

**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**

ALEXANDER P. ESPINOZA RAUSSEO  
JHENNY DE FÁTIMA RIVAS ALBERTI

## SUMARIO

1. EL FORO PÚBLICO EN ESPACIOS DE PROPIEDAD PRIVADA.
2. EL FIN DE LA DOCTRINA DEL FORO PÚBLICO EN ESPACIOS PRIVADOS.
  - 2.1. Los medios de radiodifusión
  - 2.2. Los proveedores de servicios de internet y redes sociales.
3. EL ESTADO COMO ÚNICO RESPONSABLE DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.
  - 3.1. La contradicción histórica de la doctrina de la *state action*.
  - 3.2. La distinción público-privada.
  - 3.3. Los deberes mediatos *prima facie*.
4. ESQUEMA DE CASOS EN RELACIONES ENTRE PARTICULARES.
  - 4.1. El planteamiento del problema.
  - 4.2. La valoración de los intereses en conflicto.
    - 4.2.1. La esfera privada.
    - 4.2.2. La esfera social.
    - 4.2.3. La esfera de luz pública.
  - 4.3. La ponderación de los intereses en conflicto.
5. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 23/10/2023  
Fecha aceptación: 05/03/2024

# 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<sup>1</sup>

ESPINOZA RAUSSEO, ALEXANDER P.<sup>2</sup>

Académico Investigador de la Universidad de Las Américas (Chile)

RIVAS ALBERTI, JHENNY DE FÁTIMA<sup>3</sup>

Académica Investigadora de la Universidad de Las Américas (Chile)

## INTRODUCCIÓN

La pretensión de un individuo de hacer uso de un espacio físico o virtual de propiedad privada como foro para la difusión de ideas, como en el caso de centros comerciales, canales de televisión por cable o proveedores de servicios de internet y redes sociales ha sido resuelta de forma diversa en el derecho norteamericano. Podemos distinguir tres etapas de la jurisprudencia de la Corte Suprema. A fines del siglo XIX, la Corte sostuvo el criterio del valor absoluto de la propiedad<sup>4</sup>, hasta que a

---

<sup>1</sup> 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». Autoreferencia omitida para la revisión de pares.

<sup>2</sup> Doctor Iuris por la Universidad de Passau, Alemania. Académico Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, Sede Viña del Mar, Los Castaños 7 Norte 1348, Chile. Email: alexander.espinoza.rausseo@gmail.com. ORCID: 0000-0001-7600-3054.

<sup>3</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Académica Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, Sede Viña del Mar, Los Castaños 7 Norte 1348, Chile. Email: jhennyrial1613@gmail.com. ORCID: 0000-0002-2589-6742.

<sup>4</sup> Horwitz, Morton J. (1971). *The transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. Harvard University Press, p. 11; Horwitz, Morton J. (1974). «The Historical

mediados del siglo XX permitió la aplicación de la doctrina del foro público a ciertos espacios de propiedad privada. Finalmente, en los años 70's la Corte reafirmó que el derecho de propiedad otorga a su titular inmunidad frente a los derechos constitucionales de terceros. En el estado actual de la jurisprudencia, la presunta infracción de un derecho constitucional como la libertad de expresión, la libertad religiosa o el trato igualitario no puede servir de fundamento a pretensiones frente al propietario privado. Según la doctrina de la acción estatal, la libertad de expresión solo brinda protección contra la interferencia del Gobierno<sup>5</sup> y no construye ningún escudo contra la conducta meramente privada<sup>6</sup>.

El presente artículo abordará el conflicto entre el derecho del individuo que prefiere hacer uso de un espacio de propiedad privada como un foro para la expresión de ideas, para participar en un debate de relevancia pública y el derecho de exclusión del propietario del establecimiento de libre acceso al público. Nos preguntamos si los derechos de comunicación habilitan la facultad del orador de usar los espacios de libre acceso público o si el derecho de propiedad otorga a su titular la facultad de prohibir tales actividades expresivas. Abordaremos tales problemas desde el punto de vista de las teorías de los efectos horizontales y verticales de los derechos constitucionales y cuestionaremos los fundamentos de la doctrina de la *state action*. No incluiremos en nuestro análisis la aplicación de la doctrina del foro público en espacios propiedad del Estado<sup>7</sup>, ni podremos abordar en detalle la incidencia de la idea de foro público en el debate norteamericano relativo a la regulación del discurso en internet, aun cuando muchas de las reflexiones presentadas aquí son aplicables *mutatis mutandi*.

Desde el punto de vista de la teoría de los derechos constitucionales cuestionaremos la tradicional aproximación de los efectos verticales entre el titular del derecho y el Estado. Observaremos que, las coincidencias históricas entre la sujeción del Estado y la limitación del propietario privado en su libertad de decidir acerca de su propiedad parece desvirtuar la contradicción conceptual entre Estado e individuo que sirve

---

Foundations of Modern Contract Law». *Harvard Law Review*, 87(5), 917–956, p. 952. <https://doi.org/10.2307/1340045>; Horwitz, Morton J. (1973). «The Transformation in the Conception of Property in American Law, 1780-1860». *The University of Chicago Law Review*, 40(2), 248–290, p. 251. <https://doi.org/10.2307/1599115>.

<sup>5</sup> Hudgens v. NLRB, 424 U.S. 507, 513 (1976). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/507/>. Consultado el 12-10-2023.

<sup>6</sup> Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U.S. 557, 566 (1995). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/557/>. Consultado el 12-10-2023.

<sup>7</sup> Por ejemplo, en espacios comerciales, International Soc. for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee, 505 U.S. 672 (1992). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/672/>. Consultado el 07-02-2022; en telecomunicaciones, Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes, 523 U.S. 666 (1998). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/523/666/>. Consultado el 09-05-2023; o en servicios de internet y redes sociales, Biden v. Knight First Amendment Institute At Columbia University, 593 US 1220 - Supreme Court 2021. Disponible en [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=11612633916108808132&hl=en&cas\\_sdt=4,60&sciodt=4,60](https://scholar.google.com/scholar_case?case=11612633916108808132&hl=en&cas_sdt=4,60&sciodt=4,60). Consultado el 19-06-2023.

de base a la doctrina de la *state action*. Tales coincidencias nos permiten confirmar empíricamente la tesis de la inexistencia de la mencionada dicotomía, basada en la condición del Estado como deudor de los derechos constitucionales y la inmunidad de los individuos a los derechos de los demás. En efecto, el recurso a la figura del Estado parece haber impedido apreciar que el correlativo de los derechos *prima facie* son los deberes *prima facie*, cuya responsabilidad corresponde a todos nosotros, los miembros de una sociedad y, de acuerdo con el principio de reciprocidad, a todo ciudadano de forma mediata. Tampoco se trata de efectos horizontales, dado el carácter mediato de los deberes *prima facie*.

Frente a la pregunta de si el derecho de excluir del propietario se encuentra limitado por los derechos fundamentales de terceros, debemos considerar que, el elemento que determina el alcance de las facultades del propietario no deriva exactamente del interés individual de quien se expresa. El derecho a la libertad de expresión o de libertad religiosa del orador tendrían que retroceder frente a la privacidad y la facultad de exclusión del propietario de una vivienda. Por el contrario, tal como veremos en *Marsh v. Alabama* (1946), el factor determinante deriva del interés público en la discusión de asuntos de relevancia pública, cuya titularidad, en el caso de la libertad de expresión, se ubica en un sujeto distinto del orador, el público. El mencionado interés público constituye además un valor fundamental, constituido por la función que se atribuye al espacio público, como condición esencial de una sociedad democrática<sup>8</sup>.

Por ello, estimamos que, la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en torno al ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda en lugares de propiedad privada de libre acceso constituye un lamentable retroceso, que recuerda el criterio del valor absoluto de la propiedad de fines del siglo XIX y que puede ser calificado como una peligrosa afectación del interés general en la formación de una opinión pública libre y plural. El peligro para el Estado democrático deriva del desplazamiento de la esfera de luz pública<sup>9</sup> hacia lugares de propiedad privada,

---

<sup>8</sup> Mattson, K. (1999). «Reclaiming and Remaking Public Space: Toward an Architecture for American Democracy», *National Civic Review*, 88(2), 133–144, p. 133. Disponible en doi:10.1002/ncr.88206. Consultado el 07-02-2023; Zick, T. (2009). «“Duty-Defining Power” and the First Amendment’s Civil Domain», *Colum. L. Rev. Sidebar*, 109, 116, p. 124. Disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1871&context=facpubs>. Consultado el 07-02-2023; Inazu, J. D. (2014). «The First Amendment’s public fórum», *Wm. & Mary L. Rev.*, 56, 1159, p. 1165. Disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3583&context=wmlr>. Consultado el 07-02-2023; Werhan, K. (2004). *Freedom of speech: A reference guide to the United States constitution*. Greenwood Publishing Group, p. 130; Hoskyns, T. (2014). *The empty place: Democracy and public space*. Oxon: Routledge, p. 67; Parkinson, J. (2012). *Democracy and public space: The physical sites of democratic performance*. Oxford University Press, p. 28.

<sup>9</sup> Nota: En lugar de la traducción literal de la expresión alemana *Öffentlichkeit*, emplearemos «esfera de luz pública», para expresar su carácter expuesto frente al público. Véase, con más referencias, Espinoza-Rausseo, A. y Rivas-Alberti, J. (2024). Derechos constitucionales y deberes reciprocos. Especial referencia a las relaciones entre particulares y a la doctrina de la *state action* del derecho

que podría suponer un proceso de privatización de una parte importante del mercado de las ideas. Este proceso ya había sido advertido en el caso de la evolución de los centros comerciales suburbanos en las ciudades modernas y luego en materia de telecomunicaciones y es particularmente actual en el caso de los servicios de internet y redes sociales.

Para abordar el problema describiremos la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en torno a la doctrina del foro público en espacios de propiedad privada. En el apartado 1 observaremos su origen y su relación con la teoría de la función pública de la propiedad y en el apartado 2 mostraremos la tendencia contraria, basada en la doctrina de la acción estatal y el estado actual en los casos de los medios de radiodifusión y de internet. En el apartado 3 observaremos en primer lugar, la contradicción entre la doctrina de la *state action* y la línea trazada por la propia jurisprudencia, que muestra grandes coincidencias, en lugar de diferencias entre las facultades del Estado y del propietario privado. Además, realizaremos un análisis crítico de los fundamentos de la doctrina de la acción estatal y sus efectos en la dicotomía público-privada del derecho y propondremos en su lugar, el reconocimiento de los deberes mediáticos *prima facie* de los ciudadanos y la distinción basada en el modelo de las esferas de la vida en sociedad. Finalmente, en el apartado 4 aplicaremos tales teorías a las relaciones entre particulares en el foro público en un esquema de casos.

## 1. EL FORO PÚBLICO EN ESPACIOS DE PROPIEDAD PRIVADA

La doctrina del foro público se desarrolla sobre la base de la teoría de la función pública de la propiedad. Ésta última sostiene que, las facultades del propietario pueden ser objeto de restricciones especiales derivadas de los derechos de los demás, en los casos en que la propiedad ha sido destinada por su titular a un uso público. Esta teoría había sido propuesta a fines del siglo XIX por el Juez Harlan y fue admitida por la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos para definir el derecho del propietario de puentes, transbordadores, autopistas de peaje y ferrocarriles privados<sup>10</sup>, aun cuando no obtuvo el respaldo de la mayoría de la Corte en los casos de segregación racial en establecimientos de propiedad privada, pero abiertos al público, tales como posadas, medios de transporte, restaurantes y lugares de entretenimiento<sup>11</sup>. En

---

norteamericano. *Revista de Estudios Políticos*, 203, 85-126. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.203.04>. Consultado el 21-05-2024.

<sup>10</sup> Covington & Lexington Tpk. Road Co. v. Sandford, 164 U.S. 578 (1896). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/164/578/>. Consultado el 03-06-2023.

<sup>11</sup> Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/>. Consultado el 03-09-2023; Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 544 (1896). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Consultado el 10-08-2021.

esta etapa inicial de la doctrina del foro público, el criterio determinante reside en la voluntad del propietario de abrir determinados espacios al libre acceso público.

A través de la doctrina del foro público, la Corte Suprema reconoció a fines de los años 30's que la Primera Enmienda protegía el uso de calles, aceras y parques con fines de reunión, comunicación de pensamientos entre ciudadanos y discusión de cuestiones públicas<sup>12</sup>. No tardaría la Corte en aplicar dicha doctrina en casos en que, a pesar del derecho de exclusión del propietario, un individuo pretendía ejercer sus derechos de la Primera Enmienda en lugares de propiedad privada. Se trataba de espacios, cuyas características eran similares a las calles, aceras y parques públicos, tales como urbanizaciones de propiedad privada, parques privados y modernos centros comerciales.

En *Marsh v. Alabama* (1946)<sup>13</sup> Grace Marsh, una testigo de Jehová, había sido arrestada y acusada por el delito de entrar o permanecer en las instalaciones de otro, por permanecer en la acera cercana a una oficina de correos, con la intención de distribuir literatura religiosa, en un suburbio libremente accesible por el público en general. El título de propiedad de la ciudad pertenecía a una corporación privada<sup>14</sup>. La Corte Suprema determinó que, de acuerdo con la doctrina del *public forum*, ni un Estado ni un Municipio pueden prohibir completamente la distribución de literatura que contenga ideas religiosas o políticas en sus calles, aceras y lugares públicos<sup>15</sup>.

La Corte sostuvo que no se puede negar a las personas la libertad de prensa y de religión simplemente porque una empresa tenga el título de propiedad de la ciudad<sup>16</sup>. Observó que no eran evidentes diferencias relevantes entre las calles y aceras y de propiedad privada o pública y que en ambas el público tiene un interés idéntico en que los canales de comunicación sigan siendo libres<sup>17</sup>.

Dos décadas después de *Marsh v. Alabama*, la Corte reconoció la protección de la Primera Enmienda en una manifestación realizada en un centro comercial. En *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.* (1968) la Corte resolvió el conflicto entre la manifestación de un sindicato de trabajadores de un supermercado ubicado en un centro comercial y las facultades de exclusión del propietario. Al igual que en *Marsh*

---

<sup>12</sup> Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/303/444/>. Consultado el 20-02-2024; Hague v. Committee for Industrial Organization, 307 U.S. 496 (1939). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/496/>. Consultado el 16-10-2023; Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/147/>. Consultado el 16-10-2023; Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/>. Consultado el 16-10-2023.

<sup>13</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/>. Consultado el 21-01-2023.

<sup>14</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 503.

<sup>15</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 504.

<sup>16</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 505. Criterio reiterado en *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308, 316 (1968). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/308/>. Consultado el 03-05-2023.

<sup>17</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 508.

*v. Alabama*, la Corte comparó la situación con una protesta realizada en las calles, las aceras, los parques y otros lugares públicos, históricamente asociados con el ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda<sup>18</sup>. Y concluyó que «el centro comercial aquí es claramente el equivalente funcional del distrito comercial de Chickasaw involucrado en *Marsh*»<sup>19</sup>.

En nuestro criterio, esta línea comparativa, que encontramos también en *Marsh v. Alabama*, va más allá de la transferencia de parámetros del derecho público al derecho privado. Si recordamos que, inicialmente el uso de lugares públicos se regía por los criterios aplicables al derecho de propiedad privada (*como veremos más adelante, en el apartado 3*), entonces tiene sentido que la evolución de la propiedad del Estado también sea considerada en la determinación de las facultades del propietario privado. Según la Corte, a diferencia de una situación que involucra el hogar de una persona, los demandados no pueden alegar la afectación de un derecho a la privacidad o de la operación comercial normal de la propiedad<sup>20</sup>. Como se observa, se exige al propietario el deber de justificar racionalmente las decisiones que tradicionalmente serían ejercidas en forma absolutamente libre.

El peso del interés general de la audiencia en la expresión de ideas en centros comerciales también deriva de la evolución de esa forma de urbanismo en la ciudad moderna. Para la Corte, la corrección del enfoque adoptado en *Marsh* es reforzado por el advenimiento del centro comercial suburbano, en el que un grupo de unidades minoristas individuales se concentra en una sola extensión grande de propiedad privada. Su rápido crecimiento en el tiempo podría conducir a la afectación del objetivo de la libertad de expresión y comunicación que es el núcleo de la Primera Enmienda. Mientras que empresas comerciales ubicadas en áreas céntricas estarían sujetas a críticas públicas de los trabajadores que protestan frente a las condiciones de trabajo deficientes, o de los consumidores que protestan por el precio o la calidad de los productos, las empresas ubicadas en los suburbios podrían en gran medida quedar inmunes a críticas similares<sup>21</sup>.

## 2. EL FIN DE LA DOCTRINA DEL FORO PÚBLICO EN ESPACIOS PRIVADOS

La doctrina del foro público en espacios privados fue revertida por la Corte Suprema en los años setenta y se ha mantenido hasta ahora como uno de los problemas más controversiales del derecho constitucional norteamericano. A pocos años de *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, la composición de la Corte Suprema había

---

<sup>18</sup> Food Employees, 391 U. S. 315.

<sup>19</sup> Food Employees, 391 U. S. 318.

<sup>20</sup> Food Employees, 391 U. S. 324.

<sup>21</sup> Food Employees, 391 U. S. 324.

cambiado radicalmente y también su criterio sufrió un cambio abrupto<sup>22</sup>. En *Lloyd Corp. v Tanner* (1972)<sup>23</sup> los demandantes distribuían volantes contra la Guerra de Vietnam dentro del centro comercial Lloyd Center y fueron informados por empleados de seguridad del centro comercial que debían detener su distribución o serían arrestados. La Corte Suprema sostuvo que *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.* amplió el criterio establecido en *Marsh* aun cuando el contexto de un centro comercial es diferente del entorno de la ciudad de la empresa, pero lo hizo solo debido a que la actividad de la Primera Enmienda estaba relacionada con las operaciones del centro comercial. La mayoría respaldó la opinión disidente del Juez Black en *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, según la cual *Marsh* sólo era aplicable a la especial situación de la ciudad de propiedad privada<sup>24</sup>. Sin embargo, los volantes contra la Guerra de Vietnam no tenían relación con ningún propósito para el cual se construyó y utilizó el centro comercial, de atraer compradores potenciales al Centro, crear una impresión favorable y generar buena voluntad<sup>25</sup>.

Más importante aún para los fines del presente estudio es la referencia a la doctrina de la *state action*. La Corte recordó que las Enmiendas Primera y Decimocuarta salvaguardan los derechos de libertad de expresión y reunión mediante limitaciones a la acción del Estado, no a la acción del propietario privado utilizada de manera no discriminatoria solo para fines privados<sup>26</sup>. Sostuvo que, la propiedad no pierde su carácter privado simplemente porque se invita generalmente al público a utilizarla para los fines designados. Ya no se considera suficiente la voluntad del propietario de abrir determinados espacios al libre acceso público, sino que se requiere además que el propietario hubiera dedicado su propiedad al ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda<sup>27</sup>.

Este criterio sería reafirmado en *Hudgens v. NLRB* (1976), en el que miembros de un sindicato, que organizaron una protesta frente a la tienda de su empleador, debieron abandonar el lugar, luego de que el gerente del centro comercial los amenazara con arrestarlos por allanamiento de morada. La Corte revocó expresamente el criterio sostenido en *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.* Reconoció que sus decisiones anteriores habían generado gran confusión y aclaró que la Primera Enmienda solo es aplicable contra la violación por parte del Gobierno federal o estadal<sup>28</sup>. Por ello, los manifestantes en el presente caso no tenían un derecho de la Primera Enmienda a

<sup>22</sup> Dwyer, J. R. (1972). «First Amendment Rights vs. Private Property Rights-The Death of the Functional Equivalent», *University of Miami Law Review*, 27, 219-225, p. 223. Disponible en <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2778&context=umlr>. Consultado el 03-05-2022.

<sup>23</sup> *Lloyd Corp., Ltd. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/551/>. Consultado el 13-09-2021.

<sup>24</sup> *Lloyd Corp., Ltd.* 407 U. S. 562.

<sup>25</sup> *Lloyd Corp., Ltd.* 407 U. S. 565.

<sup>26</sup> *Lloyd Corp., Ltd.* 407 U. S. 567.

<sup>27</sup> *Lloyd Corp., Ltd.* 407 U. S. 570.

<sup>28</sup> *Hudgens*, 424 U. S. 513.

ingresar al centro comercial con el fin de anunciar su huelga contra el empleador, sino que, los derechos y obligaciones de las partes en este caso dependían exclusivamente de la Ley Nacional de Relaciones Laborales<sup>29</sup>.

Como resultado de *Lloyd Corp. v Tanner* y *Hudgens v. NLRB*, es posible afirmar que, en el estado actual de la jurisprudencia norteamericana, el propietario tiene el derecho de excluir la actividad expresiva, incluso lugares de libre acceso al público, como los centros comerciales<sup>30</sup>. Queda a salvo, en todo caso la posibilidad que las disposiciones constitucionales de los Estados sean interpretadas para permitir que las personas ejerzan razonablemente la libertad de expresión y los derechos de petición en la propiedad de un centro comercial de propiedad privada al que se invita al público<sup>31</sup>.

## 2.1. Los medios de radiodifusión.

En *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee* (1973)<sup>32</sup> el Movimiento de Ejecutivos de Negocios por la Paz en Vietnam presentó una queja, alegando que una emisora había violado la Primera Enmienda al negarse a venderle tiempo para transmitir anuncios que expresaban las opiniones del grupo sobre el conflicto de Vietnam. La Corte debía resolver si los titulares de licencias de transmisión de radio y televisión pueden negarse a vender cualquier parte de su tiempo publicitario a grupos o individuos que deseen hablar sobre temas controvertidos de relevancia pública. La mayoría de la Corte concluyó que la conducta de la emisora no constituye una acción del Gobierno capaz de infringir la Primera Enmienda. Observó que, de acuerdo con la historia legislativa, el Congreso había optado por dejar amplia discreción periodística al licenciatario. Sólo cuando se compruebe que los intereses del público superan los intereses periodísticos privados de las emisoras se hará valer el poder del Gobierno, especialmente a través de los procedimientos de renovación de licencia<sup>33</sup>. La aplicación de las rígidas limitaciones de la Primera Enmienda a los titulares de licencias de radiodifusión sería la antítesis del ideal mismo de un debate vigoroso y desafiante sobre cuestiones de interés público<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Hudgens, 424 U. S. 521.

<sup>30</sup> Zick, T. (2009). *Speech out of doors: Preserving first amendment liberties in public places*. Cambridge University Press, pp. 56, 156.

<sup>31</sup> *Pruneyard Shopping Ctr. v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/74/>. Consultado el 05-02-2022

<sup>32</sup> *CBS v. Democratic Nat'l Committee*, 412 U.S. 94, (1973). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/412/94/>

<sup>33</sup> *CBS v. Democratic Nat'l Committee*, 412 U.S. 110.

<sup>34</sup> *CBS v. Democratic Nat'l Committee*, 412 U.S. 121.

En *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck* (2019)<sup>35</sup> los demandantes produjeron y presentaron una película para su emisión en el canal de acceso público de Manhattan operado por una corporación privada sin fines de lucro. La corporación suspendió a los demandantes del uso de los canales debido al contenido de la película. Los demandantes alegaron la infracción de sus derechos de libertad de expresión. La Corte Suprema sostuvo que la operación de un canal de acceso público en un sistema de cable no es «una función pública tradicional y exclusiva» del Estado, una de las pocas circunstancias limitadas en que una entidad privada hubiera podido calificar como actor estatal sujeto a las obligaciones derivadas de la Primera Enmienda<sup>36</sup>.

## 2.2. Los proveedores de servicios de internet y redes sociales

Hasta el momento, la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha resuelto expresamente si los proveedores de servicios de internet y redes sociales están sujetos a los derechos protegidos por la Primera Enmienda de los usuarios. Sin embargo, la doctrina de la acción estatal reconocida en *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck* es considerada como el precedente que regula la inmunidad de los propietarios privados frente a la libertad de expresión de los demás y ha sido aplicada en tal sentido por la jurisprudencia de instancia<sup>37</sup>. Por tal motivo, han sido desestimados los intentos de sujetar la moderación de contenido de los proveedores de servicios de internet y redes sociales a los principios de la Primera Enmienda.

---

<sup>35</sup> *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. \_\_\_\_ (2019). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-1702/>. Consultado el 10-10-2023.

<sup>36</sup> Criterio reiterado por la jurisprudencia de instancia. *Wardlaw v. City of Philadelphia, Civil Action 21-1942* (E.D. Pa. Mar. 10, 2022). <https://casetext.com/case/wardlaw-v-city-of-philadelphia-4>;

<sup>37</sup> *Prager University v. Google LLC*, No. 18-15712 (9th Cir. 2020). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/18-15712/18-15712-2020-02-26.html>; *Cyber Promotions, Inc. v. American Online, Inc.*, 948 F. Supp. 436 (E.D. Pa. 1996). <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/948/436/2099040/>; *Island Online, Inc. v. Network Solutions, Inc.*, 119 F. Supp. 2d 289 (E.D.N.Y. 2000). <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/119/289/2327521/>; *Green v. America Online*, 318 F.3d 465, 472 (3d Cir. 2003). <https://casetext.com/case/green-v-america-online-aol>; *Estavillo v. Sony Computer Entertainment America*, No. C-09-03007 RMW, 2 (N.D. Cal. Sep. 22, 2009). <https://casetext.com/case/estavillo-v-sony-computer-entertainment-america>; *Noah v. AOL Time Warner, Inc.*, 261 F. Supp. 2d 532 (E.D. Va. 2003). <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/261/532/2515648/>. Una postura contraria ha sido sostenida por el Juez Thomas, J., en su voto concurrente en *Biden v. Knight First Amendment Institute At Columbia Univ.* 593 U. S. \_\_\_\_ (2021). [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20-197\\_5ie6.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20-197_5ie6.pdf). Acerca del debate en la doctrina, véase Klonick, K. (2017). «The new governors: The people, rules, and processes governing online speech. *Harv. L. Rev.*, 131, 1598, p. 1613. [https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=faculty_publications); Johnson, R. M. (2023). «Social Media and Free Speech: A Collision Course That Threatens Democracy. *Ohio Northern University Law Review*, 49(2), 5. [https://digitalcommons.onu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1333&context=onu\\_law\\_review](https://digitalcommons.onu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1333&context=onu_law_review).

### 3. EL ESTADO COMO ÚNICO RESPONSABLE DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Algunos de los fundamentos de la doctrina de la *state action* han sido muy influyentes, como ocurre con la idea generalmente aceptada, según la cual los derechos fundamentales representan derechos frente al Estado. Otras de sus premisas han sido objeto de «debates crónicos»<sup>38</sup>, que parecen resistirse a una solución razonablemente aceptable, como ocurre con la distinción público-privada del derecho<sup>39</sup> y sus problemas conexos, tales como el rol del Estado y el papel de los intereses generales en las relaciones entre particulares. Como veremos a continuación (3.1), la evolución de la jurisprudencia norteamericana en torno al foro público muestra grandes coincidencias, en lugar de diferencias entre las facultades del Estado y del propietario privado, lo cual contradice abiertamente la concepción del Estado como único responsable frente a los derechos de los individuos. Pero también desde el punto de vista teórico se trata de un postulado erróneo, tal como veremos en el debate en torno al rol del Estado y el papel de los intereses generales en las relaciones entre particulares (3.2).

#### 3.1. *La contradicción histórica de la doctrina de la state action*

Como hemos visto, de acuerdo con la doctrina de la *state action*, la Decimocuarta Enmienda no ofrece un escudo de protección frente a la conducta privada, sin importar que se la califique de errónea o discriminatoria<sup>40</sup>. Del mismo modo, la libertad de expresión, garantizada en la Primera Enmienda, solo brinda protección contra la interferencia del Gobierno<sup>41</sup> y no construye ningún escudo contra la conducta meramente privada<sup>42</sup>. Se trata de una concepción del Estado que permanece como uno de los vestigios del liberalismo extremo de fines del siglo XIX. Según Habermas, es el resultado de un momento histórico en el que «la burguesía liberal debió interpretar cómo deben ser realizados los principios del Estado de derecho, sobre la base de sus propios intereses»<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Michelman, F. I. (2022). *Constitutional Essentials: On the Constitutional Theory of Political Liberalism*. Oxford University Press, p. 125.

<sup>39</sup> Dagan, H. (2008). «The Limited Autonomy of Private Law», *The American Journal of Comparative Law*, 56(3), 809–833, p. 811. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/20454642>. Consultado el 13-04-2022.

<sup>40</sup> *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 554 (1875). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/542/>. Consultado el 11-09-2023; *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 349 (1974); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 621 (2000). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/>. Consultado el 11-09-2023.

<sup>41</sup> *Hudgens*, 424 U. S. 513.

<sup>42</sup> *Hurley*, 515 U.S. 566.

<sup>43</sup> Habermas, J. (1996) [1992]. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 306; Habermas, J. (1998) [1992]. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del

La postura de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que afirma la aplicación exclusiva de los derechos fundamentales a la actuación del Estado y sólo excepcionalmente a las relaciones entre particulares es sin embargo contraria al desarrollo histórico de su propia jurisprudencia acerca de la sujeción del Estado y la limitación del propietario privado. De ser cierta la hipótesis de la dicotomía público-privada y de la naturaleza conceptualmente opuesta del individuo y el Estado, entonces deberíamos esperar líneas de conducta opuestas, entre una acción del Estado sujeta a las obligaciones de los derechos constitucionales y una acción del individuo libre de aquellas obligaciones. Pero, la jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la exclusión de terceros con fines de expresar una opinión no permite identificar casi ninguna distinción basada en la titularidad de la propiedad del Estado y la propiedad privada<sup>44</sup>, o por lo menos, no se trata de una distinción categórica.

Este trato no diferenciado ha sido expresamente reconocido por la Corte en varias oportunidades. Desde *Davis v. Massachusetts* (1897)<sup>45</sup> la Corte reconoció que el Estado disponía de la misma discrecionalidad amplia en la regulación del uso de calles y parques que la que era propia del propietario con relación a su casa. El cambio producido en *Hague v. Committee for Industrial Organization* (1939), al reconocer el derecho a ejercer las libertades de la Primera Enmienda en lugares destinados desde tiempo inmemorial a fines de discusión de cuestiones públicas, tampoco hace distinción, sino que establece una relación de equivalencia entre la propiedad pública y privada: «*{w}herever the title of streets and parks may rest*». En *Marsh v. Alabama* (1946) la Corte desestimó que el ejercicio de la libertad de prensa y de religión dependiera de que los espacios públicos de la ciudad fueran propiedad de una empresa<sup>46</sup>. Sostuvo que:

En nuestra opinión, la circunstancia de que los derechos de propiedad de los locales donde tuvo lugar la afectación de libertad en cuestión estuvieran en manos de otras personas distintas del público no es suficiente para justificar que el Estado permita que una corporación gobierne una comunidad de ciudadanos para restringir sus libertades fundamentales y la aplicación de dicha restricción mediante la aplicación de una ley estatal<sup>47</sup>.

---

discurso. Editorial Trotta, p. 324. Acerca del origen y la evolución histórica de la doctrina liberal de la acción estatal, véase Espinoza, A. y Rivas, J. (2024). «Derechos constitucionales y deberes...» Cit.

<sup>44</sup> En este sentido, Aime, G. J. (2018). «Navigating the Troubled Waters of the Public Forum: The Public Trust Doctrine as a Life Jacket», *Arizona State Law Journal*, 50, 335, 339-363. Disponible en [https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2018/05/Crocquevieille\\_Pub.pdf](https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2018/05/Crocquevieille_Pub.pdf). Consultado el 10-05-2022

<sup>45</sup> *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/167/43/>. Consultado el 16-02-2024.

<sup>46</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 505. Criterio reiterado en *Food Employees*, 391 U.S. 316.

<sup>47</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 509.

Citando a *Marsh v. Alabama* y *Tucker v. Texas*<sup>48</sup>, la Corte recordó en *Terminiello v. City of Chicago* (1949)<sup>49</sup> que, «[n]i una parte privada ni una autoridad pública» pueden invocar leyes estatales válidas contra la intrusión para excluir de su propiedad a los grupos interesados en difundir propaganda<sup>50</sup>. Y en *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.* (1968), la Corte señaló que, «en algunas circunstancias, al menos para los fines de la Primera Enmienda, la propiedad que es de titularidad privada puede ser tratada como si fuera propiedad pública»<sup>51</sup>.

Tampoco es posible afirmar que a partir de la aplicación de la doctrina de la *state action* el derecho del orador de hacer uso de los espacios de propiedad privada hubiera sido distinto con respecto a los espacios de propiedad del Estado, en los que aún se aplica una versión muy restringida de la doctrina del foro público. El criterio establecido en *Lloyd Corp. v Tanner* (1972), que ya no considera suficiente la voluntad del propietario de abrir determinados espacios al libre acceso público, sino que requiere además que el propietario hubiera dedicado su propiedad al ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda, fue aplicado *mutatis mutandis* a los casos de propiedad del Estado<sup>52</sup>. Y en *Adderly v. Florida* (1966) la Corte sostuvo que el Estado, «al igual que un propietario privado», tiene poder para preservar la propiedad bajo su control para el uso al que está legalmente dedicada<sup>53</sup>. De tal forma, no sólo es aplicable el mismo régimen al foro público tradicional de propiedad pública y privada, sino que bajo la categoría del foro público limitado o designado se reconocen similares facultades discrecionales tanto al propietario de un centro comercial como al administrador de una oficina pública, en la decisión de abrir o no el espacio a la actividad comunicativa.

---

<sup>48</sup> *Tucker v. Texas*, 326 U.S. 517 (1946). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/517/>. Consultado el 26-05-2022. La diferencia entre este caso y *Marsh v. Alabama* es que aquí, en lugar de una corporación privada, el gobierno federal es dueño y opera la ciudad (Page 326 U. S. 520).

<sup>49</sup> *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/337/1/>. Consultado el 13-04-2022.

<sup>50</sup> *Terminiello* 337 U. S. 30. Un criterio distinto fue expresado en *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*. La Corte afirmó que «El desarrollo de parques de propiedad privada que prohíban la libre expresión no cambiaría el estado de foro público de los parques de propiedad pública. Pero lo contrario también es cierto. Las prácticas de los centros de transporte privados no afectan a la autoridad reguladora del gobierno sobre un aeropuerto de propiedad pública» (505 U. S. 681).

<sup>51</sup> *Food Employees*, 391 U. S. 316.

<sup>52</sup> Por ejemplo, en *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828, 838 (1976). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/828/>. Consultado el 17-10-2023; *Perry Educ. Ass'n v. Perry Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/37/>. Consultado el 17-10-2023; *United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720 (1990). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/720/>. Consultado el 17-10-2023.

<sup>53</sup> *Adderly v. Florida*, 385 U.S. 39, 47 (1966). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/39/>. Consultado el 11-09-2023. Criterio reiterado en *Greer v. Spock*, 424 U. S. 836; *Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund*, 473 U.S. 788, 800 (1985). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/788/>. Consultado el 11-09-2023.

Estimamos entonces que, la vigencia de los derechos de la Primera Enmienda no deriva de una supuesta dicotomía entre la propiedad pública y privada, sino de la distinción entre la propiedad que se encuentra dedicada a un fin público, como en el caso de calles, aceras y parques de libre acceso, independientemente de su titularidad, por una parte, y los casos en que su objeto sólo se encuentra dedicado a la utilidad privada o a un uso no compatible con la actividad expresiva, por otra parte. Es decir que el criterio determinante no debe ser la titularidad de la propiedad sino el uso al cual se encuentra destinado<sup>54</sup>. Pero, además resulta claro que frente al ejercicio del derecho a la libertad de opinión el propietario privado no tiene facultades distintas que las del Estado, lo que contradice la concepción del Estado como único responsable frente a los derechos de los individuos.

### 3.2. *La distinción público-privada*

En el debate en torno al rol del Estado y el papel de los intereses generales en las relaciones entre particulares, la academia se debate entre dos extremos. Desde la exclusión absoluta de los intereses generales en las relaciones entre particulares, basado en el criterio de la correlatividad entre los derechos subjetivos y deberes legales de las partes<sup>55</sup>, hasta la inexistencia de la distinción público-privada, basada en la inevitable participación del Estado en toda relación jurídica<sup>56</sup> y la reducción a un plano instrumental del derecho privado para el logro del interés general<sup>57</sup>.

En este debate se alude a la expresión de Kelsen «*alles Recht {ist} Staatsrecht*»<sup>58</sup> a veces traducido en el sentido común de «todo el derecho es derecho constitucional» pero que implica más bien un juego de palabras en el sentido literal de que todo el derecho emana del Estado o que establece obligaciones al Estado. Kelsen, quien

---

<sup>54</sup> Parkinson distingue entre los bienes públicos, como lugares libremente accesibles y que interesan, afectan o benefician a todos, de los bienes privados, que no son de libre acceso y no interesan, afectan o benefician a todos. Parkinson, J. (2012). *Democracy and public space*, cit., p. 51.

<sup>55</sup> Al respecto, Weinrib, E. J. (2017) [2012]. *La idea de derecho privado*. Traducción de Eze Paez. Madrid: Marcial Pons; Weinrib, E. J. (2012). *Corrective justice*. Oxford University Press.

<sup>56</sup> Dagan, H. (1999). «The Distributive Foundation of Corrective Justice». *Michigan Law Review*, 98(1), 138–166. <https://doi.org/10.2307/1290197>; Dagan, H., & Dorfman, A. (2016). «Just relationships». *Columbia Law Review*, 116, 1395. <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/10/Dagan-Dorfman.pdf>; Mullender, Richard (2001). «Prima Facie Rights, Rationality and the Law of Negligence». In Matthew H. Kramer (eds.) - *Rights, Wrongs and Responsibilities*. Palgrave Macmillan UK, pp. 175–208.

<sup>57</sup> Sunstein, C. R. (2002). «State Action is Always Present», *Chicago Journal of International Law*: Vol. 3: No. 2, Article 15, p. 467. <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol3/iss2/15>; Peller, G., & Tushnet, M. (2004). «State action and a new birth of freedom», *Georgetown Law Journal*, 92(4), 779–817, p. 789. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/state-action-new-birth-freedom/docview/231528446/se-2>; Posner, R. A. (1995). *Overcoming law*. Harvard University Press, p. 231.

<sup>58</sup> Kelsen, Hans (1923). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre Vom Rechtssatz*. Verlag von J.C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, p. 579.

rechaza la división tradicional entre el derecho público y el derecho privado, observa que la ley puede ser dictada bien en interés de la colectividad o bien en interés del individuo, pero nunca en interés del Estado, debido a que el Estado no tiene un interés propio como las personas físicas<sup>59</sup>. Y Habermas recuerda que los derechos constitucionales tienen un sentido originalmente intersubjetivo, debido a que surgen de la unión políticamente autónoma de miembros de una comunidad jurídica libremente asociados. La concepción liberal, según la cual los derechos fundamentales sólo representan derechos subjetivos de libertad frente al Estado habría oscurecido ese contenido jurídico objetivo de los derechos fundamentales<sup>60</sup>. Ciertamente, la idea del pacto social no se sostiene en una relación entre ciudadanos y el Estado sino entre ciudadanos. Según Rousseau, los asociados del pacto social «toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman en particular ciudadanos»<sup>61</sup>. Y más adelante Rousseau precisa que:

el acto de asociación encierra un compromiso recíproco del público con los particulares, y que cada individuo, contratando, por decirlo así, consigo mismo, se encuentra comprometido bajo una doble relación, a saber: como miembro del soberano, respecto a los particulares, y como miembro del Estado, respecto al soberano<sup>62</sup>.

Esta premisa es adoptada por el Preámbulo de la Constitución de Massachusetts (1780), en los siguientes términos:

El cuerpo político está formado por una asociación voluntaria de individuos: es un pacto social, por el cual todo el pueblo se compromete con cada ciudadano, y cada ciudadano con todo el pueblo, que todos se regirán por ciertas leyes para el bien común.

De tal forma que el Estado no es una parte interesada sino un participante neutro en las relaciones jurídicas. La participación del Estado en toda relación jurídica no conlleva al colapso de la distinción público-privada, sino a la revisión de los criterios de diferenciación. Las relaciones jurídicas de derecho privado no se distinguen de las de derecho público por la participación del Estado como legislador, administrador o juez, ni por su rol como demandante o demandado en una perspectiva procesal, sino por la naturaleza del bien jurídico protegido. En las relaciones jurídicas de derecho privado la norma que dispone la afectación de la libertad de una de las partes tiene por finalidad la protección de un interés individual de la otra parte. Para ello se reconoce al acreedor un poder jurídico para exigir una conducta del deudor. El bien jurídico protegido en una relación jurídica entre particulares es un interés directo o

---

<sup>59</sup> Kelsen, Hans (1923). *Hauptprobleme...* Cit., p. 269.

<sup>60</sup> Habermas, J. (1996) [1992]. *Faktizität...* Cit., p. 306; Habermas, J. (1998) [1992]. *Facticidad...* Cit., p. 324.

<sup>61</sup> Rousseau, J. J. (1995). *El contrato social*. Fernando de los Ríos (trad.). Espasa Calpe, S. A., Madrid, p. 14.

<sup>62</sup> Rousseau, J. J. (1995). *El contrato social...* Cit., p. 47.

inmediato, a diferencia del derecho público, cuya finalidad protectora sólo está referida a intereses generales, es decir, los intereses mediatos de todos<sup>63</sup>.

El principio de correlatividad entre los intereses individuales de las partes no impide que en las relaciones jurídicas entre particulares también participen intereses sociales y públicos, sino que, por el contrario, forman parte de su naturaleza. Si la garantía de libertad es producto del contrato social, es decir, de un contrato suscrito entre cada individuo y el público o cuerpo social y no entre determinados individuos o entre individuos y el Estado, entonces el deudor o el responsable de la obligación correlativa que deriva del derecho del individuo no es en forma directa otro individuo o el Estado sino todo el cuerpo social y, en forma mediata cada uno de nosotros. Se trata, como veremos a continuación, de deberes mediatos *prima facie*.

### 3.3. Los deberes mediatos *prima facie*

Hohfeld ofrece como modelo conceptual la relación lógica entre correlativos y opuestos, con la finalidad de determinar el verdadero significado de algunos conceptos jurídicos fundamentales. Nos detendremos brevemente en las relaciones jurídicas de derechos subjetivos y privilegios.<sup>64</sup>

Opuestos	{ derecho no-derecho	privilegio deber	potestad incompetencia	inmunidad sujeción
Correlativos	{ derecho deber	privilegio no-derecho	potestad sujeción	inmunidad incompetencia

Hohfeld observa que el término «derecho» ha sido empleado de forma muy amplia e indiscriminada. La contraposición con el concepto correlativo y equivalente de «deber» puede ofrecer una idea de su verdadero alcance. El derecho de «X» contra «Y» de que se mantenga fuera de la tierra del primero tiene como correlativo el deber de «Y» hacia «X» de permanecer fuera del lugar. Mientras que los conceptos «derecho-deber» son correlativos, los conceptos «derecho y no-derecho» son opuestos.

---

<sup>63</sup> Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, J. (2021). «La Teoría pura del Derecho y la separación conceptual entre las funciones administrativas, jurisdiccionales y de gobierno, en la evolución del sistema alemán de protección jurídica del individuo». *Revista de Derecho Político*, 111, 255-278, p. 270. Disponible en <https://doi.org/10.5944/rdp.111.2021.31069>. Consultado el 09-02-2024.

<sup>64</sup> Hohfeld, W. N. (1913). «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning». *The Yale Law Journal*, 23(1), 16–59, p. 30. <https://doi.org/10.2307/785533>; Hohfeld, W. N. (2004) [1913]. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro Carrión, México, Distribuciones Fontamara, p. 49.

Pero este patrón resulta más complejo en el caso de los privilegios, es decir, los derechos de libertad frente a la interferencia de otros.

Según Hohfeld, un privilegio es lo contrario de un deber de abstenerse a hacer algo. «X» tiene la libertad de entrar en la tierra, es decir, no tiene el deber de abstenerse<sup>65</sup>. Alf Ross agrega que la libertad significa que «X» no tiene el deber de hacer algo ni el deber de abstenerse<sup>66</sup>. A partir de la analogía con las relaciones jurídicas de derechos subjetivos y deberes legales, Hohfeld sostiene que el correlativo de un privilegio es un «no-derecho». Así, el correlativo del privilegio de «X» de entrar él mismo es el «no-derecho» de «Y» de que «X» no entre<sup>67</sup>. El privilegio es entonces la libertad de hacer algo a voluntad debido a que no existe un derecho contrario de otro. Pero, dado que de la libertad de «X» no deriva necesariamente un deber de cada uno de no interferir Hohfeld rechaza la posibilidad de afirmar que el correlativo de la libertad de hacer algo sea el deber de los demás de no interferencia<sup>68</sup>.

Hemos visto que no es acertada la idea de que los derechos de libertad de cada uno se establezcan en una relación jurídica con respecto al Estado. Pero tampoco se trata de una relación jurídica horizontal, es decir, con respecto a otro individuo, sino frente a todos nosotros los miembros de una sociedad y sólo en forma mediata frente a otro individuo determinado que forma parte de todos nosotros. Por ello, la representación de la relación jurídica de la libertad de «X» frente al no-derecho de «Y» de exigir de «X» una conducta contraria puede conducir al error de suponer que se trata un no-derecho definitivo, esto es, el mismo tipo de no-derecho que es opuesto al derecho subjetivo.

Por el contrario, el derecho subjetivo y el derecho de libertad pertenecen a categorías de distinta naturaleza. Mientras que el derecho subjetivo forma parte de una relación jurídica definitiva, en la cual se establecen reglas que regulan la conducta de dos partes, el derecho de libertad forma parte de una relación jurídica *prima facie*, en la cual los intereses de los participantes concurren en calidad de principios o valores. Estos derechos *prima facie* solo se convierten en definitivos cuando no existen otros intereses contrarios de mayor peso<sup>69</sup>. Y, mientras que en una relación no conflictiva la no-pretensión de «Y» a hacer «Z» es una regla, el no-derecho opuesto al derecho *prima facie* es un principio. En una relación no conflictiva el derecho *prima facie* de «X» a hacer «Z» se opone (↔) al no-derecho *prima facie* de «Y» a hacer «Z» y a la ausencia de un interés general contrario, es decir, al no-derecho *prima facie* de todos a «Z»:

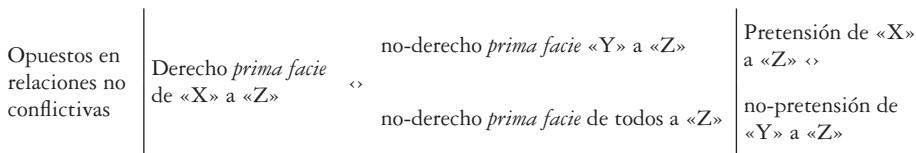
<sup>65</sup> Hohfeld, W. N. (1913). «Some Fundamental Legal Conceptions...» Cit., p. 32; Hohfeld, W. N. (2004) [1913]. Conceptos jurídicos... Cit., p. 53.

<sup>66</sup> Ross, A. (2019). *On law and justice*. Oxford University Press, p. 198; Ross, A. (1963). Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Eudeba, p. 158.

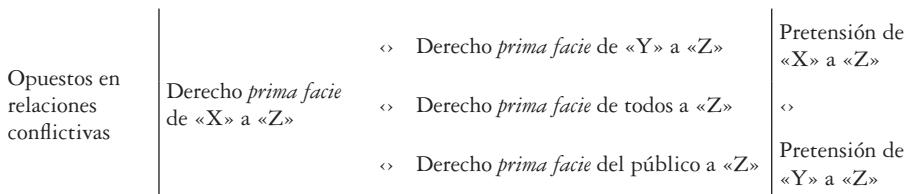
<sup>67</sup> Hohfeld, W. N. (1913). «Some Fundamental Legal Conceptions...» Cit., p. 33; Hohfeld, W. N. (2004) [1913]. Conceptos jurídicos... Cit., p. 54.

<sup>68</sup> Hohfeld, W. N. (1913). «Some Fundamental Legal Conceptions...» Cit., p. 36; Hohfeld, W. N. (2004) [1913]. Conceptos jurídicos... Cit., p. 60.

<sup>69</sup> Ross, W. D. (1951) [1939]. *Foundations of ethics*. Oxford University Press, p. 271.



En una relación conflictiva de derechos constitucionales, el derecho *prima facie* de «X» a hacer «Z» se opone ( $\leftrightarrow$ ) a un interés contrario, bien al derecho *prima facie* de «Y» a hacer «Z» en relaciones entre particulares o bien un interés general, es decir, un derecho mediato *prima facie* de todos nosotros en derecho público. En ciertos casos, en los que los derechos en conflicto pueden producir un impacto relevante en el proceso democrático<sup>70</sup>, entonces el derecho *prima facie* de uno se opone ( $\leftrightarrow$ ) al derecho *prima facie* del público.



En una relación conflictiva de derechos constitucionales, el concepto correlativo o equivalente ( $\sim$ ) del derecho *prima facie* de cada uno es un deber social *prima facie* de todos nosotros<sup>71</sup>. Entre el derecho *prima facie* de «X» a hacer «Z» y el deber social *prima facie* de «Y» a omitir «Z» no existe una relación de correlatividad directa sino de reciprocidad y una correlatividad mediata. La causa del deber social *prima facie* de «Y» de protección y no interferencia en el derecho *prima facie* de «X» no reside en el derecho *prima facie* de «X», sino en el beneficio mutuo, es decir, en el beneficio que obtiene «Y» al vivir en una sociedad que protege y respeta el derecho de todos.

Por su parte, en los casos en los que los derechos en conflicto pueden producir un impacto en el proceso democrático, el concepto correlativo o equivalente ( $\sim$ ) del derecho *prima facie* del público a hacer «Z» es un deber *prima facie* de todos nosotros de omitir «Z». Mientras que la doctrina de la *state action* asume que sólo se encuentran

<sup>70</sup> Habermas contrapone las iguales libertades subjetivas de acción frente a los derechos que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del status de miembro de la comunidad jurídica. Habermas, J. (1998) [1992]. Facticidad... Cit., p. 188.

<sup>71</sup> Raz alude en este sentido a algunos derechos que se tienen «frente a todas las personas o contra todos» con ciertas excepciones específicas, de forma que, «...el derecho a la seguridad personal es la base del deber de toda persona de no agredir, encarcelar o violar a una persona». Raz, J. (1986). *The morality of freedom*. Clarendon Press, p. 182.

en conflicto intereses individuales de las partes de la relación procesal, en la argumentación de *Marsh v. Alabama*, no se plantea un conflicto entre los intereses individuales del propietario y del orador. Como observa Zick, «la decisión en realidad se basó en un balance de derechos públicos y privados»<sup>72</sup>. Ciertamente, la Corte ponderó los derechos constitucionales de los propietarios con respecto a los intereses «del Pueblo». Este planteamiento es coherente con la valoración de la Primera Enmienda realizado por la Corte, desde el punto de vista del interés de la audiencia, debido a que, «los habitantes de ciudades propiedad de compañías deben tomar decisiones que afecten al bienestar de la comunidad y la nación, para lo cual, deben estar informados».

Esta relación jurídica compleja o triangular también ha servido de fundamento a la jurisprudencia de la Corte en los casos de *defamation* y *privacy* que tienen lugar en la esfera pública, entre el orador, el ofendido y el público<sup>73</sup>. Y en el voto disidente del Juez Brennan en *Lehman v. City of Shaker Heights* (1974) se afirma que:

La determinación de si un tipo particular de propiedad o instalación pública constituye un «foro público» requiere que la Corte logre un equilibrio entre los intereses contrapuestos del Gobierno, por un lado, y los del orador y su audiencia, por el otro<sup>74</sup>.

Correlativos mediatos	Derecho <i>prima facie</i> de «X» a «Z»	~ Deber social <i>prima facie</i> de «Y» a «-Z»
	Derecho <i>prima facie</i> del público a «Z»	~ Deber público <i>prima facie</i> de «Y» a «-Z»
	Derecho <i>prima facie</i> de «Y» a «Z»	~ Deber social <i>prima facie</i> de «X» a «-Z»
	Derecho <i>prima facie</i> del público a «Z»	~ Deber público <i>prima facie</i> de «X» a «-Z»

Rawls sostiene que la desviación individualista del liberalismo debe ser resuelta a partir de la separación de las diferentes esferas de la vida, a las cuales corresponden valores distintos<sup>75</sup>. En nuestro criterio, la triple dimensión de los derechos funda-

<sup>72</sup> Zick, T. (2009). Speech out of doors, cit., p. 151.

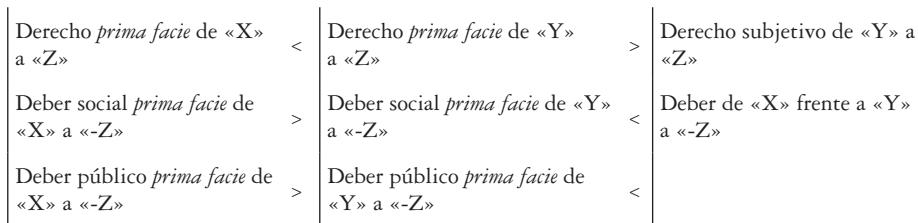
<sup>73</sup> Esta relación jurídica compleja o triangular ha servido hasta nuestros días de fundamento a la jurisprudencia de la Corte en los casos de *defamation* y *privacy* que tienen lugar en la esfera pública, entre el orador, el ofendido y el público. Véase al respecto, Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, J. (2023). «La libertad de expresión en las relaciones jurídicas tripartitas de *defamation* y *privacy* en la jurisprudencia de los Estados Unidos y una breve aproximación comparativa». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 1, no 27, p. 153-181. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.27.05> [Auto-referencia omitida para la revisión de pares].

<sup>74</sup> *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U. S. 298, 312 (1974). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/298/>. Consultado el 11-09-2023.

<sup>75</sup> Para Rawls «lo político es distinto de lo asociativo, digamos, que es un dominio voluntario de un modo en que no lo es lo político; también es distinto del dominio familiar y del personal, que es afectivo, de un modo nuevamente en que no lo es lo político». Rawls, J. (2005). *Political Liberalism. Expanded Edition*. Columbia University Press. New York, p. 137.

mentales comprende el interés privado, social y público en torno a cada uno de los derechos en conflicto. Mientras que del interés privado derivan derechos individuales, los intereses sociales y públicos comprenden tanto la utilidad como el deber recíproco<sup>76</sup>. Por ello, a diferencia del método de ponderación tradicional, propondremos una valoración de los derechos fundamentales, de acuerdo con los criterios que son propios de la esfera familiar e íntima, de la esfera social y de la esfera de luz pública. En la esfera familiar e íntima es relevante el impacto inmediato para el individuo y sus relaciones cercanas, mientras que en la esfera social debe tenerse en cuenta los efectos con respecto a un grupo o a la sociedad y, en la esfera de luz pública, debemos tomar en consideración los intereses del público en el proceso democrático. La valoración de la conducta en la esfera de luz pública se expone en mayor medida a los deberes de racionalidad que en la esfera privada, en la que prevalece la autodeterminación del individuo.

En cuanto a la ponderación, a diferencia de la comparación que tradicionalmente se realiza entre los derechos de cada parte, estimamos que deben ser objeto de equilibrio los derechos y deberes correlativos de cada una de las partes por separado. Es decir, que la regla de correlativos inmediatos que afirma el derecho subjetivo de «Y» a hacer «Z» y el deber de «X» frente a «Y» de omitir «Z» es el resultado, por una parte, de que el derecho *prima facie* de «X» a hacer «Z» no sea mejor que los deberes sociales y públicos *prima facie* de «X» a omitir «Z» y, por otra parte, que el derecho *prima facie* de «Y» a hacer «Z» no deba ceder con respecto a los deberes sociales y públicos *prima facie* de «Y» a omitir «Z».



---

<sup>76</sup> Siguiendo a Pound, los intereses sociales son reclamos, demandas o deseos involucrados en la vida social en una sociedad civilizada y afirmados en el título de esa vida y los intereses públicos son reivindicaciones, demandas o deseos que intervienen en la vida de una sociedad políticamente organizada y se afirman a título de esa organización. Pound, R. (1943). «A Survey of Social Interests», *Harvard Law Review*, 57(1), 1–39, p. 1. Disponible en <https://doi.org/10.2307/1334970>.

#### 4. ESQUEMA DE CASOS EN RELACIONES ENTRE PARTICULARRES

Para la resolución de conflictos de derechos constitucionales en relaciones entre particulares identificaremos el problema jurídico en un caso concreto, para luego valorar los intereses en juego y finalmente abordar la ponderación.

##### 4.1. *El planteamiento del problema*

En *Lloyd Corp. v Tanner*, Donald Tanner, Betsy Wheeler y Susan Roberts entraron al Lloyd Center, un moderno centro comercial propiedad de la Corporación Lloyd y distribuyeron folletos invitando al público a una manifestación para protestar en contra del reclutamiento y la guerra de Vietnam. La distribución fue pacífica, no disruptiva y sin generar basura. Los guardias de seguridad empleados por el Centro se acercaron a los demandantes, indicaron que el Centro no permitía la distribución de folletos en el centro comercial, les sugirieron que distribuyeran sus materiales en las aceras y calles públicas y les informaron que podrían ser arrestados si persistían en hacerlo dentro de los espacios del centro comercial. Creyendo que serían arrestados si no abandonaban el centro comercial, los demandantes se marcharon y posteriormente presentaron demanda<sup>77</sup>.

El punto de partida de un esquema de resolución de conflictos de derechos constitucionales en relaciones entre particulares requiere que identifiquemos el objeto y el parámetro de control, que servirán para la redacción de la pregunta. En términos similares a la sentencia de la Corte Suprema analizaremos la conformidad a derecho de la prohibición de la distribución de folletos en el Lloyd Center. En cuanto al parámetro de control, debemos deducir cuáles son los derechos en conflicto, es decir, las normas que establecen por una parte el bien jurídico que es objeto de protección y el derecho de libertad, cuyo ámbito de protección podría resultar afectado por dicha conducta.

En el presente caso, la prohibición de la distribución de folletos en el Lloyd Center tiene por objeto la protección del derecho *prima facie* de propiedad de la Corporación Lloyd y constituye una afectación del derecho *prima facie* de Tanner a la libertad de expresión protegido por la Primera Enmienda. Si bien se plantea una relación jurídica conflictiva entre dos derechos opuestos, sin embargo, el derecho de cada una de las partes no tiene su base en un deber inmediato correlativo de otra parte sino en deberes mediatos *prima facie*. El derecho de propiedad de la Corporación Lloyd no se dirige directamente en contra de Tanner, sino en contra de todos en general. En la esfera social el derecho de propiedad de la Corporación Lloyd tiene como correlativo el interés social de todos en vivir en una sociedad que respete la propiedad ajena. Y en la esfera pública el derecho de propiedad de la Corporación Lloyd tiene como correlativo el derecho *prima facie* del público a vivir en una comunidad política de

---

<sup>77</sup> *Lloyd Corp., Ltd.* 407 U. S. 556.

sujetos libres de restricciones. Y, dado que Tanner forma parte de la sociedad y de la comunidad política, tiene entonces un deber social y un deber público de respetar la propiedad en general y la propiedad de la Corporación Lloyd en particular.

Por su parte, en la esfera social el derecho a la libertad de opinión de Tanner tiene como correlativo el deber de todos y en forma mediata de la Corporación Lloyd de no interferencia en el ejercicio de la libertad de expresión de cada uno. Y en la esfera pública el derecho a la libertad de opinión de Tanner tiene como correlativo un deber público de no interferencia en la formación libre y plural de la opinión pública. En este ámbito, el interés del público de descubrir la verdad sirve de base a un deber *prima facie* mediato de la Corporación Lloyd de permitir el acceso de todos al foro público. Al derecho *prima facie* de la Corporación Lloyd de excluir a Tanner de su propiedad se opone entonces el interés *prima facie* contrario del público y su propio deber *prima facie* mediato como parte del público.

De acuerdo con lo anterior, nos preguntamos si ¿la prohibición de la distribución de folletos en el Lloyd Center forma parte de las facultades derivadas del derecho de propiedad de la Corporación Lloyd? o ¿constituye una infracción de la libertad de expresión de Tanner y los demás manifestantes?

#### *4.2. La valoración de los intereses en conflicto*

Hemos visto que la resolución del asunto debe tomar en consideración la triple dimensión de los derechos constitucionales, sobre la base de su importancia en la esfera familiar e íntima del individuo (4.2.1); su impacto en los deberes de las partes como miembros de una sociedad organizada (4.2.2), así como en las condiciones de libertad e igualdad en una sociedad democrática y en el ejercicio de los derechos políticos y de comunicación que tienen lugar en la esfera de luz pública (4.2.3).

##### *4.2.1. La esfera privada*

La esfera privada del individuo se encuentra asociada a los derechos fundamentales que protegen un estatus de libertad del individuo, especialmente en cuanto a la intimidad de la familia, como ocurre con el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>78</sup>. En este ámbito se ejerce la libertad de cada persona a «hacer lo que quiera dentro de las cuatro paredes de su propio hogar»<sup>79</sup>. A partir de estos parámetros podemos valorar por una parte, la importancia de la libertad del propietario, en el caso planteado antes la Corporación Lloyd, de excluir a Tanner de los espacios comunes

---

<sup>78</sup> Habermas, J. (1982). *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Luchterhand, p. 153.

<sup>79</sup> Arendt, H. (1959). «Reflections on Little Rock». *Dissent*, 6(1), 45-56, p. 53. Disponible en [https://www.normfriesen.info/forgotten/little\\_rock1.pdf](https://www.normfriesen.info/forgotten/little_rock1.pdf). Última consulta: 16-02-2024.

del centro comercial, así como el impacto en la libertad de Tanner de expresar públicamente sus ideas con respecto a la guerra de Vietnam.

La utilidad privada del derecho de propiedad comprende en este caso (i) la libertad de la Corporación Lloyd de decidir acerca del destino del Lloyd Center, así como (ii) la facultad de excluir a Tanner y (iii) la obtención de ganancias a través de una actividad económica.

(i) La doctrina de la función pública de la propiedad considera que la libre voluntad del propietario de abrir determinados espacios al libre acceso público justifica la imposición de restricciones especiales derivadas de los derechos de los demás. Tal es la idea que sirve de base a la doctrina de la función pública de la propiedad desde *Munn v. Illinois* (1876):

«...cuando la propiedad privada es 'afectada con un interés público, deja de ser *juris privati* solamente'. [...] La propiedad se reviste de interés público cuando se utiliza de manera que tenga consecuencias públicas y afecte a la comunidad en general. *Cuando, por lo tanto, uno dedica su propiedad a un uso en el que el público tiene interés, en efecto, otorga al público un interés en ese uso, y debe someterse a ser controlado por el público para el bien común*, al alcance del interés que así ha creado. Podrá retirar su concesión interrumpiendo el uso, pero, mientras mantenga el uso, deberá someterse al control.» [Énfasis añadido]<sup>80</sup>.

Sobre la base de tal precedente, el Juez Harlan afirmó en su opinión disidente en *The Civil Rights Cases* (1883) que

«...los lugares de diversión pública, conducidos bajo la autoridad de la ley, están revestidos de un interés público porque se usan en una manera de hacerlos de importancia pública y de afectar a la comunidad en general. Por lo tanto, la ley puede regular, en alguna medida, la forma en que se llevarán a cabo y, en consecuencia, el público tiene derechos con respecto a tales lugares que pueden ser reivindicados por la ley. Por consiguiente, no se trata de una cuestión puramente privada.»<sup>81</sup>

A partir de esta teoría es posible trazar una ruta de argumentación basada en las características propias del derecho de propiedad, que sería retomada por la Corte Suprema en 1946, en *Marsh v. Alabama*. En esta ocasión, la Corte Suprema desarrolló una fórmula de ponderación para la resolución de conflictos entre el derecho de propiedad y los derechos de la Primera Enmienda. Sostuvo que

«[c]uanto más un propietario, para su beneficio, abre su propiedad para el uso del público en general, más se sujetan sus derechos a los derechos legales y constitucionales de quienes la usan»<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 126.

<sup>81</sup> *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 42.

<sup>82</sup> *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 506.

Sin embargo, en el presente caso, la Corte modificó su postura. Ya no se considera suficiente la voluntad del propietario de abrir determinados espacios al libre acceso público, sino que se requiere además que el propietario hubiera dedicado su propiedad al ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda<sup>83</sup>. Si de allí deriva una regla definitiva que afirme el derecho del propietario dependerá de la ponderación con respecto a los restantes intereses en conflicto. En todo caso, se trataría de una afectación leve de la autodeterminación del propietario. En *Pruneyard Shopping Ctr. v. Robins* (1980), la Corte reconoció que el deber de tolerar el uso de la propiedad por parte de los manifestantes no constituye una afectación excesiva de los intereses del propietario, lo cual permitía al Estado de California adoptar en su propia Constitución libertades individuales más amplias que las conferidas por la Constitución Federal<sup>84</sup>. Señaló que, no hay nada que sugiera que impedir al propietario que prohíba este tipo de actividad afectaría injustificadamente el valor o el uso de su propiedad como centro comercial, especialmente, porque la decisión de la Corte Suprema de California permitió a PruneYard restringir la actividad expresiva mediante la adopción de regulaciones de tiempo, lugar y forma que minimizan cualquier interferencia con sus funciones comerciales<sup>85</sup>.

(ii) En cuanto al derecho a excluir la doctrina mayoritaria sostiene que es un elemento indispensable del derecho de propiedad<sup>86</sup>. Al igual que en el punto anterior, la facultad de excluir tiene un carácter *prima facie*. La validez de la regla definitiva dependerá del equilibrio entre los intereses en conflicto<sup>87</sup>, y especialmente del grado de intimidad o privacidad de que se trate. En *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.* (*ver supra*, en 1) la Corte observó que «a diferencia de una situación que involucra el hogar de una persona», la manifestación del sindicato de trabajadores en un centro comercial no producía ninguna afectación significativa al derecho a la privacidad<sup>88</sup>. Igual consideración es aplicable a la distribución de folletos en el Lloyd Center, por lo que no podemos afirmar una facultad de excluir similar a la del propietario de una casa.

---

<sup>83</sup> Lloyd Corp., Ltd. 407 U. S. 570. En este aspecto la posición del propietario del centro comercial es distinta a la de los medios de radiodifusión y a los servicios de internet y redes sociales, en los cuales el propietario ha abierto voluntariamente un foro para la discusión de ideas.

<sup>84</sup> Pruneyard, 447 U. S. 81.

<sup>85</sup> Pruneyard, 447 U. S. 83.

<sup>86</sup> Weinrib, E. J. (2018). «Ownership, Use, and Exclusivity: The Kantian Approach». *Ratio Juris*, 31(2), 123–138, p. 124. doi:10.1111/raju.12200; Morales, F. (2013). «The property matrix: an analytical tool to answer the question, “is this property?”» *University of Pennsylvania Law Review*, 161(4), 1125-1164. Retrieved August 31, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/23527872>, p. 1131; Anderson, J. L. (2006). «Comparative Perspectives on Property Rights: The Right to Exclude». *Journal of Legal Education*, 56(4), 539–550, p. 541. <http://www.jstor.org/stable/42893993>.

<sup>87</sup> También en este sentido, Dagan, Hanoch (2009). «Exclusion and inclusion in property». *Tel Aviv University Law Faculty Papers*. Working Paper 109, p. 30. <http://law.bepress.com/taulwps/art109>

<sup>88</sup> Food Employees, 391 U. S. 324.

(ii) Otro elemento que debemos considerar es que la discusión política podría afectar el ambiente especialmente diseñado para promover un «consumo fácil y placentero» y causar alguna disminución del nivel de ventas, debido a la afectación del ambiente más favorable para el consumo. En todo caso, tal efecto remoto y de difícil determinación no parece poner en peligro la subsistencia de la actividad económica de la Corporación Lloyd<sup>89</sup>. Al respecto, podemos recordar el criterio sostenido por la Corte Suprema en *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964)<sup>90</sup>, en el que debía determinarse si la *Civil Rights Act* de 1964, que establecía la prohibición de exclusión en lugares de alojamiento público por motivos raciales era o no contraria a la Quinta Enmienda. En cuanto al perjuicio económico la Corte consideró que, incluso si a largo plazo el recurrente sufriera pérdidas económicas, ello no suponía una expropiación sin una justa compensación, dado que las pérdidas económicas «nunca han sido una barrera» para dicha legislación<sup>91</sup>.

Por su parte, es objeto de controversia si y en qué medida el derecho a la libertad de expresión protege la utilidad privada del individuo. La Corte Suprema ha sostenido sin embargo que desde el punto de vista de la protección de la Primera Enmienda el discurso de relevancia pública es de mayor importancia que el discurso sobre asuntos privados<sup>92</sup>, o de interés colectivo, como en el ámbito laboral<sup>93</sup>. Estimamos sin embargo que en la esfera privada la valoración de la libertad de expresión debe tomar en consideración el criterio de la autorrealización del individuo. La formación y la expresión de sus propias opiniones es esencial en el desarrollo de la personalidad<sup>94</sup> y se encuentra especialmente vinculada a la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia<sup>95</sup>. Y en el caso de la postura de los manifestantes en contra de la guerra la situación recuerda la importancia de la libertad de conciencia, como ha sido reconocido en los casos de objeción de conciencia<sup>96</sup>.

---

<sup>89</sup> Epstein, R. A., cit., p. 49.

<sup>90</sup> *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/241/>. Consultado el 11-05-2022.

<sup>91</sup> *Heart of Atlanta Motel, Inc.* 379 U. S. 260.

<sup>92</sup> *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 759 (1985). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/749/>

<sup>93</sup> *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 147 (1983). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/138/>

<sup>94</sup> Emerson, T. I. (1962). «Toward a general theory of the First Amendment». *Yale Lj*, 72, 877, p. 879. [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/2145/Toward\\_a\\_General\\_Theory\\_of\\_the\\_First\\_Amendment.pdf?sequence=2](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/2145/Toward_a_General_Theory_of_the_First_Amendment.pdf?sequence=2).

<sup>95</sup> Barendt, E. (2007). *Freedom of speech*. Second Edition. Oxford University Press. Oxford, p. 13; Dworkin, R. (1994). «A new map of censorship». *Index on Censorship*, 23(1-2), 9-15, p. 9. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1080/03064229408535633>.

<sup>96</sup> *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/398/333/>. La Corte extendió la excepción del servicio militar a todos aquellos cuyas conciencias, impulsadas por creencias morales, éticas o religiosas profundamente arraigadas, no les darían descanso ni paz si permitieran convertirse en parte de un instrumento de guerra.

#### 4.2.2. La esfera social

La esfera social del individuo es para Arendt «ese reino curioso y algo híbrido entre lo político y lo privado», al cual somos impulsados «por la necesidad de ganarnos la vida o atraídos por el deseo de seguir nuestra vocación o seducidos por el placer de la compañía»<sup>97</sup>. En nuestro criterio, debemos distinguir entre una esfera social-colectiva y social-pública. La primera 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<sup>98</sup>. Según Arendt, en este ámbito las personas se agrupan, y por lo tanto se discriminan entre sí, según la profesión, los ingresos y el origen étnico, mientras que en Europa las líneas van según el origen de clase, la educación y los modales<sup>99</sup>. Mientras que 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<sup>100</sup>. Este es el caso de los establecimientos abiertos al público con fines comerciales, como los centros comerciales. La Corte ha admitido la protección de la Primera Enmienda en el caso de la distribución de literatura religiosa en el área comercial de un aeropuerto<sup>101</sup>.

En la esfera social tiene lugar no solo la utilidad de todos en torno a la propiedad, como en el caso de las ventajas de recreación y consumo que tienen lugar en los centros comerciales, sino también los deberes sociales que derivan del principio de reciprocidad. Aquí tiene sentido que el propietario sufra cierta afectación de su derecho y que el orador se sujetre a las regulaciones del propietario. En este ámbito puede producirse la ponderación entre el deber mediato *prima facie* de la Corporación Lloyd de no interferencia en la libertad de expresión de Tanner y el deber mediato *prima facie* de Tanner de no interferencia en la utilidad privada del propietario. Los criterios de valoración de la gravedad de la afectación de cada uno corresponden a las consideraciones expuestas en el punto (4.2.1).

#### 4.2.3. La esfera de luz pública

Para valorar la utilidad del derecho de propiedad en la esfera de luz pública podemos tomar en consideración que, siempre que derive de una justificación razonable

<sup>97</sup> Arendt, H. (1959). *Reflections...* Cit., p. 51.

<sup>98</sup> En nuestro criterio, en el ámbito de la esfera social-colectiva hubiera sido relevante el argumento de la Corte de que los volantes contra la Guerra de Vietnam no tenían relación con la finalidad a que había sido destinado el centro comercial.

<sup>99</sup> Arendt, H. (1959). *Reflections...* Cit., p. 51.

<sup>100</sup> Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, J. (s.f.). «La doctrina del foro público y el modelo de las esferas de la vida en sociedad, en el derecho norteamericano». Inédito.

<sup>101</sup> Lee v. International Soc. for Krishna Consciousness, Inc., 505 U.S. 830 (1992). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/830/>.

y se hubiera producido en el marco de las garantías del Estado de derecho, la afectación de las facultades de exclusión y libre determinación del propietario, en los términos indicados en el punto (4.2.1), no parece relevante para la configuración de las condiciones para el funcionamiento de una democracia entre libres e iguales. Según Rawls en la esfera de luz pública el derecho de propiedad tiene la función de «permitir una base material suficiente para la independencia personal y un sentido de autorrespeto, los cuales son esenciales para el adecuado desarrollo y ejercicio de los poderes morales»<sup>102</sup>.

Por su parte, los criterios de valoración del interés del público de tener acceso libre y plural a las opiniones e informaciones de diversas fuentes derivan especialmente de su importancia como medio para descubrir la verdad y su papel en la formación de la opinión pública en una sociedad democrática<sup>103</sup>. Un papel destacado ocupan las teorías relacionadas con el ejercicio de los poderes de control y autogobierno de los ciudadanos en una democracia<sup>104</sup>. En *New York Times Co. v. Sullivan* la Corte recordó la expresión de Madison: «Si nos fijamos en la naturaleza del gobierno republicano, encontraremos que el poder de censura está en el pueblo sobre el gobierno, y no en el gobierno sobre el pueblo»<sup>105</sup>. Rawls ha sostenido que, la libertad de pensamiento forma parte de las libertades que proporcionan las condiciones esenciales para el desarrollo adecuado y el pleno ejercicio de los poderes morales de personas libres e iguales<sup>106</sup>. Habermas alude a los espacios públicos autónomos, del que es titular el público general que es el portador de la «opinión pública»<sup>107</sup>.

La Corte Suprema ha reconocido que la libertad de prensa no se limita a los periódicos y publicaciones periódicas, sino que también incluye panfletos y folletos. Estos han sido armas históricas en la defensa de la libertad, como lo atestiguan los panfletos de Thomas Paine y otros en la historia americana<sup>108</sup>. El panfleto fue uno de los principales medios de difusión en torno a las ideas de la independencia en la Revolución americana<sup>109</sup> y ciertos espacios cerrados de libre acceso público destinados al comercio, el transporte o la recreación como las posadas, tabernas y salas de té cumplieron

---

<sup>102</sup> Rawls, J. (2001). *Justice as fairness: A restatement*. Harvard University Press, p. 114.

<sup>103</sup> Barendt, E. (2007). Freedom of... Cit., p. 6; Emerson, T. I. (1962). «Toward a general theory...» Cit., p. 878.

<sup>104</sup> Brennan, William J. (1965). «The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment». *Harvard Law Review*, vol. 79, no. 1, The Harvard Law Review Association,, pp. 1–20, p. 11, <https://doi.org/10.2307/1338856>. Meiklejohn, A. (1961). «The First Amendment Is an Absolute». *The Supreme Court Review*, 1961, 245–266. <http://www.jstor.org/stable/3108719>

<sup>105</sup> New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 275 (1964). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>.

<sup>106</sup> Rawls, J. (2001). Justice as fairness... Cit., p. 45.

<sup>107</sup> Habermas, Jürgen (1998) [1992]. Habermas, Jürgen (1998) [1992]. Facticidad y... Cit., p. 384.

<sup>108</sup> Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 452.

<sup>109</sup> Zinn H. (2015). *A people's history of the United States: 1492–present*. New York, NY: Harper Perennial, p. 73.

un papel destacado como lugares de discusión<sup>110</sup>. Y en *Schneider v. State* la Corte observó que la discrecionalidad de un funcionario en la determinación de cuáles ideas pueden ser difundidas constituye un mecanismo de censura previa<sup>111</sup>. Tal como había establecido inicialmente la Corte Suprema, la distorsión que ello crea en el proceso comunicativo es especialmente grave debido al papel cada vez más importante de los centros comerciales suburbanos en la evolución del urbanismo moderno<sup>112</sup>.

#### 4.3. *La ponderación de los intereses en conflicto*

Finalmente, para determinar si la prohibición de la distribución de folletos en el Lloyd Center forma parte de las facultades de su propietario, debemos ponderar en primer lugar, el derecho *prima facie* de propiedad de la Corporación Lloyd frente a los deberes sociales y públicos *prima facie* de la misma Corporación Lloyd de no interferencia en la libertad de expresión, cuya valoración hemos realizado tanto desde el punto de vista del interés individual de Tanner, como desde el punto de vista del interés general del público.

Hemos visto que la utilidad privada del derecho de propiedad podría sufrir una afectación en cuanto a la autodeterminación de la Corporación Lloyd al decidir acerca de si el Lloyd Center puede ser destinado a actividades expresivas, así como la facultad de excluir a Tanner y la eventual disminución de ganancias a través de su actividad comercial. Se trata sin embargo de una afectación leve<sup>113</sup>, debido a que es consecuencia de la decisión voluntaria del propietario de abrir sus espacios al público, en un ámbito en el que no resultan expuestos sus propios intereses de privacidad y dado que el propietario conserva la facultad de establecer regulaciones de tiempo, lugar y modo de la actividad discursiva que reduzcan sus efectos perjudiciales. En cuanto a una eventual disminución de ganancias, la misma formaría parte del riesgo inherente a toda actividad económica.

Al derecho de propiedad *prima facie* de la Corporación Lloyd se opone en forma mediata su deber social *prima facie*, de no interferencia en el derecho de libertad de expresión de Tanner. Este derecho puede ser considerado muy importante desde el

---

<sup>110</sup> Espinoza-Rausseo, Alexander y Rivas-Alberti, Jhenny (s.f.). La doctrina del... Cit.

<sup>111</sup> *Schneider v. State*, 308 U.S. 164; *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536, 557 (1965). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/536/>; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 306 (1940). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/>.

<sup>112</sup> *Food Employees*, 391 U. S. 324. Michelman ha sostenido que la provisión de espacios públicos comunes dentro de sitios de propiedad privada se realiza nombre de un interés público específico, un civic common, el cual genera un bien de sociabilidad cívica. Este bien depende de que haya lugares reales donde las personas se encuentren entre sí sobre asuntos de interés común en el curso de la vida diaria. Michelman, F. I. (1997). «Common Law Baseline and Restitution for the Lost Commons: A Reply to Professor Epstein», *University of Chicago Law Review*, 64, 57-69, p. 61. Disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4945&context=uclrev>. Consultado el 11-05-2022.

<sup>113</sup> En una escala de tres niveles: leve, moderado y muy importante.

punto de vista de la autorrealización del individuo, debido a que es esencial en el desarrollo de la personalidad y se encuentra especialmente vinculada a la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia. También debe ser objeto de ponderación el deber público *prima facie* de la Corporación Lloyd, de no interferencia en el interés del público de tener acceso libre y plural a las opiniones e informaciones en asuntos de relevancia pública. Especialmente en materia política como en el caso de la guerra de Vietnam, dicho interés tiene un valor fundamental en una sociedad democrática, por lo que se trata de un valor muy importante. Como hemos visto, la valoración resulta además determinada por la ubicación de la conducta de las partes, bien en una esfera social-pública, como la actividad comercial, o bien en una esfera de luz pública, como la distribución al público de contenidos de relevancia pública.

Al mismo tiempo, el derecho de libertad de expresión de Tanner es muy importante y prevalece frente a su deber social *prima facie*, de no interferencia en el derecho de propiedad de la Corporación Lloyd y frente a su deber público *prima facie* de no interferencia en el interés del público en las condiciones para el funcionamiento de una democracia entre libres e iguales y políticamente autónomos. De allí que no compartimos la postura de la Corte en el presente caso. La prohibición de la distribución de folletos en el Lloyd Center no forma parte de las facultades de su propietario, la Corporación Lloyd.

## 5. CONCLUSIONES

Desde el punto de vista de la teoría general de los derechos constitucionales, la idea del efecto vertical, que sostiene que éstos sólo son aplicables frente a la actuación del Estado y no frente a la conducta privada pretende crear una inmunidad de un individuo, que sólo se ocupa de sus asuntos privados. Desde el punto de vista del contenido e importancia de los derechos de comunicación, se atribuye al propietario la facultad de excluir la difusión de ideas en el foro público, a pesar de que la participación del ciudadano en el debate de relevancia pública es esencial para el funcionamiento de la democracia deliberativa. En ambos casos, parece acudirse a una postura paternalista del Estado que sustituye al ciudadano en la corresponsabilidad que deriva de los deberes públicos y que lo protege frente a la incomodidad causada por las opiniones de los demás.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACKERMAN, B. (1991). *We the people, Volume 1: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press (Edición digital Epub).
- AIME, G. J. (2018). «Navigating the Troubled Waters of the Public Forum: The Public Trust Doctrine as a Life Jacket», *Arizona State Law Journal*, 50, 335, 339-363.

- Disponible en [https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2018/05/Crocquevieille\\_Pub.pdf](https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2018/05/Crocquevieille_Pub.pdf). Consultado el 10-05-2022
- ANDERSON, J. L. (2006). «Comparative Perspectives on Property Rights: The Right to Exclude». *Journal of Legal Education*, 56(4), 539–550. <http://www.jstor.org/stable/42893993>.
- ARENKT, H. (1959). «Reflections on Little Rock». *Dissent*, 6(1), 45-56, p. 53. Disponible en [https://www.normfriesen.info/forgotten/little\\_rock1.pdf](https://www.normfriesen.info/forgotten/little_rock1.pdf). Última consulta: 16-02-2024.
- BARENDT, E. (2007). *Freedom of speech*. Oxford University Press, 2 nd Edition.
- BRENNAN, William J. (1965). «The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment». *Harvard Law Review*, vol. 79, no. 1, The Harvard Law Review Association, , pp. 1–20, p. 11, <https://doi.org/10.2307/1338856>.
- DAGAN, H. (1999). «The Distributive Foundation of Corrective Justice». *Michigan Law Review*, 98(1), 138–166. <https://doi.org/10.2307/1290197>
- (2008). «The Limited Autonomy of Private Law», *The American Journal of Comparative Law*, 56(3), 809–833. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/20454642>. Consultado el 13-04-2022.
- DAGAN, H., & DORFMAN, A. (2016). «Just relationships». *Columbia Law Review*, 116, 1395. <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/10/Dagan-Dorfman.pdf>
- DAGAN, Hanoch (2009). «Exclusion and inclusion in property». *Tel Aviv University Law Faculty Papers. Working Paper* 109, p. 30. <http://law.bepress.com/taulwps/art109>.
- DWORKIN, R. (1994). «A new map of censorship». *Index on Censorship*, 23(1-2), 9-15. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1080/03064229408535633>.
- Dwyer, J. R. (1972). «First Amendment Rights vs. Private Property Rights-The Death of the Functional Equivalent», *University of Miami Law Review*, 27, 219-225. Disponible en <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2778&context=umlr>. Consultado el 03-05-2022.
- EMERSON, T. I. (1962). «Toward a general theory of the First Amendment». *Yale Lj*, 72, 877. [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/2145/Toward\\_a\\_General\\_Theory\\_of\\_the\\_First\\_Amendment.pdf?sequence=2](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/2145/Toward_a_General_Theory_of_the_First_Amendment.pdf?sequence=2).
- EPSTEIN, R. A. (1997). «Takings, Exclusivity and Speech: The Legacy of PruneYard v Robins», *The University of Chicago Law Review*, 64(1), 21-56. Disponible en [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2227&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2227&context=journal_articles). Consultado el 09-05-2022.
- ESPINOZA RAUSSEO, A. y RIVAS ALBERTI, J. (2023). «La libertad de expresión en las relaciones jurídicas tripartitas de *defamation* y *privacy* en la jurisprudencia de los Estados Unidos y una breve aproximación comparativa». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 1, no 27, p. 153-181. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.27.05>.

- ESPINOZA RAUSSEO, A. y RIVAS ALBERTI, J. (2021). «La Teoría pura del Derecho y la separación conceptual entre las funciones administrativas, jurisdiccionales y de gobierno, en la evolución del sistema alemán de protección jurídica del individuo». *Revista de Derecho Político*, (111), 255–278, p. 270. Disponible en <https://doi.org/10.5944/rdp.111.2021.31069>. Consultado el 09-02-2024.
- (sf). «La doctrina del foro público y el modelo de las esferas de la vida en sociedad, en el derecho norteamericano». Inédito.
- HABERMAS, J. (1982). *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Luchterhand.
- (1996) [1992]. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- (1998) [1992]. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta
- HORWITZ, Morton J. (1971). *The transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. Harvard University Press.
- (1973). «The Transformation in the Conception of Property in American Law, 1780-1860». *The University of Chicago Law Review*, 40(2), 248–290. <https://doi.org/10.2307/1599115>.
- (1974). «The Historical Foundations of Modern Contract Law». *Harvard Law Review*, 87(5), 917–956. <https://doi.org/10.2307/1340045>
- HOSKYNNS, T. (2014). *The empty place: Democracy and public space*. Oxon: Routledge.
- INAZU, J. D. (2014). «The First Amendment's public fórum», *Wm. & Mary L. Rev.*, 56, 1159. Disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3583&context=wmlr>. Consultado el 07-02-2023.
- JOHNSON, R. M. (2023). «Social Media and Free Speech: A Collision Course That Threatens Democracy». *Ohio Northern University Law Review*, 49(2), 5. [https://digitalcommons.onu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1333&context=onu\\_law\\_review](https://digitalcommons.onu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1333&context=onu_law_review).
- KELSEN, Hans (1923). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre Vom Rechtssatze*. Verlag von J.C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tubingen.
- KLONICK, K. (2017). «The new governors: The people, rules, and processes governing online speech». *Harv. L. Rev.*, 131, 1598. [https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=faculty_publications)
- MATTSON, K. (1999). «Reclaiming and Remaking Public Space: Toward an Architecture for American Democracy», *National Civic Review*, 88(2), 133–144. Disponible en doi:10.1002/ncr.88206. Consultado el 07-02-2023.
- MEIKLEJOHN, A. (1961). «The First Amendment Is an Absolute». *The Supreme Court Review*, 1961, 245–266. <http://www.jstor.org/stable/3108719>
- MICHELMAN, F. I. (1997). «Common Law Baseline and Restitution for the Lost Commons: A Reply to Professor Epstein», *University of Chicago Law Review* 64, 57-69. Disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4945&context=uclrev>. Consultado el 11-05-2022.

- MICHELMAN, F. I. (2022). *Constitutional Essentials: On the Constitutional Theory of Political Liberalism*. Oxford University Press.
- MORALES, F. (2013). «The property matrix: an analytical tool to answer the question, «is this property?»» *University of Pennsylvania Law Review*, 161(4), 1125-1164. Retrieved August 31, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/23527872>.
- MULLENDER, Richard (2001). «*Prima Facie Rights, Rationality and the Law of Negligence*». In Matthew H. Kramer (eds.) - Rights, Wrongs and Responsibilities. Palgrave Macmillan UK, pp. 175-208.
- PARKINSON, J. (2012). *Democracy and public space: The physical sites of democratic performance*. Oxford University Press.
- PELLER, G., & TUSHNET, M. (2004). «State action and a new birth of freedom», *Georgetown Law Journal*, 92(4), 779-817. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/state-action-new-birth-freedom/docview/231528446/se-2>
- POSNER, R. A. (1995). *Overcoming law*. Harvard University Press, p. 231.
- POUND, R. (1943). «A Survey of Social Interests», *Harvard Law Review*, 57(1), 1-39. Disponible en <https://doi.org/10.2307/1334970>.
- RAWLS, J. (2001). *Justice as fairness: A restatement*. Harvard University Press.
- RAZ, J. (1986). *The morality of freedom*. Clarendon Press.
- ROSS, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- (2019). *On law and justice*. Oxford University Press, p. 198;
- ROSS, W. D. (1951) [1939]. *Foundations of ethics*. Oxford University Press.
- ROUSSEAU, J. J. (1995). *El contrato social*. Fernando de los Ríos (trad.). Espasa Calpe, S. A., Madrid
- SUNSTEIN, C. R. (2002). «State Action is Always Present», *Chicago Journal of International Law: Vol. 3*: No. 2, Article 15. <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol3/iss2/15>
- WEINRIB, E. J. (2012). *Corrective justice*. Oxford University Press.
- (2017) [2012]. *La idea de derecho privado*. Traducción de Eze Paez. Madrid: Marcial Pons.
- (2018). «Ownership, Use, and Exclusivity: The Kantian Approach». *Ratio Juris*, 31(2), 123-138, p. 124. doi:10.1111/raju.12200.
- WERHAN, K. (2004). *Freedom of speech: A reference guide to the United States constitution*. Greenwood Publishing Group.
- ZICK, T. (2009). «“Duty-Defining Power” and the First Amendment’s Civil Domain», *Colum. L. Rev. Sidebar*, 109, 116. Disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1871&context=facpubs>. Consultado el 07-02-2023.;
- (2009). *Speech out of doors: Preserving first amendment liberties in public places*. Cambridge University Press, pp. 56, 156.
- ZINN H. (2015). *A people's history of the United States: 1492–present*. New York, NY: Harper Perennial,

**Title:**

Neither horizontal nor vertical. *Prima facie* mediate duties and their applicability to cases of the public forum doctrine in US law

**Summary:**

1. THE PUBLIC FORUM IN PRIVATE SPACES 2. THE END OF THE DOCTRINE OF THE PUBLIC FORUM IN PRIVATE SPACES 2.1. Broadcasting media 2.2. Providers of internet services and social networks 3. ANALYSIS OF THE PROBLEM. 3.1. The doctrine of state action and the public-private distinction 3.2. Public interests and *prima facie* mediate duties 3.3. The effect on property rights 4. CONCLUSIONS

**Resumen:**

El presente artículo abordará el conflicto entre el individuo que pretende hacer uso de un espacio de propiedad privada como un foro para la expresión de ideas, para participar en un debate de relevancia pública y el propietario del establecimiento de libre acceso al público. Nos preguntamos si los derechos de comunicación habilitan la facultad del orador de usar los espacios de libre acceso público o si el derecho de propiedad faculta a su titular para prohibir tales actividades expresivas.

Una vez planteada brevemente la evolución jurisprudencial del conflicto entre el orador y el propietario del espacio físico o virtual, observaremos en primer lugar, la contradicción entre la doctrina de la *state action* y la línea trazada por la propia jurisprudencia, que muestra grandes coincidencias, en lugar de distintas facultades del Estado y del propietario privado. Propondremos por ello, la distinción basada en el modelo de las esferas de la vida social y el reconocimiento de los deberes mediatos *prima facie* de los ciudadanos en la esfera pública. Finalmente, aplicaremos tales teorías a las relaciones entre particulares en el foro público.

**Abstract:**

This article will address the conflict between the individual who intends to use a privately owned space as a forum for the expression of ideas, to participate in a debate of public relevance, and the owner of the establishment with free access to the public. We ask whether the right of communication gives the speaker the power to use freely accessible public spaces or whether the property right empowers its owner to prohibit such expressive activities.

Having briefly outlined the jurisprudential evolution of the conflict between the speaker and the owner of the physical or virtual space, we will first observe the contradiction between the doctrine of state action and the line drawn by the jurisprudence itself, which shows great coincidences, rather than different powers of the state and the private owner. Therefore, we will propose the distinction based on the model of the spheres of social life and the recognition of *prima facie* mediate duties of citizens in the pu-

blic sphere. Finally, we will apply these theories to the relations between private individuals in the public forum.

**Palabras clave:**

Foro público; Efectos horizontales; Derecho de propiedad

**Keywords:**

Public forum; Horizontal effects; Property rights.

