

EXPRESIÓN DE GOBIERNO EN LAS REDES SOCIALES: LA NUEVA DEFENSA DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE GOBIERNO

*Zaicha M. Martínez Abreu**

Resumen

Los altos funcionarios de gobierno utilizan las redes sociales como instrumento para ejercer su derecho a la libertad de expresión. Además, utilizan estas plataformas digitales para difundir el mensaje del gobierno en un mismo espacio virtual, el cual aún no ha sido regulado en Puerto Rico. En este artículo se analiza la figura del *government speech* con el fin de proponer una metodología adjudicativa que se ajuste a la nueva era de las redes sociales para identificar cuándo un alto funcionario público se expresa como el gobierno y cuándo lo hace como ciudadano particular.

Abstract

Government officials use social media as an instrument to exercise their right to freedom of expression. In addition, they use these digital platforms to broadcast the government's message in the same virtual space, which has not yet been regulated in Puerto Rico. This article analyzes the figure of the government speech in order to propose an adjudicative methodology that adjusts to the new era of social networks to identify when a government official speaks on behalf of the government and when he does so as a private citizen.

* Estudiante de tercer año de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho. Quiero agradecer al profesor Carlos E. Ramos González y a la decana Yanira Reyes Gil por su mentoría académica. También deseo agradecer a la Directora Asociada de la Junta Editora del Volumen LIV de la Revista Jurídica de la mencionada Facultad, Juliana N. Castro Ramos, por sus invaluable consejos y guía durante todo el proceso de la redacción de este artículo. Por último, el mayor de los agradecimientos a las dos mujeres más increíbles en mi vida, Wanda I. Abreu Mercado, mi inspiración, por su amor y apoyo incondicional y a Gloria Salamanca Rodríguez, mi ángel, por darme fortaleza siempre.

I. Introducción	604
II. Derecho a la Libertad de Expresión	606
III. Doctrina de la Expresión de Gobierno	608
IV. Propuesta para Determinar si las Expresiones de los Altos Funcionarios de Gobierno en las Redes Sociales son <i>Government Speech</i>	622
V. Conclusión	625

I. Introducción

Los cambios tecnológicos han influido en el ejercicio de la libertad de expresión. El surgimiento de nuevas plataformas digitales como Twitter, Facebook, Instagram, entre otras, han propiciado un nuevo espacio virtual de comunicación accesible a nivel global. De forma que estas plataformas, llamadas redes sociales, inevitablemente se han convertido en instrumentos para la libre expresión.¹

Uno de los primeros casos en abordar la relación entre la libertad de expresión y el mundo cibernético fue *Packingham v. North Carolina*.² Allí, la Corte Suprema de los Estados Unidos comparó el ciberespacio con una plaza pública.³ Señaló que prohibir el acceso a las redes sociales impide que las personas ejerzan su derecho a la libertad de expresión.⁴ En esta línea, el Segundo Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos atendió una controversia sobre un funcionario de gobierno que utilizaba las redes sociales para propósitos oficiales. Dicho foro apelativo resolvió que la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana le prohibía al funcionario de gobierno excluir a las personas del diálogo cibernético por expresar un punto de vista distinto al suyo.⁵

No obstante, sobre estos temas, el Tribunal Supremo de Puerto Rico solamente se ha expresado dentro de un contexto de ética judicial, particularmente en las limitaciones al derecho de libertad de expresión que tienen los jueces en las redes sociales. Por consiguiente, hay un vacío jurídico sobre un tema de actualidad que

¹ In re Hon. Colón Colón, 197 DPR 728, 741 (2017).

² 137 S. Ct. 1730, 1736 (2017).

³ *Id.* en la pág. 1732.

⁴ *Id.*

⁵ Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 230 (2nd Cir. 2019).

genera controversias diariamente. Esto cobra mayor sentido cuando el uso de las redes sociales por parte de funcionarios de gobierno para transmitir sus mensajes a la ciudadanía ha ido en alza.⁶

A modo de ejemplo, en los Estados Unidos las expresiones del presidente Donald Trump han generado controversias que traen consigo nuevas interrogantes jurídicas que ameritan ser abordadas.⁷ Entre ellas están las siguientes: ¿Qué tratamiento se les otorga a las expresiones que hace un alto funcionario de gobierno en su cuenta de red social? ¿Debe este funcionario tener la misma libertad que un ciudadano particular; o su puesto amerita mayores limitaciones? ¿Sus expresiones en una red social tienen el mismo impacto que si las hace en una conferencia de prensa?

El objetivo de este artículo es contestar esas interrogantes bajo la doctrina de *government speech* o expresión de gobierno. El propósito es atemperar la interpretación de la mencionada doctrina, conforme a los cambios tecnológicos, al proponer que se limiten las expresiones de los funcionarios de gobierno en las redes sociales. Para ello, se recomendará una metodología adjudicativa para identificar las situaciones que ameritan tal restricción. Por ejemplo, la evaluación del uso que le dan los altos funcionarios de gobierno a las redes sociales para identificar dónde hay expresiones de gobierno y dónde hay expresiones privadas.

Para lograr tal objetivo, este artículo se divide en cuatro partes. En la segunda parte de este artículo se sintetiza el origen, objetivo y limitaciones del derecho constitucional a la libertad de expresión. En la tercera parte, se describe la doctrina de la expresión de gobierno. En esa dirección, se explica su origen, la diferencia entre ésta y la libertad de expresión, la metodología adjudicativa aplicable a las expresiones de gobierno cuando las hace un funcionario público, el ordenamiento jurídico actual y la problemática jurídica sobre la doctrina en Puerto Rico. Por último, la parte cuarta explica la propuesta para identificar cuándo hay expresiones de gobierno y cuándo hay expresiones privadas en los mensajes que realizan los altos funcionarios de gobierno en sus redes sociales.

⁶ Leysa Caro González, *Las redes sociales impactan la política puertorriqueña*, EL NUEVO DÍA (12 de marzo de 2016) <https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/nota/lasredessocialesimpactanlapoliticapuertorriquena-2173186/> (última visita 27 de mayo de 2020).

⁷ Peter Suciú, *Social Media and Local Government*, FORBES (19 de noviembre de 2019), <https://www.forbes.com/sites/petersuciu/2019/11/19/social-media-and-local-government/#22ab17e87aa6> (última visita 27 de mayo de 2020).

II. Derecho a la Libertad de Expresión

A. Breve Trasfondo Histórico

El origen del derecho a la libertad de expresión surge de “las luchas contra los gobiernos absolutistas de la Europa de los siglos XVI, XVII y XVIII”.⁸ Este derecho está consagrado en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que, en lo pertinente, dispone: “Congress shall make no law. . . abridging the freedom of speech, or of the press. . .”.⁹ Por Puerto Rico ser un territorio no incorporado de los Estados Unidos, solo le aplican los derechos fundamentales de la Constitución federal.¹⁰ La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció que el derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental protegido por la Cuarta Enmienda.¹¹ Por ser este un derecho fundamental, sus garantías y protecciones aplican a Puerto Rico.¹²

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, por su parte, dispone en la sección 4 del Artículo II que “[n]o se aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa. . .”.¹³ El propósito primordial del derecho a la libertad de expresión es proteger y garantizar el flujo de ideas y las diversas expresiones del pensamiento.¹⁴ Sin embargo, la libertad de expresión no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones.¹⁵

Ante el problema de intervención gubernamental con el derecho constitucional a la libertad de expresión, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha clasificado

⁸ II RAÚL SERRANO GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO 1270 (2013).

⁹ CONST. EE. UU. enm. I.

¹⁰ E.L.A. v. Northwestern Selecta, 185 DPR 40, 61 (2012). “[E]n Puerto Rico solo aplican los derechos fundamentales de la Constitución de Estados Unidos, reconocidos por el Tribunal Supremo de Estados Unidos”. Pueblo v. Casellas Toro, 197 DPR 1003, 1019 (2017). Así las cosas, recientemente “el Tribunal Supremo de Estados Unidos[, en *Ramos v. Louisiana*, 590 US __ (2020),] concluyó que el derecho fundamental a un juicio por jurado garantizado por la Sexta Enmienda, según incorporado a los estados por vía de la Decimocuarta Enmienda, no admite veredictos que no sean unánimes en los casos penales que se ventilan en las cortes estatales”. Pueblo v. Torres Rivera, 2020 TSPR ___, en la pág. 12. Basado en esa determinación del foro federal, el Tribunal Supremo de Puerto Rico concluyó que “[e]l reconocimiento de la unanimidad como una cualidad intrínseca del derecho fundamental a un juicio por un jurado imparcial es vinculante en nuestra jurisdicción y obliga a nuestros tribunales a requerir veredictos unánimes en todos los procedimientos penales por delitos graves que se ventilen en sus salas”. *Id.* en las págs. 21-22.

¹¹ Lorenzo R. Villalba Irlanda, *Fortalezas de papel: Las calles, el control de acceso y las limitaciones al derecho a la libre expresión*, 48 REV. JUR. UIPR 623, 639 (2013-2014).

¹² Efrén Rivera Ramos & Alexandra Verdiales Costa, *Derecho constitucional*, 81 REV. JUR. UPR 317, 330 (2012).

¹³ CONST. PR art. II.

¹⁴ Muñiz v. Admor. Deporte Hípico, 156 DPR 37, 23 (2002).

¹⁵ *Id.* en la pág. 24.

como *of lesser value* algunas expresiones por su contenido. Como resultado, la Corte Suprema federal creó ciertas categorías de expresiones dependiendo de su contenido, conocidas como *mini doctrinas*.¹⁶ Dentro de estas categorías de expresiones se encuentran las expresiones difamatorias, las expresiones comerciales, las expresiones obscenas, las que puedan generar violencia y las que incitan a cometer un delito.¹⁷ A éstas, se les otorga un tratamiento distinto a la hora de evaluar su limitación, de modo que el Estado sí está autorizado a limitar el contenido de la expresión. Esto aplica a Puerto Rico.

A diferencia de las categorías mencionadas en el párrafo anterior, la metodología de adjudicación cambia cuando el Estado limita la expresión por razón de tiempo, lugar y manera, es decir, por el impacto no comunicativo de la expresión.¹⁸ Hay distintas formas de regular el tiempo, lugar, y manera según el foro en el cual se emite la expresión.¹⁹ Dependerá cuál sea el tipo de foro en el que se hagan las expresiones para elegir el escrutinio que se aplicará.²⁰

En un análisis sobre el mensaje que se pretende limitar, los tribunales deben “determinar si la reglamentación impugnada es neutral o no en cuanto al contenido de la expresión que se pretende prohibir o restringir...”.²¹ Luego de un análisis a esos efectos, si el tribunal determina que la reglamentación incide sobre el contenido de la expresión, y que carece de neutralidad, la declarará inconstitucional.²² “Cualquier acción del gobierno de esta naturaleza, que esté dirigida al contenido o al impacto comunicativo de la expresión, se considera tan ominosa jurídicamente que se presume contraria a la Primera Enmienda de la Constitución federal y a la sección 4 del Artículo II de nuestra Constitución”.²³ Es decir, la regla general es que el gobierno no puede ser partícipe en el discrimen por contenido ni sobre puntos de vista del contenido de las expresiones de los ciudadanos, ya que estas están protegidas por el derecho constitucional a la libertad de expresión.²⁴ No obstante, esta regla no aplica si quien se expresa es el propio gobierno. En las instancias donde el gobierno se expresa, rige la doctrina del *government speech* o expresión de gobierno, la cual discutiremos a continuación.

¹⁶ Carlos E. Ramos González, *La libertad de expresión en el derecho constitucional comparado*, 44 REV. JUR. UIPR 429, 433 (2009-2010).

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Fabiola E. Sosa Baco, *La libertad de expresión en las prisiones: La correspondencia de los confinados y confinadas*, 87 REV. JUR. UPR 1246, 1250 (2018).

²⁰ *Id.*

²¹ *Muñiz v. Admor. Deporte Hípico*, 156 DPR 37, 25 (2002).

²² *Id.* en la pág. 26.

²³ *Id.* en la pág. 35.

²⁴ David S. Ardia, *Government Speech and Online Forums: First Amendment Limitations on Moderating Public Discourse on Government Websites*, 2010 BYUL REV. 1981, 2010 (2010).

III. Doctrina de la Expresión de Gobierno

A. Origen y Desarrollo de la Doctrina

La doctrina de *government speech* o expresión de gobierno se originó hace aproximadamente diez años.²⁵ Según esta doctrina, cuando el discurso o expresión es realizado por el gobierno, las limitaciones de la Primera Enmienda sobre la censura del gobierno no aplican.²⁶ Es decir, el Estado sí puede realizar expresiones que no son neutrales, con el propósito de participar en el mercado de ideas y transmitir su mensaje a la ciudadanía.²⁷ Esta actuación por parte del gobierno se cataloga como *government speech* y no viola los derechos y protecciones que la Constitución le consagra a los ciudadanos.²⁸ Recordemos que, bajo los principios de la Primera Enmienda, es inconstitucional distinguir entre puntos de vista.²⁹ Sin embargo, “[u]nder the government speech doctrine, ‘[t]he Free Speech Clause does not require government to maintain viewpoint neutrality when its officers and employees speak’ about governmental endeavors”.³⁰

Específicamente, la doctrina tuvo su origen en el caso de *Rust v. Sullivan*.³¹ Los hechos de este caso giran en torno a unas restricciones impuestas por un doctor en una clínica de planificación familiar financiada con fondos federales en la cual los doctores ofrecían información acerca del aborto. En este caso, aunque no se utilizó el término de *government speech*, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que no se violentaba la Primera Enmienda. Determinó que los doctores no actuaban en su carácter privado con derecho a protección de libertad de expresión, sino que lo hacían en representación del gobierno.³² Para llegar a dicha conclusión, el tribunal tomó en consideración el control que ejercía el gobierno sobre las expresiones de los doctores. En este caso, el gobierno tenía control directo sobre las expresiones de la clínica ya que esta fue creada por un programa de fondos

²⁵ Usma Sohail Ashraf-Khan, *The Government’s Power to Block on Twitter: A First Amendment Analysis*, 46 RUTGERS L. REC. 161, 173 (2019).

²⁶ Ardia, *supra* nota 24 (“The general principle that the government may not engage in viewpoint discrimination in a public or non-public forum does not apply when the government itself is speaking. Pursuant to the government speech doctrine, when the speech is the government’s, the First Amendment’s limitations on government censorship fall away.”).

²⁷ Gabriela Pérez Vélez, *Government-Sponsored Social Media Accounts: The New Designated Public Forum*, 87 REV. JUR. UPR 1375, 1380 (2018).

²⁸ *Id.*

²⁹ Sohail, *supra* nota 25, en la pág. 144.

³⁰ Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 239 (2nd Cir. 2019) (*citando a* Matal v. Tam, 137 S. Ct. 1744 (2017)).

³¹ 500 U.S. 173, 194 (1991).

³² *Id.* en la pág. 194.

públicos.³³ Por consiguiente, el gobierno tenía la potestad de definir los límites del programa.³⁴

La aportación principal de *Rust* fue sentar las bases de lo que hoy día se conoce como la doctrina del *government speech* al resolver que esta doctrina es de aplicación exclusiva cuando el Estado se expresa por sí mismo. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, bajo el *government speech* el Estado tiene la libertad de regular su propia expresión. Principalmente, esta libertad surge de la idea de que para que el gobierno pueda funcionar y llevar a cabo su encomienda, tiene que ser capaz de poder expresar sus ideas y, a su vez, provocar una reacción determinada en sus ciudadanos.³⁵ Si el gobierno no disfrutara de la libertad de regular su mensaje, no podría cumplir con sus funciones de forma eficiente.³⁶ Por tal razón, es necesario que sea el propio gobierno quien controle las expresiones que quiere llevar a los constituyentes.

Por otro lado, la cláusula de libertad de expresión bajo la Primera Enmienda restringe la regulación gubernamental de la expresión privada.³⁷ Es decir, no regula las expresiones que hace el gobierno, sino cómo el gobierno regula las expresiones de los ciudadanos.³⁸ En este sentido, el gobierno tiene la potestad de decir lo que desea, así como seleccionar las ideas que quiere expresar.³⁹ De hecho, se reconoce que hay más liberalidad sobre las limitaciones del *government speech* cuando el gobierno va a difundir su propio mensaje.⁴⁰ Sin embargo, el gobierno no tiene la libertad de regular el discurso privado en propiedad de gobierno o lugares públicos. Sobre este particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos expresó en *Pleasant Grove City v. Summum* que:

While government speech is not restricted by the Free Speech Clause, the government does not have a free hand to regulate private speech on government property. This Court long ago recognized that members of the public retain strong free speech rights when they venture into public streets and parks, “which ‘have immemorially been held in trust for the

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ Pérez, *supra* nota 27 (citando a Marjorie Heins, *Viewpoint discrimination*, 24 HASTINGS CONST. L.Q. 99 (1996)) (“The reasoning behind the concept of government speech is that “[to] function, government must be able to express its ideas and exhort its constituents.”).

³⁶ Sohail, *supra* nota 25.

³⁷ *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 467 (2009).

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* en las págs. 467-68.

⁴⁰ *Peraica v. Riverside-Brookfield High Sch. Dist. No. 208*, 2013 IL App (1st) 122351, 376 Ill. Dec. 516, 999 N.E.2d 399.

use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions.” In order to preserve this freedom, government entities are strictly limited in their ability to regulate private speech in such “traditional public fora.” Reasonable time, place, and manner restrictions are allowed, [. . .] but any restriction based on the content of the speech must satisfy strict scrutiny, that is, the restriction must be narrowly tailored to serve a compelling government interest, and restrictions based on viewpoint are prohibited.⁴¹

Cónsono con lo anterior, la Primera Enmienda aplica al discurso privado en propiedad del Estado.⁴² No obstante, si el gobierno posee y mantiene el control sobre una propiedad, no es necesario que permita todas las formas de expresión de los ciudadanos en ese espacio.⁴³ Ante ese escenario, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha creado una metodología adjudicativa para identificar las instancias en que el mensaje del gobierno se cataloga como *government speech*.

B. Metodología Adjudicativa de la Doctrina del *Government Speech*

En *Walker v. Tex. Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.*,⁴⁴ la Corte Suprema de los Estados Unidos atendió la controversia sobre la aplicación de la doctrina del *government speech*. En este caso se impugnó el diseño de una tablilla especial que se creó en el estado de Texas, distinta a las tablillas ordinarias. Los ciudadanos que querían un diseño especial en las tablillas sometían su propuesta a una Junta adscrita al Departamento de Vehículos de Motor del estado de Texas (en adelante, *Junta*). Una vez se entregaban las propuestas, la Junta deliberaba si aprobaban el diseño o no. Así las cosas, una organización sin fines de lucro sometió un diseño que contenía la bandera confederada y el mensaje “SONS OF CONFEDERATE VETERANS” en la parte posterior de la bandera.⁴⁵ La Junta, por voto unánime, rechazó realizar las tablillas especiales con ese logo, ya que podría ser ofensivo

⁴¹ *Sumnum*, 555 U.S. en la pág. 469 (citas omitidas).

⁴² *Mitchell v. Md. Motor Vehicle Admin.*, 225 Md. App. 529, 547, 126 A.3d 165 (2015).

⁴³ *Id.*

⁴⁴ 135 S. Ct. 2239 (2015). Véase, además, *City of Pleasant Grove v. Sumnum*, 555 U.S. 460, 467 (2009); *Johanns v. Livestock Marketing Ass’n*, 544 U.S. 550 (2005); *Legal Services Corp v. Velázquez*, 531 U.S. 533 (2001); *Board of Regents of the University of Wisconsin System v. Southworth*, 529 U.S. 217 (2000); *Rosenberger v. Rector & Visitors of University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995).

⁴⁵ *Walker*, 135 S. Ct. en la pág 2245.

para una gran porción de la ciudadanía del estado.⁴⁶ La organización sin fines de lucro demandó al presidente y a los miembros de la Junta.⁴⁷ Argumentó que la decisión de la Junta violentaba su derecho a la libertad de expresión.⁴⁸

La Corte Suprema de los Estados Unidos, explicó la diferencia entre las expresiones de gobierno *versus* la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda. En particular, el Tribunal señaló que:

When government speaks, it is not barred by the Free Speech Clause from determining the content of what it says. That freedom in part reflects the fact that it is the democratic electoral process that first and foremost provides a check on government speech. *Thus, government statements (and government actions and programs that take the form of speech) do not normally trigger the First Amendment rules designed to protect the marketplace of ideas.* Instead, the Free Speech Clause helps produce informed opinions among members of the public, who are then able to influence the choices of a government that, through words and deeds, will reflect its electoral mandate.⁴⁹

Además, aclaró que, aunque a las expresiones de gobierno no le aplican las mismas protecciones y limitaciones de la Primera Enmienda, ello no quiere decir que no existan restricciones a las expresiones que emite el gobierno.⁵⁰

Constitutional and statutory provisions outside of the Free Speech Clause may limit government speech. And the Free Speech Clause itself may constrain the government's speech if, for example, the government seeks to compel private persons to convey the government's speech. But, as a general matter, when the government speaks it is entitled to promote a program, to espouse a policy, or to take a position. In doing so, it represents its citizens and it carries out its duties on their behalf.⁵¹

⁴⁶ *Id.* La historia de los Estados Unidos fue marcada en 1860 cuando once de los estados del sur se separaron de la unión estadounidense y crearon los Estados Confederados de América. El objetivo principal de esta separación fue proteger la institución de la esclavitud. Durante la Guerra Civil en Estados Unidos, las fuerzas militares de los Estados Confederados utilizaron la “bandera de batalla”, mejor conocida como la “bandera confederada”. Esta bandera fue adoptada como símbolo de esclavitud y supremacía blanca por organizaciones como los *Sons of Confederate Veterans*. Como consecuencia, hoy día la bandera confederada es controversial. *Confederate Flag*, ANTI-DEFAMATION LEAGUE, <https://www.adl.org/education/references/hate-symbols/confederate-flag> (última visita 7 de mayo de 2020).

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.* en las págs. 2245-246 (énfasis suplido) (citas omitidas).

⁵⁰ *Id.* en la pág. 2246.

⁵¹ *Id.*

Luego de un análisis de los hechos del caso, la Corte Suprema federal concluyó que las tablillas son parte de las expresiones del gobierno. Por lo tanto, este tiene la potestad de decidir el mensaje que quiere llevar por este medio, sin que le apliquen las prohibiciones sobre punto de vista de la Primera Enmienda. Para llegar a esa conclusión, la Corte Suprema federal aplicó un análisis de tres pasos para determinar si había *government speech*.⁵² En primer lugar, analizó si el gobierno históricamente se comunicó de esta manera. Aquí, el foro superior determinó que la historia ha demostrado que las tablillas se utilizan para llevar mensajes del Estado, más allá del número de licencia del automóvil.⁵³ En segundo lugar, analizó si el público, de manera rutinaria y razonable, interpreta el mensaje como un discurso del gobierno en lugar de un mensaje privado. De este análisis concluyó que la ciudadanía reconoce que las tablillas son utilizadas por el Estado para mantener un récord de los vehículos y sus respectivos dueños.⁵⁴ Finalmente, analizó si el gobierno mantiene control directo sobre los mensajes transmitidos. La Corte Suprema federal concluyó que la Junta del Departamento de Vehículos de Motor del estado de Texas, entiéndase el gobierno, son los únicos con la potestad de decidir cuál es el mensaje que se va a plasmar en las tablillas.⁵⁵ Por tal razón, ellos son los que mantienen el control absoluto sobre el mensaje que pretenden transmitir por medio de las tablillas.

El análisis antes esbozado es la metodología que actualmente se ha utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para determinar si determinadas expresiones caen bajo las protecciones de la Primera Enmienda o si, por el contrario, se catalogan como *government speech*. En la metodología adjudicativa utilizada por el foro superior federal, el Tribunal debe considerar los siguientes factores: (1) si el gobierno históricamente se comunicó de esta manera; (2) si el público de manera rutinaria y razonable interpreta el mensaje como un discurso del gobierno en lugar de un mensaje privado; y (3) si el gobierno mantiene control directo sobre los mensajes transmitidos.⁵⁶

Sin embargo, para poder aplicar la metodología del *government speech*, es importante poder identificar si es el gobierno el que lleva el mensaje, o si por el contrario, es un ciudadano privado el que lo dirige. La importancia estriba en que, si se determina que las expresiones son de un ciudadano particular, y no de un funcionario público en representación del gobierno, sí aplican las restricciones de la Primera Enmienda.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.* en la pág. 2248.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* en la pág. 2249.

⁵⁶ Sohail, *supra* nota 25, en las págs. 173-74.

C. Expresiones de los Funcionarios Públicos

En *Gracetti v. Ceballos*⁵⁷, la Corte Suprema de los Estados Unidos se expresó sobre la libertad de expresión de los funcionarios públicos y la aplicación del *government speech*. En este caso, el máximo foro federal concluyó que cuando los funcionarios públicos se expresan de conformidad con sus deberes oficiales, no hablan como ciudadanos para propósitos del derecho a la libertad de expresión de la Primera Enmienda, sino que se expresan en representación del Estado.

En este caso, un abogado de defensa le solicitó al Fiscal de Distrito, Richard Ceballos, que revisara un caso que tenía imprecisiones en una declaración jurada que se utilizó para obtener una orden de allanamiento.⁵⁸ Luego de un análisis de la declaración jurada, Ceballos determinó que la declaración contenía declaraciones falsas de carácter serio.⁵⁹ Las declaraciones eran sobre unas aparentes huellas de neumático en una carretera vinculada a un caso criminal.⁶⁰ En base a sus hallazgos, Ceballos preparó un memorando en el que expresaba sus preocupaciones y recomendaba desestimar el caso.⁶¹ Luego de varias reuniones, memorandos y llamadas telefónicas con sus supervisores, Ceballos afirmó que fue sometido a una serie de acciones de represalia en su empleo.⁶² Las acciones incluyeron la reasignación de puesto, la denegación de ascenso y la transferencia a otro lugar de trabajo.⁶³ Después que le denegaran una queja administrativa, Ceballos demandó al condado y a sus supervisores de la Oficina del Fiscal de Distrito en la Corte de Distrito de California.⁶⁴ Alegó que los peticionarios violaron la Primera y Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos al tomar represalias contra él debido a un memorando sobre una investigación criminal.⁶⁵ Los peticionarios sostuvieron que el memorando en cuestión no era un discurso protegido bajo la Primera Enmienda.⁶⁶ La controversia de este caso fue en torno a si las expresiones de Ceballos vertidas en el memorando se realizaron como funcionario público o como un ciudadano particular.

La Corte Suprema de los Estados Unidos aclaró que los funcionarios públicos no renuncian a su derecho constitucional a la libertad de expresión cuando aceptan

⁵⁷ 547 U.S. 410 (2006).

⁵⁸ *Id.* en las págs. 413-14.

⁵⁹ *Id.* en la pág. 414.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.* en la pág. 415.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

su cargo.⁶⁷ En lo pertinente, el tribunal dijo: “[...]the First Amendment protects a public employee’s right, in certain circumstances, to speak as a citizen addressing matters of public concern”.⁶⁸ Sobre este particular, aclaró que:

*When a citizen enters government service, the citizen by necessity must accept certain limitations on his or her freedom. Government employers, like private employers, need a significant degree of control over their employees’ words and actions; without it, there would be little chance for the efficient provision of public services. Public employees, moreover, often occupy trusted positions in society. When they speak out, they can express views that contravene governmental policies or impair the proper performance of governmental functions.*⁶⁹

De la misma manera, se reconoció que el foro superior federal siempre ha buscado promover los intereses individuales y sociales que atienden los funcionarios públicos en cuanto a asuntos de interés público y, a su vez, respetar sus necesidades como funcionarios de gobierno que ejercen su labor.⁷⁰ Basado en ese análisis, la Corte Suprema federal concluyó que el supervisor del Fiscal realizaba sus labores como funcionario público cuando redactó el memorando.⁷¹ Este no actuó como un ciudadano más, sino que ejercía una de sus responsabilidades como funcionario público. Añadió que cuando el supervisor de fiscales iba a su trabajo y realizaba actividades, por las cuales obtenía remuneración, actuaba como un empleado de gobierno.

El análisis de la Corte Suprema federal en *Gracetti* trazó una clara distinción entre las expresiones de un ciudadano y las expresiones de un funcionario público. Esta distinción es esencial al momento de determinar si aplica la doctrina del *government speech* o las protecciones de la Primera Enmienda.⁷² Esto se hace aún más imprescindible en la nueva era de la tecnología y las redes sociales.

⁶⁷ *Id.* en la pág. 417.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.* en las págs. 418-19 (énfasis suplido) (citas omitidas).

⁷⁰ *Id.* en la pág. 420 (“The Court’s decisions, then, have sought both to promote the individual and societal interests that are served when employees speak as citizens on matters of public concern and to respect the needs of government employers attempting to perform their important public functions.”).

⁷¹ *Id.* en la pág. 422.

⁷² Para propósitos de la futura discusión incluida en este artículo es importante aclarar que existe una distinción entre los términos “empleado público” y “funcionario público”. Recientemente, en *Gómez Márquez v. Periódico el Oriental Inc.*, 2020 TSPR 03, en las págs. 18, 21-22, el Tribunal Supremo de Puerto Rico definió el concepto “funcionario público” en un contexto de reclamación de daños y

D. Expresiones de los Funcionarios de Gobierno en las Redes Sociales y Cómo Identificar si se Clasifican Como *Government Speech*⁷³

Actualmente, los altos funcionarios de gobierno utilizan las plataformas digitales, conocidas como redes sociales, para participar en el mercado de ideas.⁷⁴ Hay funcionarios que tienen cuentas oficiales por medio de las cuales se comunican directamente con los ciudadanos y expresan asuntos relacionados a política pública y de alto interés público.⁷⁵ También, hay funcionarios que tienen su cuenta privada y la utilizan para ejercer su derecho a la libertad de expresión como ciudadanos privados.⁷⁶ El problema estriba en que, en muchas ocasiones, las expresiones que se realizan en estos foros digitales pueden estar mezcladas. Entiéndase, que un funcionario de gobierno, en su cuenta oficial, realice expresiones tanto de política pública, como personales. En ese escenario, es complicado identificar cuándo hay *government speech* y cuándo aplican las restricciones de la Primera Enmienda.

El presidente de los Estados Unidos, Donald J. Trump, es un ejemplo del impacto que pueden tener las expresiones y actuaciones de un jefe de gobierno en una plataforma digital que utilizan millones de personas. En *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*⁷⁷, el Segundo Circuito Apelativo de los Estados Unidos tuvo ante sí una controversia que involucraba al presidente Donald J. Trump y su red social de *Twitter*. Específicamente, la controversia era si el

perjuicios por difamación. Concluyó que un funcionario público es una persona que: (1) establece política pública; (2) tiene control decisonal; (3) ejerce funciones ejecutivas, fiscalizadoras, de evaluación o supervisión; (4) tiene una posición gubernamental de tal importancia que el público tuviera un interés en sus cualificaciones y ejecutorias; (5) tienen mayor acceso a los medios; y (6) han asumido cargos influyentes en la discusión pública. Para efectos de este artículo, acogemos la definición de funcionario público que implementó el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Gómez Márquez*. Cuando en este artículo mencionamos “altos funcionarios de gobierno” nos referimos a empleados que tienen un puesto jerárquico alto en el gobierno. Entiéndase, un gobernador o una gobernadora, un presidente o una presidenta del Senado o de la Cámara de Representantes de Puerto Rico que, a diferencia del caso de *Gracetti*, tienen un cargo que establece política pública.

⁷³ Es importante señalar que, para propósitos de este artículo, no se analizará si las redes sociales se consideran un foro público y sus posibles implicaciones. Para un análisis sobre dicho tema, véase Gabriela Pérez Vélez, *Government-sponsored social media accounts: The new designated public forum*, 87 REV. JUR. UPR 1375 (2018).

⁷⁴ David McGee, *What Constitutes a Public Forum on Social Media?*, AMERICAN BAR ASSOCIATION, (31 de marzo de 2020), https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/the-ongoing-challenge-to-define-free-speech/public-forum-social-media/ (última visita 28 de mayo de 2020).

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ 928 F.3d 226, 230 (2nd Cir. 2019).

presidente puede bloquear a un ciudadano de su página para que este no exprese su punto de vista.

En *Knight*, como parte del análisis que hace el Segundo Circuito federal, se desglosa la naturaleza de la red social utilizada por el presidente. De los hechos surge que Trump tenía establecida su cuenta de *Twitter* para participar en el mercado de ideas como un ciudadano privado desde años antes de convertirse en presidente. Sin embargo, una vez comenzó su cargo como presidente de los Estados Unidos, además de sus expresiones privadas, comenzó a utilizar la plataforma como medio principal para comunicarse e interactuar con los ciudadanos en calidad de primer mandatario.⁷⁸ En este análisis de la cuenta de Trump, el Segundo Circuito puntualizó que cualquier persona que tenga una cuenta de *Twitter* puede acceder a la cuenta del presidente y participar en el intercambio de ideas.⁷⁹

El Segundo Circuito federal también consideró el contenido de la cuenta de *Twitter* del presidente.⁸⁰ Encontró que Trump constantemente publicaba mensajes sobre decisiones oficiales y su agenda administrativa y legislativa.⁸¹ También, la cuenta contaba con fotografías que mostraban a Trump en el ejercicio de sus labores oficiales como presidente. En algunas de esas fotografías, aparecía firmando ordenes ejecutivas.⁸² Además, mantenía comunicaciones con líderes extranjeros.⁸³

Como parte del análisis, el Segundo Circuito Apelativo de los Estados Unidos expresó que en varias ocasiones el presidente Trump y algunos de los integrantes de su gabinete, como lo es el Secretario de Prensa de la Casa Blanca, Sean Spicer, han catalogado las expresiones del presidente en su red social de *Twitter* como declaraciones oficiales del alto mandatario.⁸⁴ Incluso, el Archivo Nacional de los Estados Unidos, que es la agencia encargada de mantener un récord de las expresiones oficiales del presidente, ha concluido que los mensajes que Trump escribe en su red social de *Twitter* se consideran como récord oficial.⁸⁵

⁷⁸ *Id.* en la pág. 231.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ Es importante aclarar que en *Knight* el Segundo Circuito Apelativo de los Estados Unidos, en la adjudicación de la controversia no analizó si las expresiones en la red social del presidente Trump violentaban los principios de la Primera Enmienda. El Segundo Circuito federal solo se limitó a determinar si el acto de bloquear a una persona de la red social del presidente de los Estados Unidos era contrario a lo establecido en la Primera Enmienda. Además, el Segundo Circuito no analizó la defensa de *government speech* presentada por Trump. Concluyó que la red social del presidente era oficial y aplicaban los principios de la Primera Enmienda, no el *government speech*.

⁸¹ *Knight*, 928 F.3d en la pág. 231.

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.* en la pág. 232.

⁸⁵ *Id.*

Luego de un extenso análisis del uso que el presidente de los Estados Unidos le da a su red social de *Twitter*, el Segundo Circuito concluyó que la evidencia claramente señala que la cuenta del presidente es una de uso oficial.⁸⁶ Aclaró que el presidente ha elegido darle a su red social, que antes era privada, un uso abierto e interactivo en el cual millones de personas, especialmente ciudadanos estadounidenses, intercambian ideas.⁸⁷ Por consiguiente, el presidente está impedido de bloquear a una persona de su cuenta oficial de *Twitter*, basado en discriminación por punto de vista, ya que esto es contrario a los principios de la Primera Enmienda.⁸⁸

El aumento en el uso de las redes sociales por funcionarios de gobierno para comunicarse con la ciudadanía amerita que el Estado regule las expresiones de sus funcionarios en estas plataformas. *Knight* es un caso importante ante el vacío jurisprudencial sobre el tema de las redes sociales y la aplicación del *government speech*. El análisis que hizo el Segundo Circuito Apelativo de los Estados Unidos es de suma importancia. Dicho análisis se debe utilizar como complemento a la metodología adjudicativa que utilizó la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Walker*. Si se complementan ambos análisis, se facilitaría el proceso de determinar cuándo aplica el *government speech* y cuándo no.

El presidente de los Estados Unidos, Donald J. Trump, no es el único funcionario público que utiliza sus redes sociales para expresarse como el gobierno. También hay jueces que participan de este nuevo método de comunicación. Además, altos funcionarios de gobierno a nivel estatal, como gobernantes y representantes, utilizan las redes sociales para informar a sus constituyentes.⁸⁹ En Puerto Rico, este fenómeno también ocurre.

E. Ordenamiento Jurídico de la Doctrina de *Government Speech* en Puerto Rico y Problemática Actual Sobre las Expresiones de Gobierno

La doctrina del *government speech*, según se ha desarrollado en el ámbito federal, ha sido poco interpretada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico.⁹⁰ Las

⁸⁶ *Id.* en la pág. 234.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Véase, *Hargis v. Bevin*, 298 F. Supp. 3d 1003 (E.D. Ky. 2018).

⁹⁰ Véase, *Com. PNP v. CEE et al.*, 197 DPR 914, 957 (2017) (Ornoz Rodríguez, opinión disidente); *ELA v. Supermercados Amigo*, 170 DPR 459, 491 (2007) (Rodríguez Rodríguez, opinión disidente); *PPD v. Rosselló González*, 139 DPR 643, 701 (1995); *PPD v. Rosselló González*, 136 DPR 916, 930 (1994) (Hernández Denton, opinión de conformidad).

expresiones que ha hecho el foro superior puertorriqueño respecto a esta doctrina han sido en el contexto de propaganda del gobierno en año electoral.⁹¹ En esta línea, en una discusión fragmentada de la curia se fusionó la libertad que tiene el gobierno a expresarse y el deber que tiene el gobierno de informar al pueblo sobre su labor gubernamental, pero sin propaganda.⁹² Años después, en *ELA v. Supermercados Amigo*, la Juez Asociada Rodríguez Rodríguez aclaró en una nota al calce de su opinión concurrente que debe puntualizarse que “[la doctrina de expresión gubernamental es de reciente creación en Estados Unidos donde ha generado una enorme controversia. Su desarrollo por lo tanto se encuentra en etapa incipiente por lo que los contornos de la doctrina no han sido delineados con total precisión”.⁹³ Recordemos que la metodología adjudicativa de la doctrina de *government speech* en *Walker* es del año 2015, lo cual fue posterior a las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre las expresiones de gobierno aquí mencionadas.

Así las cosas, el Tribunal Supremo de Puerto Rico no se ha expresado sobre la aplicación de la doctrina de *government speech* en las expresiones de los altos funcionarios de gobierno en su red social. Sin embargo, recientemente se han presentado interrogantes y posibles controversias jurídicas que ameritan que

⁹¹ En este artículo no se analizará el *government speech* en año electoral. Sobre este tema, en *P.P.D. v. Rosselló González*, el Juez Asociado Rebollo López en su opinión concurrente y disidente expresó que:

[L]a Legislatura de Puerto Rico, en virtud del poder que le confiere el Art. VI, Sec. 4 de la Constitución E.L.A., para reglamentar el proceso electoral, así como lo relativo a los partidos políticos y candidaturas, ha restringido la expresión del Gobierno (*government speech*) sobre anuncios de programas, logros y proyecciones durante el año electoral, sin establecer dicha limitación en los tres (3) años que no son electorales. Por consiguiente, es impropio que este Tribunal pretenda aplicar limitaciones al deber y a la facultad del Gobierno de expresarse sobre asuntos de interés público, como son sus logros y programas, durante el período fuera de la veda electoral de anuncios.

Tanto Yudof como Emerson reconocen que anuncios del Gobierno para promover directamente, de forma expl[i]cita y patente, un candidato a un puesto político no representa una expresión legítima de gobierno.

PPD v. Rosselló González, 139 DPR 643, 847-48 (1995) (Rebollo López, opinión concurrente y disidente).

⁹² *Id.* en las págs. 844-48 (Rebollo López, opinión concurrente y disidente) (“Es importante resaltar que aunque el Gobierno no tiene un derecho de expresión garantizado por el Art. II, Sec. 4 de la Constitución de Puerto Rico, y por la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos—ello porque la libertad de expresión allí garantizada es una protección que se le brinda a los individuos—frente al Estado, y no al Estado frente a los individuos, ello no significa que el Gobierno no tenga la facultad y, m[á]s aun, *el deber* de mantener informado al pueblo sobre temas de interés público, incluso sus logros, programas, planes y proyecciones” (citas omitidas)).

⁹³ *ELA v. Supermercados Amigo*, 170 DPR 459, 491 (2007) (Rodríguez Rodríguez, opinión disidente) (citas omitidas).

el ordenamiento jurídico actual de Puerto Rico tenga un cambio. En el verano 2019, el entonces gobernador de Puerto Rico, Ricardo Rosselló, hizo expresiones homofóbicas y sexistas en una plataforma de internet de mensajería privada. Cuando sus expresiones salieron a la luz pública, se creó el ahora famoso *hashtag* #RickyRenuncia.⁹⁴ Este se utilizó en la red social *Twitter* para que los ciudadanos expresaran su insatisfacción con las expresiones del gobernante. A raíz de esos sucesos hubo protestas masivas que culminaron en la renuncia oficial del primer mandatario, la cual se transmitió en vivo por una red social. Esos sucesos han demostrado el poder de influencia que tiene una red social, especialmente cuando la utiliza un alto funcionario de gobierno.

En las últimas décadas, el gobierno ha utilizado el Internet como su método principal de comunicación con la ciudadanía.⁹⁵ En específico, las redes sociales son utilizadas por altos funcionarios de gobierno para difundir sus mensajes a los constituyentes.⁹⁶ Entre las expresiones de los funcionarios de gobierno hay asuntos de política pública en representación del Estado, pero también hay expresiones de ideologías personales en su carácter privado. Esta práctica genera conflictos jurídicos que ameritan atenderse con limitaciones a las expresiones del gobierno.

Como ejemplo de lo anterior, el presidente actual del Senado de Puerto Rico, Thomas Rivera Shatz, utiliza sus redes sociales para comunicarse con la ciudadanía. En sus plataformas sociales comparte asuntos de política pública, como los proyectos que se ventilan ante la Cámara. Además, comparte sus ideologías sobre los distintos asuntos que están bajo el debate público. A modo de ejemplo, en un mensaje que Rivera Shatz compartió en sus redes sociales se expresó de la siguiente manera: “¡A chillidos de puerco... oídos de carnicero! ¡Te llegará tu noche buena puerquito!”⁹⁷ Estas expresiones fueron el final de un largo párrafo en el cual el presidente del Senado de Puerto Rico se expresó de forma amenazante acerca de un miembro de la prensa del país.

Para una situación como la anterior, en la cual un alto funcionario de gobierno utiliza sus redes sociales para expresar política pública y, a su vez, expresiones personales como ciudadano, no existe un marco jurídico que atienda este tipo de controversias en Puerto Rico. Este tipo de expresiones cibernéticas no han sido

⁹⁴ #RickyRenuncia es tendencia en *Twitter*, EL VOCERO (15 de julio de 2019), https://www.elvocero.com/gobierno/rickyrenuncia-es-tendencia-en-twitter/articulo_9dc926b8-a74a-11e9-b5e1-8fcf-8513d4e2.html (última visita 27 de mayo de 2020).

⁹⁵ Ardia, *supra* nota 24, pág. 1985.

⁹⁶ McGee, *supra* en la nota 74.

⁹⁷ @trschatz51, TWITTER (Oct. 10, 2019, 4:46 AM), <https://twitter.com/trschatz51/status/1182261100252995585>.

reguladas, ni se han interpretado hasta el día de hoy, aun cuando se han presentado controversias sobre esto en el ámbito administrativo.⁹⁸

El Tribunal Supremo de Puerto Rico no se ha expresado sobre el alcance o las limitaciones de las expresiones de gobierno en las redes sociales. Sin embargo, en *In re Hon. Colón Colón*⁹⁹, el tribunal reconoció que los cambios tecnológicos y el surgimiento de las redes sociales hacen necesario un cambio en el derecho a la libertad de expresión.¹⁰⁰ Acorde a ello, el tribunal concluyó que los cánones de ética de la Rama Judicial limitan la libertad de expresión de los jueces.

En *In re Hon. Colón Colón*, un Juez Municipal, en su carácter personal, publicaba en su red social de Facebook, entre otras cosas, asuntos que se dilucidaban en su sala con la intención de compartirlas únicamente con su círculo de amistades virtuales.¹⁰¹ Es importante señalar que, aunque la intención del Juez era compartir sus expresiones con su red de amigos, cualquier persona tenía acceso a ver sus publicaciones.¹⁰² Entre los comentarios que realizó el Juez en su red social, expresó que: “Sigo acordándome de cosas: Hace algún tiempo, un señor se excusó porque no pudo comparecer al tribunal. Yo le contesté que no había ningún problema, que el tribunal estaba de lo más bien, pero que gracias por preocuparse. Lollll”.¹⁰³ Sobre las expresiones vertidas por el Juez y la controversia ante sí, el Tribunal Supremo señaló que:

[E]s necesario hacer un balance entre la novedad que caracteriza el uso de las redes sociales -cuyas ramificaciones están comenzando a revelarse en nuestra sociedad moderna- y los deberes éticos que deben guiar a los integrantes de la judicatura tanto en el ejercicio de sus prerrogativas adjudicativas, como en sus vidas privadas. Ello enmarcado dentro de un análisis objetivo de proporcionalidad, de acuerdo con el estándar de equivalencia en la sanción que impera en nuestro ordenamiento.¹⁰⁴

En su análisis, el Tribunal Supremo tomó en consideración el puesto privilegiado que ocupa un juez en nuestro ordenamiento. Sobre ello, expresó que un puesto

⁹⁸ Sadot Santana Miranda, *Gobierno no cuenta con un protocolo de manejo de redes sociales para las agencias*, METRO PR (18 de febrero de 2020), https://www.metro.pr/pr/metroamp/noticias/2020/02/18/gobierno-no-cuenta-protocolo-manejo-redes-sociales-las-agencias.html?__twitter_impression=true (última visita 27 de mayo de 2020).

⁹⁹ 197 DPR 728 (2017).

¹⁰⁰ *Id.* en las págs. 741, 744.

¹⁰¹ *Id.* en las págs. 732-33.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.* en la pág. 734.

¹⁰⁴ *Id.* en la pág. 732.

de tal importancia requiere que se impongan restricciones a su conducta, lo cual constituye sacrificios a su vida pública y privada.¹⁰⁵ Además, el foro supremo interpretó varios de los cánones de ética judicial. Luego de ese análisis, concluyó que el Juez Municipal infringió varios de los cánones de ética y añadió que:

Si bien es cierto que existe un consenso en cuanto a que los jueces no están vedados de utilizar las distintas redes sociales que tienen a su alcance, el uso que el Juez Colón Colón le dio a este medio de expresión tuvo el efecto de infringir los deberes éticos dimanantes de los cánones previamente mencionados. La aplicación de los Cánones de Ética Judicial no se extingue por el mero hecho de que la conducta sancionada se haya efectuado a través de un medio virtual. Como vimos, *lo esencial es analizar el uso que se le da al medio y el contenido de las expresiones ahí publicadas*. El medio a través del cual se da la conducta no es, por sí solo, determinante.¹⁰⁶

A diferencia de lo discutido en *In re Hon. Colón Colón*, las expresiones de altos funcionarios de gobierno de Puerto Rico en las redes sociales no están reguladas en sus respectivos cánones de ética. En este sentido, los aspectos éticos de la Rama Legislativa se dividen por Cámara. Existe un Código de Ética de la Cámara de Representantes y uno del Senado. Cada Cámara autorregula su Código de Ética.¹⁰⁷ Por otro lado, los aspectos éticos de la Rama Ejecutiva los rige la *Ley Orgánica de la Oficina de Ética Gubernamental de Puerto Rico*.¹⁰⁸ Uno de los propósitos de esta ley es fiscalizar la conducta de los servidores públicos y penalizar a los que transgredan la normativa ética que integra los valores en el servicio público.¹⁰⁹ En lo pertinente, la Ley Orgánica de la Oficina de Ética Gubernamental de Puerto Rico establece que:

El estado de derecho que establece este estatuto va dirigido al establecimiento de un Código de Ética que reglamenta la conducta de los servidores y ex servidores públicos de la Rama Ejecutiva, y que se constituye como principio cardinal de esta legislación para proscribir las

¹⁰⁵ *Id.* en la pág. 737.

¹⁰⁶ *Id.* en la pág. 744 (énfasis suplido).

¹⁰⁷ Véase R. de la C. 500 de 8 de enero de 2009, 1ra. Ses. Ord., 18va. Asam.; R. del S. 98 de 8 de febrero de 2017, 1ra. Ses. Ord., 16ta. Asam.

¹⁰⁸ Ley Orgánica de la Oficina de Ética Gubernamental de Puerto Rico, Ley Núm. 1-2012, 3 LPRA §§ 1854-1860 (2019).

¹⁰⁹ Exposición de motivos, Ley Orgánica de la Oficina de Ética Gubernamental de Puerto Rico, Ley Núm. 1 de 3 de enero de 2012, 2012 LPR 1.

acciones improcedentes que ponen en riesgo la estabilidad del soporte moral del Estado. Con tal fin, presenta diversos mecanismos que tienen como norte evitar que se vulnere la pureza de las responsabilidades correspondientes al puesto ocupado, ya sea por menoscabo o por conflicto de intereses.¹¹⁰

Ninguno de los códigos de ética de la Rama Legislativa y de la Ejecutiva contienen alguna disposición sobre las limitaciones a la libertad de expresión de los funcionarios de esta rama de gobierno. Tampoco hay disposiciones análogas a las discutidas e interpretadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso de *In re Hon. Colón Colón* antes discutido. El vacío en nuestro ordenamiento jurídico actual requiere acción inmediata de parte del Gobierno para regular sus expresiones en las redes sociales.

IV. Propuesta para Determinar si las Expresiones de los Altos Funcionarios de Gobierno en las Redes Sociales son *Government Speech*

El Estado, como su propio regulador de expresiones, debe limitar las expresiones de los altos funcionarios de gobierno en las redes sociales. Actualmente, no existe legislación que limite las expresiones que hace un alto funcionario público mientras ejerce su cargo. A diferencia de un funcionario público ordinario, que tiene un horario laboral específico, un alto funcionario de gobierno, como por ejemplo un gobernador o gobernadora, no tiene un horario de salida para dejar de ejercer sus labores. Ellos y ellas son funcionarios y funcionarias las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana. Esto tiene como resultado que se mezclen las expresiones personales con expresiones en representación de gobierno, especialmente cuando se expresan en plataformas de difusión masiva como lo son las redes sociales.

A falta de legislación que atienda las limitaciones de las expresiones de los altos funcionarios de gobierno, proponemos que, de llegar alguna controversia jurídica sobre las expresiones de un alto funcionario de gobierno en las redes sociales, el Tribunal realice un análisis de la totalidad de las circunstancias y utilice, tanto la metodología del Segundo Circuito Apelativo de los Estados Unidos en el caso de *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*, como la metodología de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Walker v. Tex. Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.* Veamos.

En el análisis general que provee *Walker*, el tribunal debe considerar los siguien-

¹¹⁰ Exposición de motivos, Ley Orgánica de la Oficina de Ética Gubernamental de Puerto Rico, Ley Núm. 1 de 3 de enero de 2012, 2012 LPR 1.

tes factores: (1) si el gobierno históricamente se comunicó de esta manera; (2) si el público de manera rutinaria y razonable interpreta el mensaje como un discurso del gobierno en lugar de un mensaje privado; y (3) si el gobierno mantiene control directo sobre los mensajes transmitidos. Si concurren estos factores, estamos ante *government speech* y el Estado tiene la libertad de regular sus propias expresiones. Sin embargo, de no concurrir alguno de esos factores, se aplicarían los principios y protecciones de la libertad de expresión bajo la Primera Enmienda.

El análisis de *Walker* requiere que se atempere al espacio cibernético de las redes sociales. Si consideramos el primer aspecto sobre si el gobierno se comunicó históricamente de esta manera, por ser las redes sociales un fenómeno relativamente nuevo y en constante desarrollo, vamos a contestar en la negativa. Es en este punto donde será necesario hacer el análisis de *Knight* para poder identificar si la cuenta es un espacio privado, donde el gobierno mantiene el control de sus expresiones; o si por el contrario es un espacio público, en el cual los ciudadanos ejercen su libertad de expresión. Veamos.

En primer lugar, es imperativo que se identifique si las expresiones hechas por el funcionario fueron en su carácter oficial o en su carácter personal. Para ello, el Tribunal deberá hacer un análisis de la totalidad de las circunstancias de la red social en controversia. En ese análisis, se debe identificar el uso que se le da a esa cuenta: si es un uso privado o si es oficial. En esta etapa, el Tribunal tiene que considerar el contenido de la cuenta en la red social; si hay fotos del funcionario público durante sus labores oficiales y si hay mensajes sobre política pública. Se tomará en consideración, además, la descripción que aparezca en la parte biográfica de la cuenta. Si del análisis resulta que, en efecto, el funcionario de gobierno publica asuntos relacionados a sus responsabilidades laborales, fotos durante actividades de naturaleza laboral y tiene en su descripción bibliográfica el puesto que ocupa en el gobierno, estamos ante una cuenta de naturaleza oficial.

En segundo lugar, se tienen que identificar las medidas de limitación a la participación ciudadana, si alguna, que el funcionario de gobierno le da a esa cuenta. En este análisis, se identificará si cualquier ciudadano, que tenga una cuenta en esa red social en particular, puede ver todas las publicaciones que realiza el funcionario de gobierno en su cuenta. Además, hay que ver los ciudadanos pueden comentar o interactuar en las publicaciones del funcionario de gobierno. Si resulta que cualquier ciudadano puede, además de ver el contenido, comentar y participar activamente en ese espacio, entonces se concluye que el funcionario no tiene la intención que su cuenta se considere como un espacio privado para expresarse, sino que está abierto a la ciudadanía en general. Por otro lado, hay que considerar si cualquier otro funcionario público o asistente tiene acceso y control de la cuenta. Si más de una persona que trabaja para el gobierno o para el funcionario de gobierno, maneja la cuenta, estamos ante un espacio oficial. Este análisis va de la

mano con el tercer punto del análisis de *Walker*; es decir, si el gobierno mantiene control directo sobre los mensajes transmitidos.

Si luego del análisis anterior, se determina que la cuenta del funcionario es una cuenta oficial abierta al público en general para que ejerzan su libertad de expresión, no aplica el *government speech*. Recordemos que para que esta doctrina se aplique, el gobierno tiene que mantener un control sobre el espacio y el mensaje que le quiere transmitir a los constituyentes. En una cuenta donde todos los ciudadanos pueden expresar su sentir, las actuaciones del gobierno para limitar esa actividad va en contra de los principios de la Primera Enmienda. Por el contrario, si se concluye que la cuenta del funcionario de gobierno no está abierta a la participación activa y al intercambio de ideas de los ciudadanos, entonces volvemos al análisis de *Walker*. En ese sentido, se analizará si el público, de manera rutinaria y razonable, interpreta las expresiones que hace el funcionario de gobierno en su cuenta de red social como un discurso del gobierno en lugar de un mensaje privado. Si las personas interpretan las expresiones en la cuenta del funcionario como un discurso de gobierno, estamos ante la doctrina del *government speech*. Sin embargo, si se concluye que las expresiones del funcionario son un mensaje privado, entraría la aplicación de la Primera Enmienda con todas sus garantías y limitaciones. El análisis de este aspecto se hará a base de la totalidad de las publicaciones del funcionario de gobierno en su cuenta de red social, y no sobre un mensaje aislado.

A modo de ejemplo, si se analiza la cuenta de Twitter del presidente del Senado de Puerto Rico, Rivera Shatz, podemos ver que su cuenta está accesible al público en general.¹¹¹ Cualquier persona que tenga una cuenta de Twitter puede acceder a la cuenta de Rivera Shatz. Además, cada mensaje que escribe el alto funcionario está abierto para que las personas puedan interactuar con él y con los demás ciudadanos en el intercambio de ideas. Inclusive, aunque la persona no tenga cuenta de Twitter puede ver todo lo que el presidente del Senado publica, pero no puede participar de la conversación, ya que para ello necesita una cuenta. En cuanto al contenido de la cuenta, el presidente del Senado tiene mensajes, tanto de proyectos legislativos y política pública, como mensajes de sus expresiones personales. Luego de un análisis del contenido y uso que le da este alto funcionario público a su red social, se puede concluir que es un uso oficial y no personal. Esto quiere decir que la doctrina de *government speech* no aplicaría a la cuenta de Rivera Shatz. Es decir, ante reclamos de un ciudadano sobre violaciones a la Primera Enmienda, el funcionario de gobierno tendría que responder.

¹¹¹ El análisis de la cuenta corresponde a la fecha de publicación de este artículo. Esto podría cambiar, toda vez que los usuarios pueden editar sus perfiles, controlar los accesos, borrar mensajes, entre otras modificaciones a sus cuentas.

Por el contrario, imaginemos que Rivera Shatz no permite que los ciudadanos se expresen en su red y mantiene sus mensajes controlados. En ese escenario debemos analizar si las personas que ven su contenido, y no pueden participar de la discusión activamente, interpretan sus publicaciones como un discurso de gobierno. Con un breve análisis del contenido de la cuenta de Rivera Shatz se puede concluir que el uso de esta red para sus comunicaciones oficiales es constante y rutinario y que este alto funcionario de gobierno mantiene el control sobre su red. Además, la mayor parte de sus publicaciones son relacionadas a política pública y actividades dentro de sus responsabilidades como alto funcionario de gobierno. Ante este escenario hipotético, podemos concluir que sí aplicaría el *government speech*.

V. Conclusión

Es evidente que las redes sociales son el medio de comunicación masivo altamente utilizado por altos funcionarios de gobierno para expresar asuntos de gobierno y asuntos personales. La tecnología sigue avanzando y los funcionarios de gobierno se aprovechan de esta plataforma de comunicación para llevar sus mensajes a la ciudadanía. Sin embargo, los funcionarios mezclan sus expresiones privadas con las expresiones oficiales, lo cual hace difícil su respectiva distinción. Esta mezcla de expresiones del gobierno en una plataforma concurrida por millones de ciudadanos puede traer consigo controversias jurídicas sin precedente. La falta de interpretación judicial sobre el uso que le dan los funcionarios públicos a estas plataformas les otorga la libertad de hasta de reprimir las expresiones de los ciudadanos y violentar las protecciones del derecho a la libertad de expresión que les consagra la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución de Puerto Rico. Estos altos funcionarios de gobierno utilizan la figura del *government speech* como defensa o escudo para evadir las protecciones que la Primera Enmienda les consagra a los ciudadanos. Por ello, es necesaria la implementación de una metodología que ayude a los tribunales a identificar cuándo la doctrina del *government speech* está en acción y cuándo no lo está.

El Estado, como su propio regulador de expresiones, debe limitar las expresiones de los altos funcionarios de gobierno en las redes sociales. No obstante, a falta de estatutos que regulen las expresiones de gobierno, los tribunales deben aplicar un análisis, como el utilizado en *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump* y en *Walker v. Tex. Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.*, para determinar si las expresiones hechas por el funcionario caen bajo la doctrina de *government speech* o bajo las protecciones de la Primera Enmienda.

En este artículo armonizamos ambos análisis para que se atempere al espacio cibernético de las redes sociales. Proponemos que el tribunal considere los siguientes factores: (1) si el gobierno históricamente se comunicó de esta manera.

Aquí será necesario identificar si la cuenta es un espacio privado, donde el gobierno mantiene el control de sus expresiones, o si por el contrario es un espacio público, en el cual los ciudadanos ejercen su libertad de expresión; (2) si el público de manera rutinaria y razonable interpreta el mensaje como un discurso del gobierno en lugar de un mensaje privado; y (3) si el gobierno mantiene control directo sobre los mensajes transmitidos. Aquí se tienen que identificar las medidas de limitación a la participación ciudadana, si alguna, que el funcionario de gobierno le da a su cuenta de red social. Además, hay que considerar si cualquier otro funcionario público o asistente tiene acceso y control de la cuenta. Si concurren estos factores, estamos ante *government speech* y el Estado tiene la libertad de regular sus propias expresiones. Sin embargo, de no concurrir alguno de esos factores, se aplicarían los principios y protecciones de la libertad de expresión bajo la Primera Enmienda.

Es cuestión de tiempo para que surja una controversia relacionada a las expresiones de los altos funcionarios de gobierno en las redes sociales. De hecho, actualmente se han identificado situaciones que apuntan a ello.¹¹² Puerto Rico es un lugar en el cual funcionarios públicos, tales como el propio presidente del Senado, han adoptado la misma práctica del presidente de los Estados Unidos de bloquear de su red social *Twitter* a ciudadanos por razón de expresar un punto de vista distinto al suyo. Esta controversia pronto llegará ante la consideración de los tribunales de Puerto Rico y el presente artículo pretende llenar el vacío jurisprudencial que existe respecto al tema.

¹¹² Silverio Pérez, FACEBOOK (May 16, 2020, 10:07 AM), <https://www.facebook.com/SilverioPerez-PR/posts/10157326719083240>. Véase, también, Kara Swisher, *Twitter Must Cleanse the Trump Stain*, THE NEW YORK TIMES (26 de mayo de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/05/26/opinion/trump-scarborough-twitter.html>.