser una cuenta oficial, también podían ser interpretados como pertenecientes a una cuenta personal. De la misma forma, afirmó que la cuenta de Twitter de Reisch se parecía más a un boletín de campaña que a un medio de comunicación oficial.⁴⁶ De este modo, la Corte le otorgó más libertad a las funcionarias y a los funcionarios públicos para justificar la censura de opiniones opositoras en sus redes sociales cuando estas se vinculan a actos de campaña,⁴⁷ puesto que no se ven alcanzadas por la doctrina de acción estatal.⁴⁸

Finalmente, cabe mencionar dos desarrollos legislativos en los Estados Unidos que se han referido a las redes sociales en estos términos. Por un lado, encontramos la ley del estado de Texas, H.B. 20⁴⁹ (al momento en revisión por la Corte Suprema de los Estados Unidos), que expresa que las plataformas de redes sociales funcionan como *common carriers*, están afectadas por un interés público y

⁴⁴ “Campbell vs. Reisch. Eighth Circuit Finds State Representative Not a State Actor When Blocking Constituents on Twitter”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 135, N° 6, 2022, disponible en: <https://harvardlawreview.org/print/vol-135/campbell-v-reisch/#-footnote-ref-4>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁴⁵ Corte de Apelaciones del Octavo Circuito de los Estados Unidos, “Campbell vs. Reisch”, sentencia del 27 de enero de 2021, 986, F.3d 822.

⁴⁶ *Ibid.* El original dice: “In short, we think Reisch’s Twitter account is more akin to a campaign newsletter than to anything else, and so it’s Reisch’s prerogative to select her audience and present her page as she sees fit”.

⁴⁷ “Campbell vs. Reisch. Eighth Circuit Finds State Representative Not a State Actor When Blocking Constituents on Twitter”, *supra* nota 44.

⁴⁸ Corte de Apelaciones del Octavo Circuito de los Estados Unidos, “Campbell vs. Reisch”, *supra* nota 44.

⁴⁹ Texas Legislature Online, “H.B. N° 20”, disponible en: <https://capitol.texas.gov/tlodocs/872/billtext/html/HB00020F.HTM>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

son “foros públicos centrales” para el debate público. Por otro lado, el proyecto de ley de Florida SB 7.072 (al momento en revisión por la Corte Suprema de los Estados Unidos) sobre las plataformas de redes sociales expresa que estas se han transformado en la “nueva plaza pública” del pueblo.⁵⁰

2. Casos recientemente resueltos y casos pendientes ante la Corte Suprema de los Estados Unidos

En esta sección, mencionaremos brevemente dos casos de reciente resolución y uno pendiente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos en los que está en juego la calificación de las redes sociales como foros públicos o privados. El primero de ellos es “Murthy vs. Missouri”. Allí, los demandantes afirmaron que el Gobierno de los Estados Unidos ejerció presión sobre las plataformas mediante el mecanismo de *jawboning* para silenciar las opiniones conservadoras que algunos usuarios y usuarias compartían en redes sociales, en las cuales cuestionaban el origen del covid-19, así como la obligatoriedad de las vacunas y el aislamiento que promovía el Gobierno norteamericano. Según los fiscales generales Schmitt y Landry, de Missouri y Louisiana respectivamente, el Gobierno habría llevado a cabo actos de censura y discriminación, basándose en el punto de vista de estos usuarios y usuarias y, por lo tanto, había vulnerado el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Primera Enmienda. Según lo que puede colegirse de lo expresado por los fiscales, para estos las redes sociales son foros privados protegidos bajo la Primera Enmienda con los que el Gobierno no debe interferir como si se tratase de un foro público. Puesto que a conocimientos de este autor no fue argumentado por los fiscales, queda la incógnita sobre si es posible bajo la doctrina de la acción estatal caracterizar a las redes sociales (es decir, a actores privados) como actores estatales. Esta interpretación estaría basada en la interrelación cercana de la doctrina del foro público con la doctrina de la acción estatal.⁵¹

Finalmente, existen otros dos casos que fueron analizados por la SCOTUS en marzo de 2024: “O’Connor-Ratcliff vs. Garnier” y “Lindke vs. Freed”. En ambos casos encontramos una disputa similar a la de “Campbell vs. Reisch” de

⁵⁰ The Florida Senate, SB 7.072, 1st Engrossed, disponible en: <https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2021/7072/BillText/er/PDF>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁵¹ Heldt, Amélie P., “Merging the Social and the Public: How Social Media Platforms Could Be a New Public Forum”, en: *Mitchell Hamline Law Review*, Vol. 46, Nº 5, 2020, disponible en: <https://open.mitchellhamline.edu/mhrlr/vol46/iss5/1>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

2021. El primero de ellos se refiere al caso de dos padres, Christopher y Kimberly Garnier, que publicaban frecuentemente comentarios críticos en las cuentas de Facebook y Twitter personales de dos miembros de la Junta Directiva Escolar de California, Michelle O'Connor-Ratcliff y T.J. Zane y que estos utilizaban para publicar cuestiones vinculadas con la actividad escolar y noticias. Tanto O'Connor-Ratcliff como Zane ocultaban o eliminaban los comentarios críticos y a menudo repetitivos de los Garnier, y posteriormente, en octubre de 2017, decidieron bloquearlos de sus páginas de redes sociales.

Los Garnier los demandaron y alegaron que las páginas de ambos constituían foros públicos y que al bloquearlos habían violado sus derechos bajo la Primera Enmienda. El caso llegó hasta la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito que, después de hacer un análisis sobre los tipos de foros públicos existentes, determinó que las páginas de Facebook y Twitter que los demandados habían creado originalmente constituían “foros públicos designados” y que, luego, con la adición de filtros de palabras que prohíben comentarios y restringen las reacciones no verbales de los usuarios y las usuarias, se habían convertido en “foros públicos limitados”. Dado que, como en ambos tipos de foro no son admisibles las restricciones basadas en el punto de vista, los demandados sostuvieron que habían bloqueado a los Garnier por la naturaleza repetitiva de sus comentarios, pero no porque sus comentarios fueran críticos de su gestión.

Si bien la Corte no quedó convencida con los argumentos de O'Connor-Ratcliff y Zane sobre la naturaleza discriminatoria de sus bloqueos, sostuvo que incluso si se considerase que la eliminación de comentarios repetitivos era un tipo de restricción de tiempo, lugar o modo neutral en cuanto al contenido, de todos modos violaba la Primera Enmienda.⁵² Esto así porque en un “foro público designado” las restricciones deben ser diseñadas estrictamente con el objetivo de perseguir un interés gubernamental significativo, permitir amplias opciones de canales alternativos de comunicación y no deben afectar más expresión que la necesaria. La Corte consideró que la decisión de bloquear a los Garnier no había cumplido con este estándar y que, además, al no haber establecido reglas sobre cómo debían ser los intercambios en sus páginas, los demandantes no tenían manera de saber que podían ser bloqueados por comentarios repetitivos.⁵³ Este caso no fue

⁵² Howe, Amy, “Justices Weigh Rules for When Public Officials Can Block Critics on Social Media”, 2023, disponible en: <https://www.scotusblog.com/2023/10/justices-weigh-rules-for-when-public-officials-can-block-critics-on-social-media>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁵³ La conclusión de la sentencia recuerda el antecedente en “Packingham” y refuerza la analogía entre los foros públicos

resuelto ante la SCOTUS, sino que fue remitido nuevamente a la Corte de Apelaciones para que aplicara el nuevo test elaborado en el caso “Lindke vs. Freed” que describiremos a continuación.

En el segundo caso, Kevin Lindke, un ciudadano de Port Huron, Michigan, demandó al administrador de la ciudad, James R. Freed, por bloquearlo de su página personal de Facebook (que el demandante calificó como foro público tradicional) y eliminar sus comentarios en los que criticaba la respuesta del administrador frente a la pandemia generada por el covid-19. Al igual que en el caso “Campbell vs. Reisch”, Lindke argumentó que Freed había actuado bajo la *color of state law* al amparo de la ley estatal para violar sus derechos protegidos por la Primera Enmienda. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos dictaminó a favor del demandado.

La Corte consideró que no todas las acciones que emprende un actor estatal ocurren bajo la *color of state law*. Para que puedan ser calificadas de ese modo, la funcionaria o el funcionario público debe tener la intención de actuar a título oficial o de abusar de su autoridad otorgada por el Estado. La Corte afirmó que, cuando las funcionarias y los funcionarios estatales actúan en el ámbito de sus actividades personales, sus acciones, entonces, no pueden ser calificadas como actos del Estado. Para llegar a esta conclusión, la Corte sopesó diversas consideraciones y, en particular, resaltó que no había suficiente involucramiento estatal o gubernamental en la página de Facebook de Freed (tal como había ocurrido en el caso de “Knight First Amendment Institute vs. Trump”) y que debía ser entendida como una página personal puesto que esta no era fruto de los deberes de su cargo ni dependía de su autoridad estatal. En resumen, por más que publicara cuestiones relativas a su trabajo, Freed operaba su página de Facebook en su capacidad personal, no en su capacidad oficial. A diferencia del primer caso, la Corte no hizo mención alguna en relación a si la página podía ser considerada un foro público.

tradicionales y los nuevos foros digitales: “Las protecciones de la Primera Enmienda no se aplican menos a los ‘vastos foros democráticos de internet’ que a los boletines de anuncios o a los ayuntamientos del mundo corpóreo. *Packingham*, 137 S. Ct. en 1.735 (citando a *Reno*, 521 U.S. en 868, 117 S. Ct. 2.329). Eso no quiere decir que todas las cuentas de redes sociales creadas por funcionarios públicos estén sujetas a escrutinio constitucional o que, habiendo creado un foro público en línea, los funcionarios públicos no puedan gestionar la interacción del público con sus perfiles. Como lo demuestra este caso, las analogías entre foros públicos físicos y los foros públicos virtuales del presente son a veces imperfectas y los tribunales que apliquen las protecciones de la Primera Enmienda a los espacios virtuales deben tener en cuenta los matices de cómo esos foros en línea funcionan en la práctica. Independientemente de los matices, tenemos pocas dudas de que las redes sociales van a continuar desempeñando un papel esencial en el debate público y facilitando la libre expresión bajo la Primera Enmienda. Cuando los actores estatales ingresan en el mundo virtual e invocan su estatus gubernamental para crear un foro para la expresión, la Primera Enmienda ingresa con ellos”. Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, “*Garnier vs. O’Connor-Ratcliff*”, sentencia del 27 de julio de 2022, 41 F.4ta 1.158. La traducción es propia.

Finalmente, en marzo de 2024, la SCOTUS analizó el caso. Allí, la Corte expresó que la distinción entre conducta privada y acción estatal gira en torno al fondo o a la sustancia y no en torno a la forma o a los rótulos: así como los privados pueden actuar con autoridad del Estado, las funcionarias y los funcionarios estatales tienen vidas privadas y sus propios derechos constitucionales, incluido el derecho de la Primera Enmienda que les permite hablar sobre sus trabajos y ejercer control editorial sobre el discurso, los oradores y las oradoras en sus plataformas personales.⁵⁴ Para determinar si la actividad de una funcionaria o un funcionario público en redes sociales constituye una acción estatal, la SCOTUS indicó que es necesario realizar un análisis pormenorizado de la conducta mediante un test bipartito. Primero, identificar si la funcionaria o el funcionario posee autoridad real para hablar en nombre del Estado y, segundo, si pretende ejercer esa autoridad al hablar en nombre del Estado en las redes sociales. La apariencia y la función de la actividad en redes sociales son relevantes en el segundo paso, pero no pueden compensar la falta de autoridad estatal real en el primero.

En relación al primer paso, la investigación inicial para establecer la acción estatal no consiste en determinar si la realización de anuncios oficiales puede encajar dentro de la descripción del trabajo, sino en determinar si realizar tales anuncios por redes sociales es realmente parte del trabajo que el Estado encomendó a la funcionaria o al funcionario realizar. En cuanto al segundo paso, para que la actividad en redes sociales constituya una acción estatal, la funcionaria o el funcionario no solo debe tener autoridad estatal, sino que también debe pretender usarla.⁵⁵ Si la funcionaria o el funcionario no habla en cumplimiento de sus responsabilidades oficiales, habla con su propia voz. En este caso, si la cuenta de Freed hubiera llevado una etiqueta, por ejemplo, “esta es la página personal de James R. Freed”, podría haber habido una fuerte presunción de que todas sus publicaciones eran a título personal, pero como esta no había sido designada como “personal” ni como “oficial”, determinar su calidad requiere de una investigación específica de los hechos en la que el contenido y la función de las publicaciones sean consideradas.

Además la Corte expresó:

Una publicación que invoca expresamente la autoridad estatal para ha-

⁵⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Lindke vs. Freed”, sentencia del 15 de marzo de 2024, 22-611.

⁵⁵ *Ibíd.*

cer un anuncio que no se encuentra disponible en otro lugar es oficial, mientras que una publicación que simplemente repite o comparte información disponible por otros medios es más probable que sea personal. Para evitar que cualquier funcionario pierda el derecho a hablar sobre asuntos públicos en su capacidad personal, el demandante debe demostrar que el funcionario pretende ejercer autoridad estatal en publicaciones específicas. La naturaleza de la tecnología de las redes sociales es relevante para este análisis. Por ejemplo, debido a que la herramienta de bloqueo de Facebook opera a nivel de página, un tribunal tendría que considerar si Freed había llevado a cabo una acción estatal con respecto a cualquier publicación en la que Lindke quisiera comentar.⁵⁶

Concluyendo el análisis, la SCOTUS, tal como hizo en el caso “O’Connor-Ratcliff vs. Garnier”, remitió el caso a la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito para un nuevo análisis.

IV. Ajustes y desajustes de la metáfora

Como hemos visto, tanto a nivel jurisprudencial como legislativo, existen diferencias en torno a si las redes sociales pueden (o en qué circunstancias deben) ser consideradas como foros públicos. El desarrollo de la doctrina de foro público y sus matices es primordialmente estadounidense, mientras que en otras jurisdicciones se aborda la misma problemática desde otra óptica.

1. La concepción de foro público intersticial

Asimismo, a nivel doctrinario la caracterización de las redes sociales como foro público tampoco parece ser pacífica. Por ejemplo, Dawn Nunziato en un artículo de 2005 sostiene que en internet prácticamente no existen lugares que sirvan como foros públicos porque aquellos lugares donde tiene lugar la expresión son abrumadoramente de propiedad privada.⁵⁷ Para la autora, la ausencia de foros públicos en el ciberespacio augura la ausencia de una protección significativa para la libertad de

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Nunziato, Dawn, “The Death of the Public Forum in Cyberspace”, en: *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 20, Nº 2, p. 1.115, disponible en: https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/838, último acceso: 25 de mayo de 2024.

expresión bajo la Primera Enmienda. Esto contrasta con el espacio físico real donde el Estado dispone de foros públicos que garantizan la protección de la libertad de expresión de las personas al permitirles alcanzar audiencias más amplias aun cuando no puedan competir dentro del “mercado de las ideas” o expresen opiniones poco populares. Sin embargo, para Nunziato, la creciente preferencia, por parte de la ciudadanía, de los espacios virtuales para expresarse y la renuncia del Gobierno a controlar el discurso en línea podrían poner en riesgo las garantías constitucionales del discurso en internet. En particular, porque las regulaciones del discurso en foros privados se encuentran exentas del escrutinio bajo la Primera Enmienda.

Al final de su artículo, Nunziato propone recurrir a los “foros públicos intersticiales” para lidiar con la ausencia de protección bajo la Primera Enmienda. Se trata de espacios que por su proximidad física a una propiedad privada permiten manifestarse en contra de su propietario o propietaria. No obstante, como la proximidad física o adyacencia no cuenta con un correlato directo en el ámbito de internet, la autora propone buscar otras características que permitan a las personas dirigir efectivamente su discurso a entidades privadas. Por ejemplo, permitir el uso de etiquetas, metatags o nombres de marcas en los motores de búsqueda o páginas de internet para protestar contra empresas privadas, así como se le permite a un o una manifestante protestar contra General Motors en la vereda adyacente a la empresa. Para esto, los tribunales deberían otorgar una amplia protección al discurso crítico en internet al otorgar un amplio margen al uso de la propiedad intelectual de otras personas en el ciberespacio con fines de crítica.⁵⁸

De la misma forma, en el libro *The Perilous Public Square*, David Pozen hace mención de manera incidental a que un grupo “de empresas digitales ejercen un enorme poder sobre una *plaza pública virtual*”,⁵⁹ pero sin analizar o explicar en detalle si se trata de una referencia retórica o jurídica.

2. El concepto de foro público social

Amélie Heldt, por su parte, menciona⁶⁰ que parece ser la opinión predominante en los Estados Unidos que, según los principios y el texto de la Primera Enmienda, solo se debe vigilar al Gobierno cuando se trata de intervenciones relacionadas

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ El resaltado es mío. Pozen, David E. (ed.), *The Perilous Public Square*, Nueva York, Columbia University Press, 2020.

⁶⁰ Heldt, *supra* nota 51.

con el discurso y no a las plataformas de redes sociales (las que como “hablantes” se encuentran protegidas por la Primera Enmienda). De todos modos, aclara que existe una creciente corriente de pensamiento doctrinario que demanda un papel más activo por parte del Gobierno en la protección del discurso en línea. En esta misma línea, propone una nueva categoría de foro a la que denomina “foro público social”. Para desarrollar esta categoría, Heldt se inspira en los desarrollos jurisprudenciales de los Estados Unidos y en los desarrollos de la Corte Federal Constitucional alemana relacionados con el concepto jurídico de “lo público” (*die Öffentlichkeit*, en alemán).

La autora destaca que la doctrina del foro público estadounidense se desarrolló para delimitar y “garantizar lugares donde los ciudadanos pudieran hablar libremente”⁶¹ y que los foros públicos tradicionales o designados están sujetos a escrutinio estricto bajo la Primera Enmienda, lo que presupone una acción estatal como requisito previo. No obstante, a diferencia de los Estados Unidos, en la tradición constitucional alemana los espacios establecidos para la libertad de expresión también pueden ser definidos por normas sociales o por su función social para la democracia. Esta característica hace que los criterios para definir qué constituye un foro para la expresión sean más flexibles.

Para Heldt, esta nueva categoría teórica de “foro público social” tendría que ser aplicada por los tribunales cuando deban interpretar los términos y los servicios de una plataforma frente a una demanda por parte de un usuario o una usuaria por la eliminación de contenido fruto de la moderación efectuada por la empresa. Es interesante que la autora pondere positivamente el rol del Poder Judicial versus el rol que podría tener el Poder Legislativo al elaborar una regulación sobre este tipo de foro. Para ella, este último poder tiene las “manos atadas” en lo que se refiere a promulgar regulaciones que sean contrarias a la Primera Enmienda, mas no así el Poder Judicial.

3. La autopercepción de las empresas

Por su parte, las propias empresas recurren a la metáfora del foro público para describirse. Por ejemplo, en 2018, el entonces CEO de Twitter, Jack Dorsey, expresó que la empresa se “utiliza como una plaza global, donde personas de todo el mundo se reúnen en un intercambio abierto y libre de ideas. Debemos

⁶¹ *Ibid.*

ser un lugar confiable y saludable que apoye el debate libre y abierto”.⁶² También, el CEO de Meta, Mark Zuckerberg, expresó algo similar en una publicación personal, en 2019, en la que dijo que “durante los últimos 15 años, Facebook e Instagram han ayudado a las personas a conectarse con amigos, comunidades e intereses en el equivalente digital de una plaza pública”.⁶³ También, en 2018, la asesora general adjunta de YouTube, Juniper Downs, en una reunión de un comité del Senado ante la pregunta del senador Ted Cruz sobre si la empresa se consideraba un foro público neutral, respondió afirmativamente y aclaró que la empresa aplicaba sus términos y condiciones de manera políticamente neutral.⁶⁴ Finalmente, el nuevo CEO de Twitter, Elon Musk, expresó que “la libertad de expresión es la base de una democracia que funciona, y Twitter es la plaza digital donde se debaten cuestiones vitales para el futuro de la humanidad”.⁶⁵ Igualmente, expresó algo similar en una conferencia TED en la que mencionó que Twitter era la nueva *de facto town square*.⁶⁶

Es interesante que la metáfora utilizada, aparentemente con fines más retóricos que jurídicos, sea la de la plaza pública y no la del foro. El elemento espacial de la plaza pareciera tener para Twitter y Meta alguna similitud con el mundo virtual, con el “espacio” virtual que las redes sociales quieren proveer para que sus usuarios y usuarias se expresen. Sin embargo, si bien estas declaraciones pueden servirnos para identificar cómo se autoperceben las redes sociales y qué rol ocupan en la circulación del discurso en línea, no aclaran el panorama en relación a si efectivamente estas son las “nuevas plazas públicas”.

Como hemos visto hasta aquí, el tema es complejo y no parece haber aún consenso sobre si la metáfora es útil o sobre sus implicancias, en particular cuando su uso ya no es retórico, sino jurídico. Si nos enfocamos particularmente en este último, nos encontramos ante la posibilidad de que un espacio privado sea asimilable a un foro público o que cumpla una función pública y, entonces, se vea alcanzado por las re-

⁶² United States House Committee on Energy and Commerce, “Testimony of Jack Dorsey”, Chief Executive Officer, Twitter, Inc., 2018, disponible en: <https://perma.cc/UJ89-935S>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁶³ Zuckerberg, Mark, “A Privacy-Focused Vision for Social Networking”, Facebook, 2019, disponible en: <https://perma.cc/2FS4-XS8H>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁶⁴ United States District Court, Northern District of California, San Jose Division, “Divino Group LLC *et al.* vs. Google LLC *et al.*”, disponible en: <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2019/08/Censorship.pdf>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁶⁵ Disponible en: <https://twitter.com/elonmusk/status/1518677066325053441>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁶⁶ Elliott, Rebecca, “Elon Musk Urges Greater Transparency at Twitter, Calling Platform The ‘De Facto Town Square’”, 2022, disponible en: <https://www.wsj.com/articles/elon-musk-urges-greater-transparency-at-twitter-calling-platform-the-de-facto-town-square-11649959658>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

gulaciones que aplican y regulan la restricción a la libertad de expresión.⁶⁷

Por otro lado, si nos enfocamos en su uso retórico, quizá podamos comprender por qué encontramos cada vez más referencias por fuera del mundo del derecho que describen a las redes sociales como los nuevos foros o plazas públicas. Aquí es importante recordar que si bien la metáfora nos permite comprender un aspecto de un concepto en términos de otro, también “oculta” otros aspectos del concepto que son inconsistentes con esa metáfora. Teniendo esto en mente podríamos preguntarnos ¿en qué sentido las redes sociales son foros públicos?⁶⁸ Si la relación es posible, entonces, entre las dos cosas hay algún tipo de continuidad o similitud. Una posibilidad es que ella resida en la circulación del discurso público. Tanto en las redes sociales como en los foros públicos está involucrado el derecho de los y de las participantes de poder ejercer su libertad de expresión. Asimismo, ambos conceptos están unidos por una relación espacial imaginaria; en ambos casos existe un “espacio” que “da lugar” o “aloja” el discurso que debe circular. También es relevante la homonimia en juego con la palabra “foro”, puesto que si el concepto de foro público ha tenido algún tipo de influencia en el debate y en la teorización quizá se deba a que en internet nos referimos con esa palabra a distintos espacios de interacción con otras personas.

Retornando al uso jurídico, la jurisprudencia reseñada en la sección anterior parece sugerir que la doctrina del foro público y la doctrina de la acción estatal no pueden aplicarse con simpleza y facilidad a las redes sociales. Primero, porque, como dice Anne Marie Franks, nos encontramos ante dos tipos de “espacios”, uno virtual y otro físico. En “McCullen vs. Coakley”, la Corte Suprema consideró que, a diferencia del espacio virtual, el espacio físico (calles y aceras) permite que circulen las ideas puesto que allí los y las oyentes se encuentran frente a discursos que no pueden ignorar. Esta diferencia entre la virtualidad y el mundo físico tiene impactos para la libertad de expresión según la jurisprudencia de los Estados Unidos.

Segundo, porque las redes sociales (entendidas como empresas cuyo modelo de negocios consiste en conectar a la gente y, en oposición, a las actividades llevadas a cabo por el Estado) son propiedad de actores privados que llevan adelante una actividad con fines de lucro protegida –ella misma– por el derecho a la libertad

⁶⁷ Klonic, Kate, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 131, Nº 6, 2018, disponible en: <https://harvardlawreview.org/print/vol-131/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁶⁸ Como dijimos al comienzo del trabajo, no debemos pensar a las metáforas como meras operaciones del lenguaje que vinculan dos elementos no metaforizados originalmente. Tanto la expresión “redes sociales” como “foro público” son en sí mismas metafóricas.

de expresión. Esos intereses ofrecen la contracara necesaria de la doctrina del foro público, esto es la existencia de foros privados en los que sus dueños son soberanos a la hora de determinar quién puede o no utilizarlos como plataforma expresiva.

Tercero, porque en el caso de los foros públicos tradicionales nos encontramos ante un espacio (tradicionalmente físico) que por cuestiones estructurales o funcionales está definido por sus características “no privadas” y, por lo tanto, está sujeto a reglas en torno a la regulación del discurso que, según el caso, varían en cuanto a sus estrictos requisitos. Por el contrario, las redes sociales no están definidas por su publicidad, sino por su carácter privado y, si bien permiten y facilitan la circulación del discurso en línea (lo que podría asemejarse a la funcionalidad de un foro público), esto no parece alcanzar para poder caracterizarlas como tales o asimilarlas a actores estatales. Asimismo, la doctrina del foro público tampoco ofrece una solución para quienes consideran que las prerrogativas de los dueños de las plataformas deberían limitarse, porque, aun en la práctica histórica, el acceso a esto no siempre fue igualitario o irrestricto como vimos en la primera parte de este trabajo.

Franks menciona que “la plaza pública nunca ha sido verdaderamente pública: las leyes y las normas siempre han servido a los poderosos a expensas de los vulnerables. De hecho, las plazas públicas siempre han servido más para reforzar las jerarquías legales y sociales que para facilitar la deliberación democrática abierta e inclusiva”.⁶⁹ De ella se han excluido en distintos momentos a personas en función de su origen, género y “raza”, entre otros. Ello también parece darse en la esfera digital. El machismo, la violencia en línea, la discriminación, el acoso digital y otras tantas conductas reprochables abundan en línea, de hecho, contra estos “males” es que se han levantado numerosos reclamos en los últimos años contra las empresas de tecnología para que moderen con más ímpetu estos contenidos, mediante el ejercicio de las prerrogativas propias de quienes controlan “foros privados”.

Como explica Franks, para proteger la libertad de expresión en un foro privado, se requiere exactamente lo contrario de lo que se necesita para proteger la libertad de expresión en un foro público. Si las redes sociales, como empresas privadas, se ven amparadas bajo el derecho a la libertad de expresión y asociación consagrado en la Primera Enmienda –el que incluye el derecho a no expresarse y no asociarse,⁷⁰ el cual comprende también la potestad de decidir qué conteni-

⁶⁹ Franks, *supra* nota 26.

⁷⁰ *Ibid.*

do permiten y deciden mostrar, así como a quién deciden dejar participar de su propiedad—, considerarlas como foros públicos podría menoscabar dicha potestad puesto que se encontrarían sujetas a reglas similares a las que se aplican al Gobierno en un foro público.

Finalmente, la metáfora parece perder de vista o velar algunos aspectos relevantes que hacen al funcionamiento de las redes sociales en internet. Como explica Robert Post al diferenciar a las redes sociales de los medios de comunicación tradicionales, estas se caracterizan por un costo marginal de información cero (dado por la escala, la viralidad y el cosmopolitismo), por su integración con tareas de la vida cotidiana y por la interactividad: la comunicación ya no es unidireccional y se caracteriza por la desaparición de una autoridad epistemológica y una mayor polarización.⁷¹ Nada de lo descrito anteriormente parece ajustarse al concepto de foro público.

4. Privados que cumplen funciones públicas y privados como agentes estatales

La cuestión se vuelve aún más compleja si consideramos que la distinción entre actores públicos y privados es un tanto elusiva. En “*Pruneyard Shopping Center vs. Robins*”, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que las personas pueden ejercer pacíficamente su derecho a la libertad de expresión en partes de los centros comerciales privados que regularmente se mantienen abiertas al público, sujeto a regulaciones razonables adoptadas por los centros comerciales. También, en dicho caso, la Corte consideró que permitir que los y las estudiantes se expresaran en torno al centro comercial no obligaba a Pruneyard a hablar o a sostener un cierto tipo de discurso como propio, por lo que no se violaban sus derechos bajo la Primera Enmienda.⁷² La imagen de una empresa privada cuyos espacios se encuentran abiertos al público (sujeto a condiciones) parece acercarse bastante a las redes sociales.

Desde este punto de vista, podríamos concebir a las redes sociales como espacios privados que cumplen “funciones públicas”, tal como ocurrió en el emblemático caso “*Marsh vs. Alabama*” de 1945 ante la Corte Suprema de los Estados Unidos

⁷¹ Post, Robert, “Democracy and the Internet”, Balkinization (blog), 2023, disponible en: <https://balkin.blogspot.com/2023/01/democracy-and-internet.html>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁷² Whitney, *supra* nota 22.

sobre colonias industriales⁷³ (*company towns* en inglés). Los hechos de este caso ocurrieron en la colonia industrial de Chickasaw, Alabama, particularmente en las veredas que eran propiedad de la compañía Gulf Shipbuilding Corporation. Asimismo, la colonia se encontraba rodeada de vecindarios que no pertenecían a la compañía, donde vivía la demandante, Grace Marsh. Un día, Marsh se ubicó en la vereda y comenzó a distribuir literatura religiosa. Las autoridades del pueblo le advirtieron que necesitaba un permiso para hacerlo y que no se le otorgaría ninguno, por lo que le solicitaron que se retirara. Ante la negativa, el sheriff del pueblo arrestó a Marsh bajo la ley estadual de Alabama sobre intrusiones (*trespassing* en inglés). Tanto en Primera Instancia como en la Corte de Apelaciones, Marsh fue encontrada culpable y condenada. Sin embargo, cuando el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos fue revertido. La Corte Suprema expresó que si se tratase de un pueblo tradicional, la prohibición de distribuir material religioso sería patentemente violatoria del derecho a la libertad de expresión de Marsh. No obstante, dado que dichas instalaciones privadas se construyeron y operaron principalmente para beneficiar al público, y en vista de que su operación es esencialmente una función pública, están sujetas a la regulación estatal. Allí, la Corte destacó que cuanto más abre un propietario o una propietaria su propiedad al público en general, más limitados estarán sus derechos por los derechos legales y constitucionales de quienes son invitados e invitadas a entrar.⁷⁴ En particular, destacó que, en este caso, los derechos de propiedad privada debían ceder ante los derechos fundamentales como la libertad de expresión y religión. La empresa desempeñaba una “función pública” y sus acciones constituían una acción estatal, especialmente al tener la colonia industrial las características de cualquier otro pueblo en los Estados Unidos.⁷⁵

No sería difícil seguir esta jurisprudencia para sostener que las redes sociales, si bien son empresas privadas, al mismo tiempo funcionan como foros públicos puesto que al moderar la circulación del discurso en línea desempeñan una función pública central para la democracia. Por supuesto, sostener esta postura (que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha rechazado) implica desafíos. Por

⁷³ Se trata de colonias o pueblos que son construidos por una empresa donde viven y llevan a cabo sus actividades los trabajadores y las trabajadoras de la compañía.

⁷⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Marsh vs. Alabama”, sentencia del 7 de enero de 1946, 326 U.S., 501. La Corte expresó: “A state can not, consistently with the freedom of religion and the press guaranteed by the First and Fourteenth Amendments, impose criminal punishment on a person for distributing religious literature on the sidewalk of a company-owned town contrary to regulations of the town’s management, where the town and its shopping district are freely accessible to and freely used by the public in general, even though the punishment is attempted under a state statute making it a crime for anyone to enter or remain on the premises of another after having been warned not to do so”.

⁷⁵ Whitney, *supra* nota 22.

ejemplo, la moderación de contenidos, que hace que los servicios que brindan estas compañías sean viables para sus usuarios y usuarias, se vería obstaculizada. Las redes sociales como parte de su esquema de negocios, constantemente categorizan, ordenan, recomiendan y priorizan contenido relevante para sus usuarios y usuarias. ¿De qué manera afectaría la conversión de estos servicios en “foros públicos” a esa actividad de moderación y recomendación? Por otro lado, también deciden qué tipo de contenido puede circular en los servicios que prestan, y adoptan decisiones de remoción cuando el contenido infringe alguno de sus términos de servicios o estándares de comunidad. Si las redes fuesen foros públicos, entonces, deberían verse alcanzadas por las estrictas reglas que describimos en la primera sección de este artículo y gran parte de su actividad se volvería ilegal y no podrían efectuar restricciones según el contenido.⁷⁶ Además, como explica Eric Goldman, las plataformas tienen el derecho de ejercer su función editorial bajo la Primera Enmienda en lo que se refiere a la publicación y remoción de contenidos de terceros en sus sitios web.⁷⁷ La conversión de las redes sociales en “foros públicos” destruiría esa prerrogativa y –posiblemente– al modelo de negocios que las sostienen.

Por otro lado, someter a las plataformas a los requisitos de la doctrina del foro público y de la acción estatal sería posiblemente impracticable. Si, como explica Evelyn Douek, la escala, el volumen y la rapidez de la moderación de contenidos que las redes sociales llevan a cabo es inconcebible y siempre conlleva errores,⁷⁸ exigir la aplicación de reglas tan estrictas a la moderación de contenidos parecería ser su *coup de grâce*. No obstante, autores como Matthew Kramer consideran que si bien Facebook no está obligado a crear una plataforma ni mantenerla en existencia, al haberla creado como un foro público y asumido el rol de operar como tal, la empresa está moralmente obligada a cumplir con las limitaciones de la neutralidad de los foros.⁷⁹ Esta postura se contradice directamente con lo resuelto en el caso “Prager University vs. Google LLC”, donde el tribunal expresó que albergar discursos en una plataforma privada no puede ser considerada

⁷⁶ Heldt, *supra* nota 51.

⁷⁷ Goldman, Eric, “Of Course the First Amendment Protects Google and Facebook (and It’s Not a Close Question)”, en: Pozen, David E. (ed.), *The Perilous Public Square*, Nueva York, Columbia University Press, 2020.

⁷⁸ Douek, Evelyn, “Governing Online Speech: From ‘Posts-As-Trumps’ to Proportionality and Probability”, en: *Columbia Law Review*, Vol. 121, N° 3, 2020, pp. 759-834. De hecho, como sostiene James Grimmelman, la Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones (CDA, por sus siglas en inglés) es una norma diseñada para un mundo de errores. Grimmelman, James, “To Err Is Platform”, Knight First Amendment Institute at Columbia University (blog), 2018, disponible en: <https://knightcolumbia.org/content/err-platform>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁷⁹ Kramer, Matthew, *Freedom of Expression as Self-Restraint*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

como una actividad que tradicionalmente solo realizan entidades gubernamentales. Por lo tanto, las empresas no ejercen una función pública y no pueden ser asimiladas a un agente estatal.

5. El uso por parte de funcionarias y funcionarios públicos de las redes sociales

La otra acepción de la metáfora que parece repetirse en la jurisprudencia parece estar más vinculada con lo que la doctrina denomina el “foro público designado”. Me refiero particularmente a aquellos casos en los que una funcionaria o un funcionario público, al hacer uso de sus redes sociales, adopta actitudes discriminatorias por el punto de vista de quienes opinan en ellas, como en el caso “Davison vs. Loudoun County Board of Supervisors *et al.*”. De hecho, en el caso “Knight First Amendment Institute vs. Trump”, el tribunal dijo que la cuenta de Twitter de Donald Trump durante su presidencia constituía un foro público designado y que, como tal, estaba atado a las reglas para ese tipo de foro. Por ejemplo, el KFAI ha expresado en diversos *amicus curiae* que aquellos casos que implican el bloqueo de personas por parte de funcionarias o funcionarios públicos de sus cuentas de redes sociales requieren una “aplicación directa de las doctrinas de la acción estatal y del foro público”.⁸⁰

Ahora bien, a diferencia de lo sostenido en los casos mencionados anteriormente, como vimos, si bien en la decisión de Primera Instancia del caso “Campbell vs. Reisch” el tribunal consideró que los espacios interactivos de los tuits de la representante Reisch eran un “foro público designado” y que, por lo tanto, no podía discriminar en función del punto de vista, esto no fue sostenido por la Corte de Apelaciones porque, a diferencia de los otros casos, no parece ser la cualidad o la capacidad del titular de la cuenta (presidente de los Estados Unidos, representante legislativa, etc.) lo que determina su caracterización como foro público, sino más bien el uso que hacen de su cuenta y con qué finalidad (para fines personales o fines públicos). De este modo, que las redes sociales de funcionarias o funcionarios públicos no sean *prima facie* foros públicos ni se vean alcanzadas por la doctrina de acción estatal, le otorga a los funcionarios y a las funcionarias un margen de acción mayor para censurar opiniones en sus redes sociales. Lo mismo puede decirse del precedente “Lindke vs. Freed”.

⁸⁰ Corte de Apelaciones del Octavo Circuito de los Estados Unidos, “Mike Campbell vs. Cheri Toalson Reisch”, Knight First Amendment Institute *amicus curiae* del 30 de marzo de 2020, 19-2.994.

Una situación similar se dio en el caso “People for the Ethical Treatment of Animals (PETA) vs. National Institutes of Health (NIH)” de 2023 donde se discutió si la eliminación o bloqueo de comentarios públicos en las redes sociales de una agencia gubernamental constituye censura o no. Según los antecedentes, el NIH habría bloqueado los comentarios de PETA en contra de pruebas en animales en las investigaciones científicas en las páginas de Facebook e Instagram de la agencia, lo que violaba, entonces, el derecho a la libertad de expresión de PETA bajo la Primera Enmienda. La NIH explicó que, como agencia, aplica una regla general que prohíbe los comentarios públicos que están “fuera de tema” en las publicaciones de la agencia en sus redes sociales. Además, comentó que implementa dicha regla al utilizar filtros de palabras clave (provistos por Facebook e Instagram, además de listas de palabras creadas por la agencia) como: crueldad, tortura animal, ratones, animalitos, matar, PETA, entre otros. Como resultado, los comentarios que contienen dichos términos son bloqueados al público en general. Para dirimir el conflicto, el tribunal de Primera Instancia realizó un análisis en tres partes: primero, al determinar si la Primera Enmienda protege el discurso en cuestión, luego al identificar la naturaleza del foro y, finalmente, al evaluar si las justificaciones del Gobierno para restringir el discurso en el foro satisfacen el estándar requerido.⁸¹ Durante su análisis, el tribunal expresó que del concepto de “foro no público” se deriva el concepto de “foro público limitado”, el que está sujeto a las mismas protecciones y demandas que el primero. Por lo que, al no tratarse de un “foro público tradicional” o de un “foro público designado”, el Gobierno puede excluir a oradores y oradoras en base al tema siempre y cuando lo haga de manera neutral en relación al punto de vista y que dicha exclusión sea razonable a la luz del propósito servido por el foro.⁸² Además, resaltó que los hilos de comentarios, objeto de análisis, son foros públicos limitados: espacios virtuales abiertos por el Gobierno al público con el propósito de discutir solo ciertos temas. Para distinguir un foro público limitado de un foro público designado, se enfocó en la intención del Gobierno de establecer y mantener ese foro.

Refiriéndose al caso de Trump, expresó que a diferencia de ese caso, donde la apertura a comentarios por el entonces expresidente estaba disponible al público sin límites, aquí la NIH no abrió sus páginas de Instagram y Facebook para la participación pública indiscriminada, sino que públicamente manifestó la existencia de

⁸¹ Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, “People for the Ethical Treatment of Animals (PETA) vs. National Institutes of Health (NIH)”, sentencia del 31 de marzo de 2023, 23-5.110.

⁸² *Ibid.*

reglas y guías para la publicación de comentarios. A su vez, resaltó que el error o la inconsistencia en aplicar estas políticas no modificaban su calificación como foro público limitado. De hecho, advirtió que exigir una aplicación perfecta podría afectar contra la existencia misma del foro puesto que desalentaría al Gobierno a abrir su propiedad a alguna actividad expresiva “en casos en los que, si se enfrenta a una elección de todo o nada, es posible que no abra la propiedad en absoluto”.⁸³

El tribunal también analizó la razonabilidad de la medida y llegó a la conclusión de que las restricciones en los “foros públicos limitados” solo necesitan ser razonables a la luz del propósito al que sirve el foro en cuestión (recordemos que estas pueden ser realizadas sobre la base del tema o la identidad del hablante). La restricción de la NIH es razonable porque el filtrado de palabras clave promueve el interés gubernamental de prevenir comentarios perturbadores que podrían disuadir a las ciudadanas y a los ciudadanos interesados en ver las páginas de la NIH donde se publica información importante para su salud. Además, remarcó que la imposibilidad de publicar comentarios en este foro no le impedía a PETA publicar sus comentarios en otras páginas de internet. Finalmente, el tribunal analizó si se había violado el principio de neutralidad. Según lo relevado, la identificación y el bloqueo de contenido vinculado con el testeado animal no llega al nivel de constituir una restricción basada en el punto de vista (algo no permitido en este tipo de foros), sino más bien basada en el contenido (lo que sí está permitido). El hecho de que estas restricciones de contenido representen ciertas perspectivas o puntos de vista no hace que sean ilegales, puesto que la exclusión de sus puntos de vista es más bien una consecuencia de la exclusión de un tema. Sin embargo, como explica la Electronic Frontier Foundation (EFF), bien podría considerarse que estas palabras se encuentran comúnmente en comentarios que expresan el punto de vista de aquellas personas que están en contra de la experimentación con animales y, por lo tanto, no deberían ser censuradas.⁸⁴ La decisión del tribunal fue apelada por los actores y actualmente se encuentra pendiente de decisión.

Este caso es interesante porque presenta un matiz adicional en la doctrina del foro público aplicada a las páginas de redes sociales que mantienen funcionarias y funcionarios públicos o agencias gubernamentales. Lo decidido en Primera

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Cope, Sophia, “EFF to D.C. Circuit: Animal Rights Activists Shouldn’t Be Censored on Government Social Media Pages Because Agency Disagrees with their Viewpoint”, Electronic Frontier Foundation (EFF), 2023, disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2023/09/eff-dc-circuit-animal-rights-activists-shouldnt-be-censored-government-social>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

Instancia deja un margen de acción más amplio para que se pueda restringir cierto tipo de expresiones o participaciones en los foros públicos en línea.

Finalmente, como expliqué anteriormente, en el caso “Lindke” la SCOTUS expresó que la distinción entre conducta privada y acción estatal gira en torno al fondo o a la sustancia y no en torno a la forma o a los rótulos. Por lo tanto, para determinar si la actividad de una funcionaria o un funcionario público en redes sociales constituye una acción estatal, la Corte indicó que es necesario realizar un análisis pormenorizado de la conducta mediante un test bipartito. Primero, identificar si la funcionaria o el funcionario posee autoridad real para hablar en nombre del Estado y, segundo, si pretende ejercer esa autoridad al hablar en nombre del Estado en las redes sociales.

V. Conclusión

Como hemos visto en las secciones anteriores, la metáfora de las redes sociales como foro público tiene implicancias retóricas, conceptuales y legales. No todos los foros públicos son iguales (hay tradicionales, designados, limitados y foros no públicos), por lo que tampoco lo serán las obligaciones que de estos se desprendan. Varía el margen de acción y el escrutinio con los que son evaluadas las acciones llevadas a cabo en esos foros por el Estado. Si estas normas se aplican también a las empresas, pues, de la misma forma se replicará la variedad de consecuencias según el tipo de foro de que se trate.

Al comienzo de este trabajo observamos que la metáfora de las redes sociales⁸⁵ como foro público no está completamente desajustada puesto que, al igual que los foros, las redes sociales permiten la circulación de ideas y expresiones y la interacción de usuarios y usuarias de maneras que eran desconocidas hasta hace no muchos años. Sin embargo, la metáfora tampoco está completamente ajusta-

⁸⁵ Como ya fue mencionado, la misma sistematicidad de las metáforas que nos ayuda a comprender un aspecto de un concepto en términos de otro también ocultará otros aspectos de ese concepto. Podríamos preguntarnos, entonces, cómo ocurre esto acá. “Redes sociales” es en sí misma una metáfora puesta en relación con otra metáfora: “foro público”. Cuando hablamos de redes sociales ¿pensamos en los vínculos entre personas, en la miríada de relaciones que pueden establecerse entre individuos e individuos en función de un servicio de conexiones prestados por un particular, en las empresas que prestan ese servicio? Si pensamos en las empresas, pensamos en lo privado. Si pensamos en los usuarios y las usuarias, también pensamos en lo privado. ¿Qué sería la red (*network* en inglés)? Recordemos que a su vez podemos referirnos a internet como la red. ¿Qué sería lo social? ¿La mera conexión entre personas o es necesario que se dé algo más? Algo del orden de lo inmaterial parece estar en juego aquí. Sin embargo, en ningún otro momento de la historia, las redes sociales cobraron tanta materialidad como ahora. Asimismo, las redes sociales están vinculadas con la expresión y con lo que se muestra. Bassini, Marco, “Social Networks as New Public Forums?”, en: *The Italian Review of International and Comparative Law*, Vol. 1, N° 2, 2022.

da puesto que esa circulación no es absolutamente libre, dado que las plataformas, amparadas bajo la Primera Enmienda, pueden adoptar medidas unilaterales con respecto al contenido o a sus usuarios y usuarias cuando estos y estas violen sus términos de servicio o estándares de comunidad, tal como ocurrió con la suspensión de la cuentas de Trump en Twitter y Facebook.⁸⁶ De hecho, en algunas ocasiones, estas decisiones han sido el corolario de obligaciones establecidas en leyes que requieren que las plataformas adopten ciertas medidas frente a contenidos específicos que quizás no cumplirían con los requisitos para la restricción del discurso en el foro público.

En las redes sociales, como en los foros públicos, la gente se comunica con otros y otras. En este sentido, se entiende qué luz puede arrojar esta metáfora. En ambos “espacios” hay circulación del discurso. No obstante, la metáfora también oculta algo.⁸⁷ En los foros públicos puede haber cierto tipo de reglas (de tiempo, lugar y forma) y la intervención del Estado debe limitarse a lo permitido por la ley (por ejemplo, en relación al contenido y al punto de vista). En las redes sociales, en principio, la relación es entre privados, y las normas que pueden regir el intercambio y la intervención de las empresas no están sujetas a las mismas limitaciones estrictas que las intervenciones estatales. Las redes sociales eliminan el lenguaje que incita al odio,⁸⁸ la desinformación y el contenido manipulado,⁸⁹ y la información sensible,⁹⁰ entre otros. La metáfora parece ocultar esta diferencia al asimilar o al identificar completamente a estos espacios privados con los foros públicos. Si la metáfora fuese aplicada *stricto sensu* (en particular en relación al concepto de foro público como término jurídico), esto podría afectar seriamente el funcionamiento de lo que hoy conocemos como redes sociales y, en última instancia el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de sus usuarios y usuarias y de las empresas que prestan este servicio.

Asimismo, de la jurisprudencia analizada podemos extraer algunas conclusiones provisionales sobre la doctrina del foro público. Según el precedente de “Prager University vs. Google LLC”, no es posible afirmar que las redes sociales sean

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Lakoff y Johnson, *supra* nota 2.

⁸⁸ “Lenguaje que incita al odio: Normas para editores y creadores”, Meta, disponible en: <https://es-la.facebook.com/business/help/170857687153963?id=208060977200861>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁸⁹ “Información errónea”, Meta, disponible en: <https://transparency.fb.com/es-la/policies/community-standards/misinformation>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

⁹⁰ “Rules Enforcement”, Twitter, disponible en: <https://transparency.twitter.com/en/reports/rules-enforcement.html#2021-jul-dec>, último acceso: 25 de mayo de 2024.

foros públicos *stricto sensu*, al menos no en términos jurídicos. Sin embargo, en los casos “Davison vs. Loudoun County Board of Supervisors *et al.*”, “Knight First Amendment Institute vs. Trump” y “O’Connor-Ratcliff vs. Garnier”, algunos tribunales consideraron que cuando se trata de redes sociales que utilizan las funcionarias y los funcionarios públicos para comunicar actos de Gobierno, estas sí pueden ser consideradas como “foros públicos designados”, aunque los precedentes “Campbell vs. Reisch” y “Lindke vs. Freed” exigen un análisis pormenorizado a la luz de la doctrina de la acción estatal para poder determinar las obligaciones de las funcionarias y los funcionarios, y la posible caracterización como foro público con mayores requisitos. Queda pendiente ver cómo aplicarán los tribunales inferiores en los casos remitidos por la SCOTUS el test bipartito para determinar si la actividad de una funcionaria o un funcionario público en redes sociales constituye una acción estatal. Pareciera que la caracterización como foro público solo será posible luego de que sea identificada una acción estatal. Es decir, primero se identifica si la funcionaria o el funcionario posee autoridad real para hablar en nombre del Estado y, segundo, si pretende ejercer esa autoridad al hablar en nombre del Estado en las redes sociales.

De todos los casos analizados, el primero en el que se utilizó la metáfora de las redes sociales como foro público, sin hacer referencia al uso que hacen de estas las funcionarias y los funcionarios públicos, fue “Packingham”. Allí, el tribunal expresó que “las redes sociales [eran] una de las principales fuentes para conocer la actualidad, consultar anuncios de empleo, hablar y escuchar en la *plaza pública moderna*, y explorar de otro modo los vastos reinos del pensamiento humano y conocimiento”.⁹¹ Sin embargo, dicha mención no parece corresponderse con un uso jurídico, sino más bien retórico. El lenguaje utilizado es descriptivo y no parece tener pretensiones de caracterizar jurídicamente a las redes sociales bajo la luz de la doctrina del foro público estadounidense. No obstante, la idea ha tenido cierta pregnancia puesto que la metáfora de las redes sociales como foros públicos aparece como una posible respuesta a la necesidad de generar mecanismos de gobernanza para salvaguardar el derecho a la libertad de expresión frente a la moderación de contenidos que efectúan las empresas. La propuesta de Heldt sobre foros públicos sociales es un ejemplo de ello, no solo porque explícitamente menciona a “Packingham” como antecedente donde pueden encontrarse este tipo de foros, sino también porque busca dar respuesta a la tensión entre el derecho de las plataformas a moderar el discurso y las libertades que garantiza la

⁹¹ El resaltado es mío. Corte Suprema de los Estados Unidos, “Packingham vs. North Carolina”, *supra* nota 24.

Primera Enmienda a sus usuarios y usuarias frente a la moderación.⁹²

Si bien se trata de una propuesta interesante, creo que pueden indagarse otros mecanismos de gobernanza sobre la moderación de contenidos en línea sin la necesidad de recurrir a una categoría artificial, cuyo desarrollo e implementación quedaría en manos del Poder Judicial. Parece más razonable indagar en los alcances de la doctrina del foro público en aquellos casos que involucran a funcionarias y funcionarios públicos y, para esto, la SCOTUS ha dado algunas indicaciones que si bien son necesarias, no son suficientes.

⁹² Heldt, *supra* nota 51.

Apéndice. Cuadro foros públicos

Foros públicos tradicionales	<ul style="list-style-type: none"> • Cualquiera puede expresarse libremente dentro de los límites que le otorga la Primera Enmienda. • No limitarse el contenido expresado en estos foros salvo cuando su regulación sea necesaria para perseguir un interés estatal imperioso y esté estrechamente orientada a lograr ese fin. • El Estado puede regular cuestiones sobre el tiempo, el lugar y la forma de la expresión siempre que lo haga de manera neutral en cuanto al contenido y estén diseñadas estrictamente para perseguir un interés gubernamental significativo y dejen abiertos amplios canales alternativos de comunicación. • Cuando existan restricciones basadas en el contenido, estas deben pasar la prueba del escrutinio estricto y perseguir una necesidad estatal imperiosa. • Las restricciones basadas en puntos de vista u opinión están prohibidas.
Foros públicos designados	<ul style="list-style-type: none"> • Son foros no tradicionales creados por el Gobierno para que el discurso público pueda ser expresado. • El Gobierno decide abrir intencionalmente una propiedad (que no era tradicionalmente de acceso público) para que el público pueda expresarse. • El Gobierno no se encuentra obligado a crear el foro ni a mantenerlo abierto, pero mientras lo esté, el Gobierno está sujeto a las mismas limitaciones que se aplican en un foro público tradicional. • Las restricciones basadas en el contenido son similares a las del foro público tradicional.
Foros públicos limitados	<ul style="list-style-type: none"> • Son espacios creados para la deliberación ciudadana que no son públicos, pero que el Gobierno designa específicamente abiertos para ciertos grupos de personas o temas en específico. • El Gobierno puede establecer restricciones iniciales de acceso a ese foro en función de la temática o del hablante. • El Gobierno puede imponer restricciones basadas en el contenido siempre que estas sean neutrales desde el punto de vista y razonables a la luz del propósito del foro. • Una vez que una entidad gubernamental abre un foro público limitado a ciertos oradores o temas, debe respetar los límites legales que ella misma ha establecido. • El Gobierno no está obligado a crear un foro público limitado ni a mantenerlo abierto a actividades expresivas indefinidamente.
Foros no públicos	<ul style="list-style-type: none"> • Son espacios que ni por tradición ni por designación son considerados foros para la comunicación pública. • El Gobierno tiene mucha más flexibilidad para elaborar reglas que limiten la expresión y puede reservar dicho foro para los fines previstos, comunicativos o de otro tipo, siempre que la regulación sobre la expresión y el contenido sean razonables y no busquen suprimir la expresión simplemente porque las funcionarias y los funcionarios públicos se opongan al punto de vista del hablante. • El control sobre el acceso a este tipo de foro puede basarse en el tema e identidad del hablante, siempre que las distinciones establecidas sean razonables a la luz del propósito perseguido por el foro y neutrales desde el punto de vista.