
Artículos

La triple dimensión de los derechos fundamentales y la doctrina del foro público en el derecho norteamericano, con especial referencia a las facultades de exclusión en las redes sociales¹



The triple dimension of fundamental rights and the public forum doctrine in american law, with special reference to the power to exclude in social networks

 Alexander P. Espinoza Rausseo
Universidad de Las Américas, Chile
alexander.espinoza.rausseo@gmail.com

 Jhenny de Fátima Rivas Alberti
Universidad de Las Américas, Chile
jhennyrial1613@gmail.com

Derecho y Ciencias Sociales

núm. 32, e125, 2024

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

ISSN: 1853-0982

ISSN-E: 1852-2971

Periodicidad: Bianaual

derechocienciasociales@jursoc.unlp.edu.ar

Recepción: 13 noviembre 2023

Aprobación: 02 diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.24215/18522971e125>

URL: <https://portal.amelica.org/ameli/journal/724/7245264004/>

Resumen: La doctrina del foro público ha desempeñado la función de delimitar los espacios de propiedad privada o del Estado en los que es admisible la actividad expresiva, bajo la protección de la Primera Enmienda. En el presente artículo revisaremos el criterio, según el cual la voluntad del propietario de autorizar la actividad expresiva es condición para la vigencia de los derechos de la Primera Enmienda. Para ello, aplicaremos el modelo de las esferas, que distingue entre la vida privada, social y de luz pública. Nos preguntamos cuáles son los criterios que permiten distinguir entre cada una de las esferas de la vida en sociedad, para luego proponer un concepto de foro público, basado en las características de la esfera de luz pública. Abordaremos la triple dimensión de los derechos fundamentales, especialmente con relación a la libertad de expresión, así como una propuesta de aplicación en el marco de las facultades de exclusión en redes sociales, en base al caso *Knight v. Trump*.

Palabras clave: Derechos civiles, libertad de expresión, derecho a la propiedad.

Abstract: The public forum doctrine has played the role of delimiting the spaces of private or state property in which expressive activity is permissible under the protection of the First Amendment. In this article, we will review the criterion, according to which the willingness of the property owner to authorize expressive activity is a condition for the enforcement of First Amendment rights. To do so, we will apply the spheres model, which distinguishes between private, social, and public life. We ask ourselves what are the criteria that allow us to distinguish between each of the spheres of life in society, and then propose a concept of public forum, based on the characteristics of the sphere of public light. We will address the triple dimension of fundamental rights, especially in relation

to freedom of expression, as well as a proposal for application in the context of the power to exclude in social networks, based on the Knight v. Trump case.

Keywords: Civil and political rights, freedom of expresión, right to property.

INTRODUCCIÓN

En el estado actual de la jurisprudencia, la doctrina del foro público ha perdido casi toda su función protectora del discurso de interés público en el derecho norteamericano. Sus vestigios pueden verse en el reciente caso *Knight v. Trump* (Knight First Amendment Institute v. Trump, 2018; Knight First Amendment Inst. Columbia v. Trump, 2019; Knight First Amendment Institute v. Trump, 2020; Biden v. Knight First Amend Inst at Columbia Univ, 2021). Los demandantes Buckwalter, Cohen, Figueroa, Gu, Neely, Papp y Pappas alegaron que el entonces presidente Donald J. Trump habría violado la Primera Enmienda al bloquearles el acceso y la interacción con su cuenta de Twitter por haber expresado opiniones que le desagradaban. Y el Instituto Knight de la Primera Enmienda de la Universidad de Columbia alegó la infracción de su derecho a escuchar el discurso que los demandantes individuales habrían expresado de no haber sido bloqueados. En el presente artículo revisaremos el criterio, según el cual la voluntad del propietario de autorizar la actividad expresiva es condición para la vigencia de los derechos de la Primera Enmienda (Lloyd Corp., Ltd. 407 U. S. 570; Hudgens, 424 U. S. 520; Perry, 460 U.S. 53; Kokinda, 497 U.S. 726). Para ello, aplicaremos el modelo de las esferas, que distingue entre la vida privada, social y de luz pública. Nos preguntamos cuáles son los criterios que permiten distinguir entre cada una de las esferas de la vida en sociedad, para luego proponer un concepto de foro público, basado en las características de la esfera de luz pública.

Sostendremos que, las facultades del propietario oscilan desde la absoluta facultad discrecional de excluir a los demás, que se ejerce en espacios reservados a la esfera privada, hasta la total reducción de tales facultades en espacios dedicados a la comunicación de opiniones e información en el foro público. En el primer caso, el derecho de propiedad cumple su función al servicio de la utilidad privada, mientras que en el foro público el propietario coloca su derecho al servicio del interés público. Esta distinción entre la utilidad pública y privada se corresponde con el carácter absolutamente libre de la esfera privada (Arendt, 1959: 52, 2003: 46) y el deber de moderación y racionalidad que caracteriza la participación en el ámbito público (Habermas, 1990 [1962]: 38; Mendieta y VanAntwerpen, 2011: 10). De forma que, si bien en principio el propietario tiene amplia libertad con respecto a su derecho de decidir sobre su propiedad, sin embargo, cuando se expone a la luz pública, adquiere similares deberes de racionalidad que los que serían propios de la acción del Estado, en el ejercicio de funciones públicas.

En el apartado 1 abordaremos las características de las esferas de la vida en sociedad. En el apartado 2 propondremos un concepto de foro público basado en el modelo de las esferas y desarrollaremos sus elementos conceptuales, referidos al discurso de relevancia pública (2.1); la exposición al público (2.2); el libre acceso del público espectador (2.3) y la dedicación a una finalidad expresiva (2.4). Y en el apartado 3 revisaremos los espacios de acceso restringido que tienen por finalidad el ejercicio de la ciudadanía (3.1) y los casos que han sido calificados por la jurisprudencia como foros no públicos (3.2). En el apartado 4 abordaremos la triple dimensión de los derechos fundamentales, especialmente con relación a la libertad de expresión, así como una propuesta de aplicación en el marco de las facultades de exclusión en redes sociales, en base al caso *Knight v. Trump*.

Por otra parte, el problema de si el interés de un grupo en un discurso sobre un asunto que es propio de dicha asociación, como por ejemplo las expresiones en el lugar de trabajo acerca de las condiciones laborales, se encuentra o no protegida por la libertad de expresión, es objeto de controversia en el derecho norteamericano y no podremos desarrollarlo más detenidamente en esta oportunidad (véase al respecto, Espinoza y Rivas, 2022: 16).

1. EL MODELO DE LAS ESFERAS

Para Geuss, no existe una distinción única entre lo público y lo privado. En su criterio, las diversas formas de oposición entre “público” y “privado” no son absolutas (Geuss, 2001: 109; Parkinson, 2012: 50). A diferencia de la clásica distinción público-privada, el modelo de las esferas de la vida en sociedad no plantea categorías opuestas, sino un sistema que fluye entre la vida privada, social y de luz pública. Como veremos, la discusión de ideas que se produce en la esfera social tiene importantes efectos en la formación de la opinión pública, lo que constituye una condición esencial del funcionamiento de una sociedad democrática. De tal forma, entre la esfera de luz pública y la esfera social no se produce una separación categórica sino una transición progresiva e interdependiente.

Para distinguir entre las relaciones jurídicas que tienen lugar en las distintas esferas emplearemos la clasificación de Pound, entre intereses públicos, sociales e individuales (1943: 1). Además del interés en juego, es posible distinguir entre la esfera privada, social y de luz pública de la vida en sociedad, a partir del grado de publicidad. Desde este punto de vista, en la esfera de luz pública encontramos un grado de exposición total o sin restricciones; en la esfera social una publicidad parcial o restringida a un grupo y la ausencia de publicidad en la esfera privada.

En base a tales criterios observamos que, en la esfera de luz pública se produce 1) una actividad discursiva de relevancia pública 2) expuesta a la luz pública, 3) en un plano de relaciones objetivas e impersonales 4) bajo condiciones de libertad e igualdad y 5) de carácter no excluyente.

1) El interés en el discurso público reside en el público o la audiencia y forma parte estructural del proceso comunicativo de una sociedad democrática. Según Arendt, la distinción entre la publicidad de la esfera de luz pública y la esfera social deriva del ejercicio de la acción política, a través de un discurso que tiene lugar en *la polis* (2018: 34; Fraser, 1996: 110). La exposición del artesano que muestra sus productos y recibe la estima que se le debe en el mercado de cambio no formaría parte de la esfera de luz pública (Arendt, 2003: 178). Pitkin alude a la acción política participativa, una intervención compartida, colectiva, deliberada y activa, a través de la cual la comunidad toma decisiones en interés común (1981: 344). Y, recordando los conceptos de “acuerdo público” de Kant y de “opinión pública” de Hegel, Habermas observa que el “público racional del pueblo” se constituye en el de los ciudadanos, para lograr un entendimiento sobre los asuntos de la comunidad (1990 [1962]: 183).

2) La exposición a la luz pública. La persona que aparece y se muestra a sí mismo en presencia de los demás adquiere publicidad. Se trata de un elemento que es común a la esfera de luz pública y a la esfera social de libre acceso o pública, que veremos más adelante, mientras que en la intimidad del hogar “nadie puede ser visto ni oído”, sino que permanece oculto y privado “del esplendor y la fama” (Arendt, 1990: 80). La publicidad permite completar el siguiente paso del proceso comunicativo. En palabras de Meiklejohn, “...el punto de mayor interés no son las palabras de los oradores, sino las mentes de los oyentes” (1965: 26).

3) El plano impersonal y objetivo de las relaciones que se desarrollan en la esfera pública (Geuss, 2001: 13) reduce en ellas la importancia del interés individual en la privacidad. Esta característica puede ser muy relevante en los casos en que se determina la conformidad de la conducta del propietario a la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda, como ocurre por ejemplo en materia de discriminación racial, de género, etc. También es un elemento determinante de las facultades de exclusión del propietario, frente a la actividad expresiva del orador.

4) La libertad e igualdad en la esfera de luz pública. Mientras que en la antigua polis la igualdad entre ciudadanos suponía la exclusión de quienes quedaban sujetos las relaciones familiares de dominación, como la esposa, los hijos, los esclavos y sirvientes (Arendt, 1990: 80; 2003: 44), en el Mundo Moderno la sociedad de masas ha logrado el reconocimiento de la igualdad política en la esfera pública, como un valor inherente a la forma democrática del Estado (Arendt, (1998): 130; 1994: 336; 2003: 51; Waldron, 2010: 30; Habermas, 1990 [1962]: 156).

5) El carácter no excluyente. El libre acceso y la publicidad son elementos característicos de la esfera de luz pública. Pero también pueden encontrarse en cierto ámbito de la esfera social. Distinguiremos por ello entre dos subcategorías de la esfera social, al efecto, la esfera social de libre acceso, expuesta a la luz pública y no excluyente y la esfera social colectiva o excluyente. La esfera social-pública se caracteriza por la participación del individuo en una actividad de libre e igual acceso y expuesta públicamente, en un plano de relaciones objetivas e impersonales, pero que carece del discurso de relevancia pública. La esfera social-colectiva o excluyente se caracteriza por la participación del individuo en una actividad de acceso limitado a los miembros del grupo y expuesta solo a los miembros del grupo, en un plano de relaciones referidas al grupo y en torno a un interés que solo afecta al grupo. Por su parte, la esfera privada no se encuentra expuesta a la luz pública, plantea relaciones estrictamente personales o familiares y puede o no tener la finalidad de participar en un debate de ideas, sobre asuntos que afectan a los individuos interesados.

2. EL CONCEPTO DE FORO PÚBLICO

Bajo el concepto de “foro público” aludimos a un espacio de comunicación, en el que las libertades de comunicación no sólo protegen el interés del orador, sino también el interés de la audiencia en una sociedad democrática. Por ello excluimos del concepto de foro público el ejercicio de la libertad de expresión sobre asuntos de interés de un grupo o de un individuo, en cuyo caso se trataría de un foro social o individual. En nuestro criterio, el foro público puede tener distintas características, según se realice en la esfera de luz pública, en la esfera social-pública o en la esfera social-excluyente.

En la esfera de luz pública el foro público tiene lugar en espacios, cuya finalidad primaria es una actividad discursiva. Este es el caso de ciertas instituciones de democracia directa, como el ágora, el foro romano, la *Landsgemeindeplatz* en Suiza², o la asamblea municipal (*town meeting*)³ y la reunión del distrito escolar (*school district meeting*) en los Estados Unidos, que involucran la elaboración de leyes por parte votantes (Zimmerman, 1999: 1), o como el cabildo abierto, que se realizaba en la plaza pública de las colonias españolas. El teatro ha sido designado y dedicado a actividades expresivas (Southeastern, 420 U.S. 555) y las ferias son un verdadero mercado para la comunicación de ideas e información (Brennan en Heffron, 452 U.S. 2/2). También es este el caso de los medios de radiodifusión y electrónicos como los servicios de internet y redes sociales.

En la esfera social el foro público tiene lugar en espacios, cuya finalidad primaria es distinta de la actividad discursiva. Este es el caso de las calles, aceras, plazas y parques, los cuales se encuentran dedicados al tránsito de personas y bienes (Schneider, 308 U. S. 160) así como en establecimientos abiertos al público con fines comerciales, de transporte o de recreación. Tal sería, por ejemplo, el caso de las protestas silenciosas en contra de la segregación racial en una sala de espera de una estación de autobuses (Taylor, 370 U.S. 154); en una cafetería (Garner 368 U.S. 157), o en una biblioteca pública (Brown, 383 U.S. 131).

Para determinar si la expresión se realiza tanto en un foro en la esfera de luz pública como en un foro público de la esfera social-pública, debe tratarse de un discurso (i) de relevancia pública, (ii) que permite la exposición al público y (iii) de libre acceso del público espectador.

2.1 EL DISCURSO DE RELEVANCIA PÚBLICA

En el foro público las personas tienen la intención de participar en un debate de ideas en un tema que es de interés para el público. Si falta la actividad discursiva el espacio seguiría siendo un espacio social de libre acceso o público, pero no un foro público. Según Benhabib:

...un comedor privado en el que la gente se reúne para escuchar un samizdat o en el que los disidentes se reúnen con extranjeros se convierte en espacio público; así como un campo o un bosque también pueden convertirse en espacio público si es objeto y lugar de una acción concertada, de una manifestación para frenar la construcción de una carretera o de una base aérea militar, por ejemplo. Estas diversas ubicaciones topográficas se convierten en espacios públicos en el sentido de lugares de poder, de acción común coordinada a través del discurso y la persuasión (Benhabib, 1992: 78).

2.2 LA EXPOSICIÓN AL PÚBLICO

Al elemento de la relevancia pública del discurso le sigue la exposición a la luz pública. Este elemento se observa en lugares propios de la esfera pública y dedicados a la actividad expresiva, como en el caso de los modernos edificios parlamentarios, que hacen especial énfasis en los valores de apertura y participación (Parkinson, 2012: 123), pero también se presenta en las calles, aceras, plazas y parques, así como en los establecimientos abiertos al público de la esfera social-pública.

Ciertamente es históricamente incuestionable la importancia de los espacios al aire libre y abiertos al público como las calles, aceras, parques y plazas para el ejercicio de la libertad de expresión en asuntos de relevancia pública. Sin embargo, los espacios cerrados de libre acceso público destinados al comercio, el transporte o la recreación han desempeñado un papel no menos importante. Como observa Habermas, los salones y cafés de Francia e Inglaterra sirvieron de lugar de encuentro entre la aristocracia, intelectuales e incluso artesanos y comerciantes de clase media durante los siglos XVII y XVIII. Y en Alemania, lugares clandestinos como logias y sociedades literarias, dispuestos a los encuentros del público desempeñaron una función destacada para evadir el control del Estado (1990 [1962]: 95). Por su parte, las posadas, tabernas y salas de té ejercieron un rol destacado en el proceso de independencia de los Estados Unidos. Las tabernas ofrecían a los clientes panfletos políticos y oportunidades para discutir las ideas que contenían, servían de espacio para la asamblea participativa y para el debate político. Según Linnekin, los colonos se reunían en estos espacios para “leer tratados impresos, hablar entre sí sobre temas importantes del día, debatir las noticias, organizar boicots, redactar tratados y demandas, planear la expulsión de sus señores británicos y establecer una nueva nación” (2011: 594. También en este sentido, Breen, 2004: 54).

No encontramos entonces una justificación racional para afirmar que las calles, aceras, parques y plazas deban ser objeto de un trato distinto de los lugares cerrados de libre acceso público. En ambos casos su función social se transforma en una función pública, a través de la actividad discursiva. Así, estos lugares han sido históricamente utilizados con fines de reunión, comunicación de pensamientos entre ciudadanos y discusión de cuestiones públicas. Si bien el ejercicio del derecho de reunión puede ser objeto de ciertas limitaciones particulares según se trate de un lugar a cielo abierto o de un lugar cerrado accesible al público, sin embargo, tal distinción no es determinante de la protección constitucional de la actividad o de la discrecionalidad del propietario, así como tampoco del contenido temático de lo expresado, sino que, en todo caso, podría dar lugar a ciertas regulaciones de tiempo, lugar y modo.

2.3 EL LIBRE ACCESO DEL PÚBLICO ESPECTADOR

En principio, el criterio del libre acceso permite identificar el espacio público como un área en la que cualquiera puede entrar (Geuss, 2001: 32; Parkinson, 2012: 16). La decisión del propietario de permitir para su ventaja el libre acceso del público expone tales espacios a la luz pública. Con ello, disminuye el interés del propietario en ejercer las facultades de exclusión y discriminación que son propias de un uso destinado a la privacidad y aumenta proporcionalmente su deber *prima facie* de racionalidad como ciudadano frente a la utilidad pública de la audiencia.

En ciertos casos, el problema del libre acceso puede conducir al error de confundir entre el orador y el espectador. Los lugares comerciales están diseñados para exponer productos y servicios al público. En ellos el comerciante asume el rol de expositor frente al público espectador. Si un miembro del público espectador realiza a su vez una actividad expresiva, debemos preguntarnos si su discurso es de relevancia pública, expuesto a la luz pública y si el lugar es de libre acceso del público espectador. Tales elementos estarían dados en el caso de la distribución de literatura religiosa en el área comercial de un aeropuerto (Lee, 505 U.S. 830), pero fueron rechazados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de una feria estatal, por cuanto tal actividad sólo habría podido ser realizada desde los espacios arrendados (Heffron, 452 U.S. 640). En nuestro criterio, la circunstancia de que el foro de los expositores hubiera sido limitado según los stands disponibles, no debe ser relevante al momento de determinar si el evento ofrece o no un foro público para los visitantes. A través del discurso, el espacio social del espectador puede convertirse en un foro público. Como observó el Juez Brennan en su disidencia parcial en *Heffron*, para evitar el desorden en ciertos espacios como las entradas y salidas del recinto hubiera sido suficiente una regulación de tiempo, lugar y modo que prohibiera la distribución de literatura en esos puntos (452 U.S. 662).

En los espacios de la esfera de luz pública se plantea el conflicto entre la libre expresión del orador y la facultad de exclusión del propietario. En *Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes* (1998), una emisora de televisión pública patrocinó un debate entre dos candidatos para las elecciones del Congreso de Arkansas y negó la participación de Forbes, un candidato independiente con poco apoyo popular. La Corte reconoció que el debate había sido diseñado como un foro para el discurso político de los candidatos y que tales debates tienen una importancia excepcional en el proceso electoral. Sin embargo, consideró que amplios derechos de acceso serían contrarios a la discrecionalidad de las emisoras y su personal editorial. Sostuvo que, un foro en el que el gobierno permite el acceso selectivo a oradores individuales en lugar del acceso general a una clase de oradores no es un foro público.

En nuestro criterio, en espacios cuya finalidad primaria es una actividad discursiva, el elemento del libre acceso colapsa y resulta inseparable de la facultad de realizar dicha actividad discursiva. De allí que, incorporar el elemento del libre acceso del orador en el concepto de foro público de estos espacios constituye una tautología. Como resultado tendríamos un concepto circular del cual no es posible realizar ningún proceso deductivo. Es suficiente por ello que una emisora de radiodifusión o un operador de servicios de internet abra un espacio a la actividad discursiva para un tema de relevancia pública y que permite la exposición al público, para deducir que se trata de un foro público y que el derecho de libre e igual acceso del orador en ese proceso comunicativo es objeto de protección constitucional.

Como hemos visto, del foro de la esfera de luz pública podremos deducir la facultad del orador a realizar la actividad discursiva, cuando se trate de un tema de relevancia pública y expuesto a la luz pública. Es el caso del teatro, el cual se encuentra dedicado a actividades expresivas. En *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad* (1975), la ciudad de Chattanooga había rechazado la solicitud de presentar el musical "Hair" en el Teatro Tivoli, debido a que contenía obscenidades y desnudez. La Corte concluyó que la obra no podía ser sometido a un procedimiento de autorización que permitiera la censura previa de su contenido (420 U.S. 557).

2.4 LA DEDICACIÓN A UNA FINALIDAD EXPRESIVA

A partir de *Lloyd Corp. v Tanner* (1972) y *Hudgens v. NLRB* (1976), la Corte Suprema norteamericana ha impuesto a los espacios distintos de las calles, aceras, parques y plazas, la condición de que el propietario no sólo hubiera abierto tales espacios al libre acceso, sino que los hubiera destinado a la actividad expresiva (Perry, 460 U.S. 45, *Cornelius*, 473 U. S. 802. Véase también Fiss, 1997: 107). Tal criterio es claramente más restrictivo que el empleado en *Tucker v. Texas* (1946) y en *Marsh v. Alabama* (1946), que consideraban suficiente la voluntad del propietario de abrir sus espacios al libre acceso del público. En los casos de espacios de la esfera social, lo cuales no se encuentran dedicados a la actividad expresiva, esta condición conlleva a una reducción a cero de la protección de la Primera Enmienda y a una sobrevaloración de las facultades del propietario. Ejemplo de ello es *United States v. Kokinda* (1990). En este caso Marsha B. Kokinda y Kevin E. Pearl, instalaron una mesa para recaudar contribuciones y distribuir literatura sobre temas políticos en una acera cercana a la entrada de una oficina de correos. La acera no era un pasadizo público, sino sólo dedicada a usuarios de la oficina de correos. Según la Corte, al igual que un propietario privado, el Estado podía limitar el uso de su propiedad para fines legítimos, como la distribución del correo (Kokinda 497 U. S. 735). En nuestro criterio, cuando un comerciante ofrece al público sus productos y servicios se expone a la luz pública. Su derecho de propiedad no comprende la facultad de impedir la actividad comunicativa del público, como sería por ejemplo el caso de la expresión de opiniones e información acerca de la calidad del producto o servicio o de las condiciones de trabajo de sus empleados. Pero, además, el propietario no es sólo un individuo preocupado únicamente de su propio lucro, sino al mismo tiempo un ciudadano que forma parte de una comunidad política. Como tal, tiene derechos y deberes *prima facie* basados en el principio de reciprocidad. Al mismo tiempo que el propietario como ciudadano tiene el derecho mediato de informarse en el mercado libre de las ideas, también tiene el deber mediato *prima facie* de no interferencia con la actividad expresiva en un foro público (véase al respecto, Espinoza y Rivas 2024a y 2024b). Por ello, estimamos que, en *Kokinda* debía considerarse legítima la recaudación o la distribución de literatura, en la medida en que no afectaba gravemente el servicio de correos. En lugar de una prohibición absoluta, tal equilibrio hubiera sido alcanzado bajo ciertas condiciones de tiempo, lugar y forma.

Por su parte, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito ha elaborado esquemas propios para la resolución de estos problemas. En *American Civil Liberties Union of Nevada v. City of Las Vegas* (2003) la misma se pronunció acerca de un plan de reactivación del centro de Las Vegas, mediante la creación de una zona amigable para los peatones, que también funciona como un complejo comercial y de entretenimiento, con numerosos casinos y tiendas. La ciudad adoptó Ordenanzas que prohibían la recaudación de dinero. La Corte de Apelaciones consideró irrelevante que el uso primario de la propiedad no era el de un parque o una vía pública, siempre que la actividad expresiva no interfiriera significativamente con el fin principal. Estimó que en general, los centros comerciales peatonales públicos y las zonas comerciales han sido tradicionalmente utilizados y reconocidos como un foro público.

3. CASOS ESPECIALES

3.1 ESPACIOS DE ACCESO RESTRINGIDO Y EL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA

El debate de relevancia pública y expuesto a la luz pública también puede producirse en una esfera social excluyente, es decir, en espacios de acceso restringido, cuya finalidad está asociada al ejercicio de la ciudadanía. La Corte Suprema ha reconocido la protección de la Primera Enmienda al foro público de escuelas y universidades, sin que hubiera considerado relevante que tales espacios no están abiertos al público en general sino sólo a grupos de estudiantes, lo cual confirma que, una discusión sobre temas de relevancia pública en una esfera social-excluyente también puede ser considerada un foro público⁴. En nuestro criterio, el carácter de foro público deriva en estos casos de la doble dimensión de la educación, que comprende tanto el interés del individuo en su desarrollo profesional, como la formación para la participación como ciudadano en la esfera pública (véase al respecto, Espinoza y Rivas, 2023: 257). También en el caso de los funcionarios públicos en general y, en especial el personal militar, o en el caso del debate interno de un partido político, se planea la importancia de la formación ciudadana y el compromiso con los valores democráticos.

En *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* (1969) estudiantes de una escuela pública fueron suspendidos por el uso de brazaletes como protesta silenciosa en contra de la guerra de Vietnam. La Corte sostuvo que la prohibición de expresar una opinión particular no es admisible constitucionalmente, “al menos sin evidencia de que sea necesaria para evitar una interferencia material y sustancial con el trabajo escolar o la disciplina” (393 U.S. 511). En *Widmar v. Vincent* (1981) una universidad estatal informó a un grupo religioso estudiantil que ya no podía realizar sus reuniones en el campus debido a una regulación de la Universidad que prohibía el uso de los edificios o terrenos de la Universidad “para fines de culto o enseñanza religiosa”. La Corte determinó que, a través de su política de albergar sus reuniones, la Universidad ha creado un foro generalmente abierto para uso de grupos de estudiantes. La Constitución prohíbe a un Estado hacer cumplir ciertas exclusiones de un foro generalmente abierto al público, incluso si no estaba obligado a crear el foro en primer lugar (454 U. S. 267).

También podemos identificar situaciones en las que se presentan elementos mixtos entre la esfera social-pública y la esfera social excluyente o colectiva. Tal es el caso de actividades expresivas realizadas en lugares de libre acceso, como las calles y aceras, pero cuyo mensaje de relevancia pública se dirige hacia un grupo restringido. En *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley* (1972) un manifestante en contra de la discriminación racial impugnó una ordenanza que prohibía las reuniones alrededor de las escuelas durante el horario escolar, con excepción de las protestas laborales pacíficas. La Corte declaró que la exclusión selectiva de temas de discusión en un foro público sólo era admisible en base a un interés público sustancial. En *Grayned v. City of Rockford* (1972) la Corte declaró inconstitucional una ordenanza con características similares al caso Mosley, pero mantuvo las sanciones impuestas durante una manifestación de unas 200 personas en las aceras cercanas a una escuela, en base a una ordenanza anti-ruido. Observó que, si bien la conducta se encontraba en principio protegida constitucionalmente, su restricción estaba justificada en base a una regulación de tiempo, lugar y modo, con la finalidad de proteger el interés en una sesión escolar sin interrupciones que conduzca al aprendizaje de los estudiantes (408 U.S. 119). Y en *Flower v. United States* (1972) un civil fue arrestado por distribuir folletos en una calle pública que atraviesa Fort Sam Houston, un puesto militar abierto. La Corte no encontró diferencias relevantes con la actividad discursiva en las calles públicas y revocó la sanción en una decisión *per curiam*.

3.2 EL FORO NO PÚBLICO

Bajo la categoría del foro no público, la Corte ha excluido de la protección de la Primera Enmienda aquellos espacios, que no han estado abiertos desde tiempos inmemoriales a la reunión y el debate para el discurso público, y en los que el propietario público o privado no ha dispuesto su uso público como un lugar para la actividad expresiva. Como hemos visto supra, este concepto ha conducido en ciertos casos a la reducción a cero de la protección de la Primera Enmienda y a una sobrevaloración de las facultades del propietario.

En *Adderley v. Florida* (1966) Harriett Louise Adderley y otros 107 estudiantes que protestaban en contra de la detención de otros estudiantes y la segregación carcelaria fueron condenados por ingresar a los terrenos de una cárcel a través de un camino utilizado únicamente para fines carcelarios y sin previo aviso ni permiso del sheriff. Y en *Greer v. Spock* (1976) fue rechazada la solicitud de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de los Estados Unidos para distribuir literatura y ofrecer un discurso al personal de Fort Dix, una zona militar destinada a actividades de entrenamiento para el personal militar, que permite el tráfico de vehículos civiles y de peatones civiles. La regulación prohíbe los discursos y manifestaciones de carácter político partidista, así como la distribución de cualquier publicación, sin permiso previo.

En ambos casos, se presentan elementos de la esfera social excluyente o colectiva. Mientras que los terrenos de la cárcel de Adderley normalmente no eran utilizados por el público, sino por el departamento del alguacil para transportar a los prisioneros, las calles de la zona militar de Greer eran de libre acceso público. En ambos casos el mensaje de relevancia pública se dirige hacia a un grupo restringido de personas al igual que en los precedentes mencionados en el apartado anterior. Pero aquí naturaleza de la actividad del centro penitenciario y del fuerte militar sirvieron a la Corte para calificar estos espacios como un foro no público. Al igual que un propietario privado, el Estado podía limitar el uso de su propiedad para fines legítimos, como en el caso del uso carcelario (Adderley, 385 U.S. 47) o el entrenamiento de soldados (Greer, 424 U.S. 838).

En *Adderley y Greer* la exclusión del ámbito de aplicación de la Primera Enmienda en espacios de propiedad pública o privada distintos del foro público tradicional y la deferencia a la discrecionalidad del propietario permitió a la Corte evadir el análisis de si el discurso en el ámbito de la cárcel o el discurso político en el ámbito militar eran o no compatibles con la actividad, o si por el contrario se trataba de un mecanismo de censura en base al contenido de lo expresado, prohibido por la Primera Enmienda. En nuestro criterio, al igual que los estudiantes de escuelas y universidades, los funcionarios públicos en general y, en especial el personal militar debe recibir formación en valores democráticos. La libre expresión del orador, los derechos políticos de los funcionarios⁵, así como el interés del público en el libre debate de ideas no son ajenas a la naturaleza de las instituciones públicas. Estos intereses deben ser ponderados con respecto a la objetividad e imparcialidad política y los fines de la institución⁶. La prohibición absoluta del discurso en las cárceles o la prohibición selectiva del discurso político en el ámbito militar serían difícilmente compatibles con tal equilibrio.

En ciertos casos, un servicio ha sido designado para el uso de un determinado grupo de personas, por lo que corresponde a una esfera social excluyente. En *Perry* se le otorgó acceso al correo escolar a un sindicato que había sido elegido representante exclusivo de los maestros, mientras que se negó el acceso a un sindicato rival. Y en *Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund* (1985) una Campaña Federal Combinada (CFC), permitía sólo a agencias de servicios de salud y bienestar la recaudación de fondos a través de una declaración de 30 palabras presentada para su inclusión en la literatura del CFC y distribuida a los empleados federales. Ciertas organizaciones dedicadas a la actividad política, de promoción, lobby o litigio consideraron infringido su derecho de la Primera Enmienda por la negativa a ser incluidos en la mencionada campaña de recaudación de fondos.

Perry y Cornelius sirvieron a la Corte para el desarrollo de las categorías de foro público designado y no público. En ambos casos la Corte calificó el espacio como un foro no público, debido a que no habían sido abiertos al público en general (*Perry*, 460 U. S. 49; *Cornelius*, 473 U. S. 806). Hemos visto que el libre acceso del orador no puede ser un requisito para determinar precisamente si el orador tiene el derecho de acceso, sin incurrir con ello en un argumento circular. Pero, en nuestro criterio, en ambos casos era innecesario el análisis del libre acceso, debido a que ni el correo escolar en *Perry*, ni la campaña de recaudación de fondos en *Cornelius* eran asuntos de relevancia pública, sino que sólo eran de interés para los miembros del grupo, por lo que no podía tratarse de un foro público, sino de un foro social. En el foro social debe determinarse si la exclusión de un orador afecta el interés de los miembros del grupo de acceder a opiniones e información relevantes para los fines del grupo.

En *International Soc. for Krishna Consciousness* (1992) la Autoridad Portuaria decidió prohibir la recaudación de dinero y la distribución de material impreso en los aeropuertos, a pesar de que se trata de un amplio complejo abierto tanto a viajeros como a no viajeros. Los aeropuertos albergan restaurantes, cafeterías, bares, salones de cócteles, oficinas de correos, bancos, oficinas de telégrafos, tiendas, farmacias y otros comercios. La Corte negó el carácter de foro público, debido a que los operadores aeroportuarios no habían abierto los terminales a la libre expresión (505 U. S. 679-681) y confirmó la prohibición de actividades de recaudación de dinero dentro de las terminales del aeropuerto. Sin embargo, en una decisión *per curiam*, declaró que la regulación que prohibía la distribución de literatura era contraria a la Primera Enmienda (505 U.S. 830; Bhagwat & Struhar, 2013: 186). Mientras que los votos de los jueces Kennedy y Souter rechazaron el concepto estricto de foro público, la jueza O'Connor sostuvo que la prohibición no era una regulación razonable debido a que no se trata de una actividad incompatible con el ambiente de múltiples usos de los espacios de un aeropuerto.

En nuestro criterio, el área comercial de un aeropuerto es un espacio que no se encuentra destinado a la actividad discursiva, en el que un miembro del público espectador expone ideas de relevancia pública, como en este caso la recaudación de dinero y la distribución de material impreso sobre asuntos religiosos, en lugares expuestos a la luz pública y de libre acceso del público espectador. No es relevante que no sean espacios a cielo abierto, como las calles, aceras y plazas, sino que también los espacios cerrados destinados al comercio, el transporte y la recreación han sido tradicionalmente usados para la expresión de ideas. De allí que, a diferencia de la decisión de la Corte Suprema, estimamos que se trata de un foro público en una esfera social-pública, cuya actividad expresiva merece la protección de la Primera Enmienda, salvo por las restricciones razonables de tiempo, lugar y modo, cuya finalidad es evitar la afectación de la actividad comercial.

4. LA TRIPLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En un sistema de relaciones jurídicas debemos superar el monismo de los derechos individuales para reconocer otras categorías jurídicas, sin que ello resulte excluyente de la función protectora del individuo. En nuestro criterio, frente a los derechos individuales se ubican los deberes sociales como elementos correlativos y en la esfera pública debemos asumir ciertos deberes frente al público. Al lado de los derechos individuales debemos tomar en consideración los intereses de los miembros de una sociedad y del público, que influyen en las relaciones jurídicas que tienen lugar en las distintas esferas de la vida y que llamaremos derechos sociales y públicos abstractos.

4.1 LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Los derechos fundamentales tienen por finalidad la protección de intereses del individuo. Esta idea se atribuye a von Jhering (Jellinek, 1892: 41) y es una postura dominante hasta nuestros días (Dworkin, 2012: 37; Raz, 2001 [1992]: 57). La existencia de situaciones en las que el valor de los derechos resulta determinado por motivos distintos al interés individual (Pildes, 1998: 762) ha llevado a algunos autores a cuestionar ese criterio. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho a la libertad de expresión.

En la doctrina se ha sostenido que la libertad de expresión cumple una finalidad protectora del interés del individuo (Dworkin, 1994: 12). Desde el punto de vista del interés individual, la libertad de expresión también tiene la función de fomentar la autorrealización y la autodeterminación de los individuos (Baker, 1989: 5). Según Emerson el desarrollo de la personalidad del individuo depende de la protección del derecho a formarse sus propias creencias y opiniones y del derecho a expresar estas creencias y opiniones (1962: 879).

Si aplicamos estos criterios al caso *Knight v. Trump* podemos afirmar que los demandantes Buckwalter, Cohen, Figueroa, Gu, Neely, Papp y Pappas pueden hacer valer la presunta infracción de su derecho individual a la libertad de opinión por haber sido bloqueados de la cuenta del presidente Trump y que el Instituto Knight puede hacer valer la presunta infracción de su derecho individual a conocer tales opiniones.

Por otra parte, puede quedar aquí sin resolver si el ejercicio de las facultades de exclusión forma parte del derecho de propiedad de la empresa Twitter o si el presidente Trump como titular de la cuenta está protegido por el derecho de propiedad. El elemento relevante se refiere más bien a la privacidad, en el sentido de no ser expuesto sin su consentimiento a las ideas de los demás. Este derecho también tiene una dimensión individual, tal como ha sido reconocido en términos casi absolutos en el caso de la facultad de exclusión de publicidad dentro del hogar de la persona, (*Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S. 738, prohibición de envío de correos), mientras que en una dimensión social no constituye un escudo frente a las ideas de los demás (*Public Utilities Comm'n v. Pollak*, 343 U.S. 464, programas de radio en los vehículos públicos; *Cohen v. California*, 403 U.S. 22, chaqueta con el mensaje "Fuck the Draft").

Hasta este punto coincidimos con la decisión de los tribunales de instancia. Sin embargo, estos tribunales sostuvieron que el bloqueo de la cuenta era atribuible a la acción del Estado y no de un particular. Disentimos de la idea que excluye la protección de la Primera Enmienda en espacios de propiedad privada. En nuestro criterio, la vigencia de este derecho en relaciones entre particulares no lleva a una restricción excesiva de la libertad individual, sino que, por el contrario, es esencial para la protección del debate en una democracia.

4.2 LOS DEBERES RECÍPROCOS

La jurisprudencia norteamericana rechaza la posibilidad de que un particular, como en este caso, el presidente Trump, sea el sujeto obligado por los derechos de Buckwalter y otros a la libertad de expresión. Si nos preguntamos acerca del deber correlativo de los derechos fundamentales, la opinión absolutamente dominante sostiene que tal obligación corresponde al Estado. Según su naturaleza los derechos fundamentales tendrían por finalidad brindar protección en ámbitos históricamente asediados por quienes ejercen el poder público. Esta postura es coherente con la interpretación literal del texto constitucional y sirvió de base a la doctrina de la *state action*⁷.

En nuestro criterio esta relación jurídica vertical puede ser explicada en el marco de la idea del contrato social. La convivencia en una sociedad civilizada se logra a través de un acuerdo basado en el beneficio mutuo en la protección y no interferencia en el derecho de cada uno de nosotros. En este estado se plantean las relaciones no conflictivas en las que cada uno reconoce que su derecho de hacer algo debe ceder frente a un deber de no interferencia de mayor peso. Pero, dado que este proceso de autoregulación no funciona en todos los casos y algunos de nosotros podría pretender una ventaja injusta, se justificó la necesidad de un pacto adicional de sujeción (*pactum subjectionis*), en el que se otorga al representante del Estado la facultad de hacer

cumplir los derechos de cada uno frente al Estado, es decir, frente al resto de la sociedad civil (Hobbes, 2005: 28; von Feuerbach 1798: 28). En un siguiente nivel evolutivo, el concepto del Estado se separó de la sociedad civil, para convertirse en un ente ajeno e incluso antagonista a nosotros (von Jhering 1877: 592) y cada uno de nosotros dejó de ser considerado como titulares de los deberes de protección y no interferencia. Los deberes recíprocos entre los socios del pacto social se convirtieron en deberes de obediencia frente al Estado, entendido como entidad distinta de la sociedad y que, según Hegel, constituye “el todo ético, la realización de la libertad, y la finalidad absoluta de la razón” (2000 [1821]: 258).

Pero si volvemos a la idea del pacto social, podemos reconocer la existencia de deberes recíprocos entre los ciudadanos y desestimar la tesis de la inmunidad del individuo frente a los derechos de los demás. El derecho individual es entonces la causa de dos tipos de deberes. En la esfera privada del individuo, el ámbito protegido por los derechos individuales es la base de deberes *prima facie* frente a sí mismo (Von Pufendorf. 1735 [1673]: 56; Ross, 1951 [1939]: 85; Raz, 2001 [1989]: 50). De esta forma, el interés individual de los demandantes Buckwalter y otros y del Instituto Knight a la libertad de expresión, así como el derecho a la privacidad del presidente Trump, constituyen deberes *prima facie* frente a sí mismos.

En la esfera social el ámbito protegido por los derechos individuales constituye intereses sociales y sirve de justificación a los deberes mediatos *prima facie* frente a los demás. Hohfeld sostuvo que de tales libertades no se sigue necesariamente que otros tengan el deber de no interferir (2004 [1913]: 60). Frente al presidente Trump los derechos de Buckwalter y otros no constituyen la causa directa de un deber definitivo de no intervención. No se trata ciertamente de un deber directo ni definitivo, debido a que no existe un acuerdo de voluntades que lo justifique. Pero sí podemos recurrir a la idea de un pacto social tácito de no interferencia en la libertad de los demás, del cual deriva un deber social de todos de no interferencia en la libertad de expresión de Buckwalter y otros y, de forma mediata un deber *prima facie* del presidente Trump, como parte de esa sociedad. Por su parte, el derecho de propiedad e intimidad del presidente Trump es la causa mediata de un deber *prima facie* de Buckwalter y otros de no interferencia.

4.3 VALORACIÓN Y PONDERACIÓN

Podríamos asignar un elevado valor al interés individual de Buckwalter y otros en expresar sus ideas y conocer las ideas de otros, como parte de su condición de seres humanos racionales y libres. Pero no existe una relación de proporcionalidad directa con respecto al valor del interés individual del presidente Trump. Pareciera que el ejercicio libre de las facultades de exclusión de su cuenta de Twitter y no ser confrontado con las opiniones disidentes de los demás también pueden ser valorados como muy importantes. El mayor valor de un derecho individual no determina una disminución del valor de otro derecho individual.

En contra de la doctrina dominante estimamos que el conflicto entre derechos *prima facie* no es de naturaleza normativa, sino fáctica, como ya lo había advertido Hobbes (Eggers, 2008: 156). A ello se suma que el valor social de que un bien no siempre está determinado por el interés individual, sino también por su impacto social. Por ejemplo, en cuanto al hurto famélico, Spencer sostuvo que no es el valor de la pieza de pan, sino la importancia de que la propiedad sea segura para el resto de los miembros de la sociedad lo que justificaba la protección del derecho (1960 [1885]: 208). En estos casos, el deber social de no interferencia no sólo depende de la importancia de los intereses del titular, es decir, un interés o derecho individual concreto, sino también de un interés o derecho social abstracto, cuya valoración depende de la medida en la que los demás se benefician al beneficiar los intereses de los titulares (Raz, 2001 [1992]: 63).

Dado que las diferentes variables en un conflicto de derechos son independientes entre sí, es sólo una circunstancia fáctica la que determina el mayor o menor valor de alguno de ellos y no es posible excluir la posibilidad de resultados que no permitan distinguir una clara prevalencia de alguno frente a los demás elementos en juego. Por el contrario, el rol de la persona en una situación jurídica puede resultar decisivo del juicio de ponderación. Una persona es al mismo tiempo individuo, preocupado de sí mismo; conciudadano preocupado de los intereses sociales y ciudadano preocupado de los intereses públicos y políticos. Pero su conducta no se produce al mismo tiempo en varias esferas. El propietario puede dedicar su propiedad a un uso exclusivamente privado, como el hogar de su familia, o a un uso social como la sede de su empresa o social público, como la exposición pública de sus productos y servicios o, a un uso público, como un lugar de debate de ideas. En este ámbito el principio de ponderación funciona sin posibilidades de empate debido a que se trata una variable única regida por una relación de proporcionalidad directa. Mientras mayor sea la dedicación a una función privada, mayor valor corresponde a sus facultades de exclusión y a sus deberes frente a sí mismo, y al revés, mientras mayor sea la dedicación a una función pública, mayor valor corresponde a sus deberes sociales y públicos y a sus intereses como ciudadano.

Por ello, estimamos que el conflicto se plantea, por una parte, entre el deber de Buckwalter y otros de proteger su libertad de expresión y su propio deber *prima facie* de no interferencia en las facultades de exclusión y en la privacidad del presidente Trump y, por otra parte, entre el deber *prima facie* del presidente Trump de proteger sus propias facultades de exclusión y privacidad y su deber mediato *prima facie* de no interferencia en la libertad de expresión de Buckwalter y otros.

En la esfera política el presidente Trump tiene además un deber *prima facie* frente al público de no interferencia en el debate libre de ideas de relevancia pública, mientras que Buckwalter y otros tienen el deber público *prima facie* de no interferencia en las condiciones de una democracia entre ciudadanos libres e iguales. Además, al igual que antes afirmamos la existencia de derechos sociales abstractos, en la esfera pública encontramos derechos públicos abstractos. El derecho del público es la justificación de buena parte de las teorías que discuten acerca del valor de la libertad de expresión, como lo demuestra, la posición del Instituto Knight en el caso bajo estudio. Para abordar este conflicto debemos detenernos en la distinción entre las distintas esferas privada, social y de luz pública, así como las teorías en torno al foro público.

Recordemos que Donald Trump creó su cuenta de Twitter @realDonaldTrump en marzo de 2009 para opinar e informar sobre una variedad de temas, incluida la cultura popular y la política. Luego de su investidura en enero de 2017, el presidente Trump utilizó la cuenta como un canal para comunicarse e interactuar con el público en temas vinculados a su administración y en temas no directamente relacionados con los asuntos oficiales del gobierno. La cuenta @realDonaldTrump es generalmente accesible al público en general sin tener en cuenta la afiliación política o cualquier otro criterio limitante.

Estos elementos nos permiten deducir que la finalidad de la cuenta @realDonaldTrump es el debate sobre asuntos de relevancia pública, es decir, sobre temas que no solo afectan los intereses de determinados individuos o grupos sino de todos los miembros de una comunidad política. La exposición pública de la cuenta @realDonaldTrump deriva de la opción de su titular de que no sea una “cuenta protegida”, lo que significa que cualquier miembro del público puede ver sus tuits sin su aprobación e incluso sin tener una cuenta de Twitter. En este ámbito las interacciones están destinadas a mantenerse dentro de un tono impersonal y objetivo, y no se trata de relaciones en las que se pueda esperar algún tipo de privacidad.

En cuanto a los elementos que son propios del concepto de foro público encontramos que la finalidad de la cuenta @realDonaldTrump es la realización de una actividad discursiva, en asuntos que, como hemos visto son de relevancia pública, expuestos al público y de libre acceso del público. El discurso no sólo se realiza desde el punto de vista del titular de la cuenta, sino que el público tiene la posibilidad de reaccionar directamente con el contenido de los tweets al responder, retwittear o marcar “me gusta” al tuit. Y, en la medida en que el discurso del público es de relevancia pública, expuesto al público y de libre acceso, debe encontrarse también protegido por la Primera Enmienda.

Este es el caso de los demandantes que fueron bloqueados justo después de haber publicado una respuesta a un tweet de @realDonaldTrump. Las respuestas expresaron, en general, descontento con el presidente, en algunos casos con un lenguaje incendiario, llamándolo por ejemplo “autoritario, corrupto e incompetente”. En la ponderación ad-hoc de la doctrina del foro público estos elementos deberían ser suficientes para deducir la protección del acceso libre y sin discriminaciones de la audiencia a la cuenta @realDonaldTrump.

Recordemos que el conflicto en la esfera pública no se plantea solo entre el propietario y el orador, sino que el público ejerce un papel central. La postura del Instituto Knight ilustra la idea de que el valor del interés público no solo depende del interés o derecho individual concreto de Buckwalter y otros en expresar ideas ya se trate de argumentos racionales o emocionales e incendiarios como pareciera ser el caso de las expresiones “autoritario, corrupto e incompetente” (Cohen v. California, 403 U.S. 26), sino también del interés o derecho público abstracto del público al acceso a la mayor diversidad de ideas. Un criterio contrario llevaría a la formación de las llamadas burbujas informativas y de opinión, en las que la audiencia sólo se expone a una única forma de pensamiento y que, como se sabe, conduce al extremismo y la polarización, en lugar de las condiciones de apertura y pluralismo que son necesarias en una sociedad democrática.

En este ámbito la libertad de expresión adquiere una función que excede la protección de intereses individuales y asume la tarea de proteger otros bienes jurídicos especialmente asociados al buen funcionamiento del sistema democrático, tales como el interés del público de descubrir la verdad a través del libre mercado de las ideas (Barendt, 2007: 8). Habermas alude en este sentido a los derechos fundamentales que protegen la esfera del razonamiento público (1990 [1962]: 153) y que resultan del estatus de miembro de la comunidad jurídica (1998: 188). La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el discurso de relevancia pública es de mayor importancia que el discurso sobre asuntos privados (Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, 472 U.S. 749, 759, 1985). Si bien se protege el discurso con fines privados, como en el caso de la publicidad comercial, sin embargo, su función más destacada está al servicio del debate desinhibido de una sociedad democrática.

Hemos visto que tanto el interés individual de Buckwalter y otros en expresar sus ideas y conocer las ideas de otros, como parte de su condición de seres humanos racionales y libres, como el ejercicio libre de las facultades de exclusión de su cuenta de Twitter y no ser confrontado con las opiniones disidentes de los demás pueden ser valorados como muy importantes. Sin embargo, la conducta de ninguna de las partes tuvo lugar en su esfera privada, sino en la esfera política. En este ámbito prevalece deber *prima facie* del presidente Trump de no interferencia en el libre debate de ideas de relevancia pública, frente a sus facultades de exclusión y privacidad (también en este sentido, Fiss, 1997: 36). El derecho público abstracto de la audiencia, y del Instituto Knight como parte del público, ejerce en este caso una función al servicio del interés en la formación de la opinión pública en asuntos del más alto interés y preocupación públicas y puede justificar la imposición de restricciones, tales como el deber del orador de tolerar la crítica política. La importancia de la afectación a la privacidad disminuye en forma inversamente proporcional a la importancia de los deberes de tolerancia que derivan de su exposición a la luz pública.

Por los mismos motivos, el deber público *prima facie* de Buckwalter y otros de no interferencia en las facultades del propietario de la cuenta de Twitter no son más importantes que el ejercicio de su derecho a opinar y estar informados, especialmente porque sus intereses individuales protegidos por la Primera Enmienda coinciden con los intereses del público.

5. CONCLUSIONES

En *Lloyd Corp.* y *Hudgens*, así como en *Greer, Perry* y *Cornelius*, la Corte adoptó una regla que sólo admite la imposición de deberes de racionalidad al propietario, cuando éste hubiera autorizado la actividad discursiva. Dicha regla es una adaptación del silogismo realizado en *Davis v. Massachusetts*, que considera que el derecho del propietario de un espacio expuesto al público merece igual protección que el derecho del propietario de una vivienda (167 U.S. 47). Con ello, el mercado de las ideas queda expuesto a los peligros de la censura, que la Corte ha tratado de erradicar no sólo cuando una regulación permite el control previo del contenido de lo expresado, sino también cuando disposiciones indeterminadas dejan una amplia facultad de decisión en manos de un funcionario, para determinar cuáles expresiones de opinión serán permitidas y cuáles no (*Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 557). Pero, las facultades que puede ejercer el propietario en el ámbito de su vivienda, es decir, en su esfera privada, deben ser objeto de una valoración distinta en comparación con las facultades que le corresponden en definitiva en una esfera de luz pública o en una esfera social. En estos casos, la protección de su privacidad debe ser reducida en la misma proporción en que se ha expuesto voluntariamente a la luz pública. Y mientras que disminuye su facultad libre como individuo, aumenta su deber de racionalidad como ciudadano. Como miembro de una comunidad política, el propietario es titular de deberes y derechos mediatos *prima facie*, entre los que se encuentra el deber de no interferencia en el libre mercado de las ideas.

Por su parte, si bien coincidimos con la doctrina de la Corte en que las facultades del propietario privado y del Estado son en definitiva similares, no compartimos el argumento en que se basa. En nuestro criterio, el Estado es un participante neutro, tanto en relaciones jurídicas de derecho privado como público. En las primeras, se plantea el conflicto entre el interés del orador de expresar sus ideas, el interés del propietario privado y el interés de la audiencia en la formación libre y plural de la opinión pública. Mientras que en los casos en que el espacio es propiedad del Estado, se plantea el conflicto entre el interés del orador de expresar sus ideas, el interés público del servicio al cual se encuentra destinado y el interés de la audiencia en la formación libre y plural de la opinión pública. En ambos casos, la actuación del Estado ya sea como legislador, como juez o como autoridad, incluyendo al administrador del servicio en un espacio propiedad del Estado, no puede ser distinto al resultado de la ponderación o *balancing* de los intereses mencionados.

REFERENCIAS

- Arendt, H. (1959). Reflections on little rock. *Dissent*, 6(1), 45-56.
- Arendt, H. (1990). Philosophy and Politics. *Social Research*, 57(1), 73–103.
- Arendt, H. (1994). On the nature of totalitarianism: an essay in understanding. En *Essays in understanding, 1930-1954: formation, exile, and totalitarianism* (pp. 328-361). Schocken.
- Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus.
- Arendt, H. (2003). *La condición humana*. Paidós
- Arendt, H. (2018). *¿Qué es la política? Comprensión y política*. Partido de la Revolución Democrática
- Baker, C. E. (1989). *Human liberty and freedom of speech*. Oxford University Press on Demand.
- Barendt, E. (2007). *Freedom of speech*. Oxford University Press.
- Benhabib, S. (1992). Models of public space: Hannah Arendt, the liberal tradition, and Jurgen Habermas. En C. Calhoun (Ed.), *Habermas and the public sphere* (pp. 73-98). Massachusetts Institute of Technology.
- Bhagwat, A. y Struhar, M. (2013). Justice Kennedy's free speech jurisprudence: a quantitative and qualitative analysis. *McGeorge Law Review*, 44(1), 167.
- Breen, T. (2004). *The marketplace of revolution: how consumer politics shaped American independence*. Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1994). A new map of censorship. *Index on Censorship*, 23(1-2), 9-15. <https://doi.org/10.1080/03064229408535633>
- Dworkin, R. (2012). Los derechos en serio. Ariel.
- Eggers, D. (2008). *Die naturzustandstheorie des Thomas Hobbes: eine vergleichende analyse von 'The elements of law', 'De cive' und den englischen und lateinischen fassungen des 'Leviathan'*. Walter de Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110209983>
- Emerson, T. I. (1962). *Toward a general theory of the First Amendment*. Yale Law Journal, 72, 877- 879. <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/2145/>
- Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, J. (2022). Efectos de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares: Especial referencia a la tipología de casos en la state action de los Estados Unidos y su comparación frente a la mittelbare drittwirkung de Alemania. *Revista General de Derecho Público Comparado*, (31), 1-31.
- Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, J. (2023). La formación en ciudadanía en la esfera pública. Las relaciones jurídicas cuasi públicas en el caso de la desegregación racial en las escuelas de los Estados Unidos. *Revista Derechos y Libertades*, (49), 225-258. <https://doi.org/10.20318/dyl.2023.7724>.
- Espinoza-Rausseo, A. y Rivas-Alberti, J. (2024a). Derechos constitucionales y deberes recíprocos. Especial referencia a las relaciones entre particulares y a la doctrina de la state action del derecho norteamericano. *Revista de Estudios Políticos*, (203), 85-126. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.203.04>

- Espinoza-Rausseo, A. y Rivas-Alberti, J. (2024b). Ni horizontales ni verticales. Los deberes mediatos prima facie y su aplicación a los casos de la doctrina del public forum en el derecho norteamericano. *Revista de Derecho Político*, (121), 235-269. <https://doi.org/10.5944/rdp.121.2024.43075>
- Farber, D. A. y Nowak, J. E. (1984). The misleading nature of public forum analysis: content and context in first amendment adjudication. *Virginia Law Review*, 70(6), 1219–1266. <https://doi.org/10.2307/1072999>
- Fiss, O. (1997). *Libertad de expresión y estructura social*. Fontamara.
- Fraser, N. (1996). Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. En C. Calhoun (Ed.), *Habermas and the public sphere* (pp. 109-142).. Massachusetts Institute of Technology
- Geuss, R. (2001). *Public goods, private goods*. Princeton University Press.
- Habermas, J. (1990). Strukturwandel der öffentlichkeit: untersuchungen zu einer kategorie der bürgerlichen gesellschaft. Suhrkamp.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta.
- Hegel, G. W. (2000). *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado* (Trad. E. Vázquez). Biblioteca Nueva. (Trabajo original publicado en 1821)
- Hobbes, T. (2005). *Del ciudadano y Leviatán* (Trad. E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto). Titivillus.
- Hohfeld, W. N. (2004). *Conceptos jurídicos fundamentales* (Trad. G. Carrió). Distribuciones Fontamara. (Trabajo original publicado en 1913)
- Jellinek, G. (1892). *System der subjektiven öffentlichen rechte*. J.C.B. Mohr
- Jhering, R. von. (1877). *Der zweck im recht: band 1*. Breitkopf und Härtel
- Linnekin, B. (2011). Tavern talk and the origins of the Assembly Clause: tracing the first Amendment's Assembly Clause back to its roots in colonial taverns. *UC Law Constitutional Quarterly*, 39(3), 593-628.
- Matyja, M. (2016). Is direct democracy in Switzerland dysfunctional?. *Przegląd Politologiczny*, (4), 19-26.
- Meiklejohn, A. (1965). *Political freedom: The constitutional powers of the people*. Oxford University Press.
- Mendieta, E. y VanAntwerpen, J. (2011). Introduction. En E. Mendieta y J. VanAntwerpen (Eds.), *The power of religion in the public sphere* (pp. 9-20). Columbia University Press.
- Parkinson, J. R. (2012). *Democracy and public space: the physical sites of democratic performance*. Oxford University Press.
- Pildes, R. H. (1998). Why rights are not trumps: social meanings, expressive harms, and constitutionalism. *The Journal of Legal Studies*, 27(S2), 725–763. <https://doi.org/10.1086/468041>
- Pitkin, H. F. (1981). Justice: on relating private and public. *Political Theory*, 9(3), 327–352.
- Pound, R. (1943). A survey of social interests. *Harvard Law Review*, 57(1), 1–39. <https://doi.org/10.2307/1334970>
- Raz, J. (2001). Independizar a los deberes. En *La ética en el ámbito público* (Trad. M. L. Melón) (pp 42-56). Gedisa. (Obra original publicada en 1989)
- Ross, W. D. (1951). *Foundations of ethics*. Oxford University Press. (Obra original publicada en 1939).

- Spencer, H. (1960). *The man versus The State*. Caxton Printers.(Obra original publicada en 1885).
- Stephens Jr, O. H. y Scheb, J. M. (2018). *American constitutional law: civil rights and liberties, Volume II*. Cengage Learning.
- von Feuerbach, P. J. A. R. (1798). *Anti-Hobbes: oder über die grenzen der höchsten gewalt und das zwangsrecht der bürger gegen den oberherrn (Vol. 1)*. Hennings.
- von Pufendorf, S. F. (1735). *The whole duty of man according to the law of nature*. R. Gosling. (Obra original pyblicada en 1673).
- Waldron, J. (2010). Arendt on the foundations of equality. En S. Benhabib (Ed.). *Politics in dark times: encounters with Hannah Arendt* (pp. 17-38). Cambridge University Press.
- Zimmerman, J. (1999). *The New England town meeting: democracy in action*. Bloomsbury Publishing USA.

JURISPRUDENCIA

- U.S. Supreme Court. (1875). *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542. 1875. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/542/>
- U.S. Supreme Court. (1883). *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3. 15 de octubre de 1883. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/>
- U.S. Supreme Court. (1897). *Massachusetts v. Davis*, 167 U.S. 43. 10 de mayo de 1897. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/167/43/>
- U.S. Supreme Court. (1939). *Schneider v. State*, 308 U.S. 147, 163. 22 de noviembre de 1939. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/147/>
- U.S. Supreme Court.(1940). *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296. 20 de mayo de 1940. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/>
- U.S. Supreme Court. (1946). *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501. 7 de enero de 1946. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/>
- U.S. Supreme Court. (1946). *Tucker v. Texas*, 326 U.S. 517. 7 de enero de 1946. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/517/>
- U.S. Supreme Court. (1947). *United Public Workers v. Mitchell*, 330 U.S. 75. 10 de febrero de 1947. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/75/>
- U.S. Supreme Court. (1952). *Public Utilities Comm'n v. Pollak*, 343 U.S. 451. 26 de mayo de 1952. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/451/>
- U.S. Supreme Court. (1954). *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612. 7 de junio de 1954. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/612/>
- U.S. Supreme Court. (1961). *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 157. 19 de octubre de 1961. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/368/157/>
- U.S. Supreme Court. (1962). *Taylor v. Louisiana*, 370 U.S. 154. 4 de junio de 1962. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/154/>

- U.S. Supreme Court. (1965). *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536. 18 de enero de 1965. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/536/>
- U.S. Supreme Court. (1966). *Brown v. Louisiana*, 383 U.S. 131. 23 de febrero de 1966. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/131/>
- U.S. Supreme Court. (1966). *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39. 14 de noviembre de 1966. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/39/>
- U.S. Supreme Court. (1969). *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503. 24 de febrero de 1969. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/503/>
- U.S. Supreme Court. (1970). *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S. 728. 4 de mayo de 1970. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/728/>
- U.S. Supreme Court. (1971). *Cohen v. California*, 403 U.S. 15. 7 de junio de 1971. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/15/>
- U.S. Supreme Court. (1972). *Flower v. United States* 407 U.S. 197. 12 de junio de 1972. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/197/>
- U.S. Supreme Court. (1972). *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104. 26 de junio de 1972. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/104/>
- U.S. Supreme Court. (1972). *Lloyd Corp. v. Tanner* 407 U.S. 551. 22 de junio de 1972. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/551/>
- U.S. Supreme Court. (1972). *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92. 26 de junio de 1972. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/92/>
- U.S. Supreme Court. (1973). *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601. 25 de junio de 1973. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/601/>
- U.S. Supreme Court. (1975). *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546. 18 de marzo de 1975. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/546/>
- U.S. Supreme Court. (1976). *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507. 3 de marzo de 1976. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/507/>
- U.S. Supreme Court. (1976). *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828. 24 de marzo de 1976. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/828/>
- U.S. Supreme Court. (1981). *Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640. 22 de junio de 1981. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/640/>
- U.S. Supreme Court. (1981). *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263. 8 de diciembre de 1981. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/454/263/>
- U.S. Supreme Court. (1983). *Perry Educ. Ass'n v. Perry Loc. Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37. 23 de febrero de 1983. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/37/>
- U.S. Supreme Court. (1985). *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 759. 26 de junio de 1985. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/749/>

- U.S. Supreme Court. (1985). *Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund*, 473 U.S. 788. 2 de julio de 1985. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/788/>
- U.S. Supreme Court. (1990). *United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720. 27 de junio de 1990. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/720/>
- U.S. Supreme Court. (1992). *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*, 505 U.S. 672. 26 de junio de 1992. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/672/>
- U.S. Supreme Court. (1992). *Lee v. International Soc. for Krishna Consciousness, Inc.*, 505 U.S. 830. 26 de junio de 1992. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/830/>
- U.S. Supreme Court. (1998). *Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes*, 523 U.S. 666. 18 de mayo de 1998. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/523/666/>
- U.S. Supreme Court. (2003). *American Civil Liberties Union of Nevada v. City of Las Vegas*, 333 F.3d 1092. 2 de julio de 2003. <https://caselaw.findlaw.com/court/us-9th-circuit/1428301.html>
- U.S. Supreme Court. (2018). *Knight First Amendment Institute v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541 - Dist. Court, SD New York 2018.
- U.S. Supreme Court. (2019). *Knight First Amendment Inst. Columbia v. Trump*, 928 F. 3d 226 - Court of Appeals, 2nd Circuit 2019.
- U.S. Supreme Court. (2020). *Knight First Amendment Institute v. Trump*, 953 F. 3d 216 - Court of Appeals, 2nd Circuit 2020.
- U.S. Supreme Court. (2021). *Biden v. Knight First Amend Inst at Columbia Univ*, 141 S. Ct. 1220

NOTAS

- 1 El presente trabajo forma parte de un proyecto de investigación autogestionado, en torno al Estudio comparado sobre los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, en Alemania y los Estados Unidos.
- 2 En la Landsgemeindeplatz tiene lugar anualmente una asamblea popular, en la que ciertos ciudadanos se congregan para discutir y tomar decisiones sobre los asuntos cantonales más importantes (Matyja, 2016)
- 3 Meiklejohn describe la asamblea municipal de la siguiente forma: “la gente de una comunidad se reúne para discutir y actuar sobre asuntos de interés público: carreteras, escuelas, asilos, salud, defensa exterior y similares. Cada hombre es libre de venir. Se reúnen como iguales políticos. Cada uno tiene el derecho y el deber de pensar sus propios pensamientos, expresarlos y escuchar los argumentos de los demás” (1965, p. 24).
- 4 Una opinión distinta es sostenida por Farber y Nowak, quienes consideran que no se trata de un verdadero foro público (1984, p. 1248)
- 5 En cuanto a la actividad política de los funcionarios véase *United States v. Harriss* (1954); *United Public Workers v. Mitchell* (1947); *Broadrick v. Oklahoma* (1973); Stephens & Scheb, 2018, p. 155
- 6 En *Grayned v. City of Rockford*, la Corte sostuvo que para determinar si los tipos de regulaciones de tiempo, lugar y manera son razonables, la cuestión crucial es si la forma de expresión es básicamente incompatible con la actividad normal de un lugar particular en un momento particular (408 U.S. 116).

- 7 Tal postura tuvo su origen en las infames decisiones de la Corte Suprema que legitimaron una segregación racial de jure en los Estados Unidos (*United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 1875); *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), y ha sido aplicada hasta nuestros días, con algunas excepciones temáticas, como las acciones por defamation y privacy

AmeliCA

Disponible en:

<https://portal.amelica.org/ameli/ameli/journal/724/7245264004/7245264004.pdf>

Cómo citar el artículo

Número completo

Más información del artículo

Página de la revista en portal.amelica.org

AmeliCA

Ciencia Abierta para el Bien Común

Alexander P. Espinoza Rausseo,

Jhenny de Fátima Rivas Alberti

La triple dimensión de los derechos fundamentales y la doctrina del foro público en el derecho norteamericano, con especial referencia a las facultades de exclusión en las redes sociales¹

The triple dimension of fundamental rights and the public forum doctrine in american law, with special reference to the power to exclude in social networks

Derecho y Ciencias Sociales

núm. 32, e125, 2024

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

derechoycienciassociales@jursoc.unlp.edu.ar

ISSN: 1853-0982

ISSN-E: 1852-2971

DOI: <https://doi.org/10.24215/18522971e125>



CC BY-SA 4.0 LEGAL CODE

Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional.