

CINCO TESIS SOBRE LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO*

Víctor J. Vázquez

*Profesor Titular de Derecho Constitucional,
Universidad de Sevilla*

* Este trabajo se lleva a cabo en el marco del Proyecto LA NEUTRALIDAD INSTITUCIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL - PID2019-10604.

I. TODA CONSTITUCIÓN NO ES NEUTRAL, PERO SÍ ES INTENTO DE NEUTRALIZACIÓN PARCIAL DE LO POLÍTICO

En un conocido trabajo, Cass Sunstein se refería a la neutralidad del Estado, nada menos como el principio general en torno al cual giraba el Derecho constitucional moderno y el pensamiento legal y político contemporáneo (Sunstein, 1992: 1). Que el gobierno sea imparcial y no tenga favoritos sería, desde esta perspectiva, algo así como el ADN de una democracia liberal. Pasadas ya tres décadas desde este diagnóstico, podría decirse que la idea de neutralidad estatal sigue en el centro de muchas discusiones constitucionales. No obstante, también parece claro que la neutralidad es un concepto polisémico, en muchas ocasiones utilizado como un ideal de gobierno y, en otras, las menos, como un verdadero principio constitucional que, como tal, puede ser parámetro de control de la ley y del resto de los actos de los poderes públicos. Y es que, conviene tenerlo presente, el debate en torno a la neutralidad es primariamente un debate filosófico político, en el que se contraponen teorías que avalan la posibilidad o la necesidad de que el constitucionalismo tenga como presupuesto una equidistancia con respecto a cualquier idea concreta del bien común (Rawls, 1993), frente a otras tesis que consideran que dicha imparcialidad es en sí misma imposible. Dentro de estos segundos, es decir, entre quienes niegan la máxima de la neutralidad liberal, la distinción principal se traza entre aquellos que no consideran incompatible con la forma liberal de gobierno que el constitucionalismo encarna, sino más bien inevitable, que el Estado persiga un cierto perfeccionismo¹, en definitiva, que asuma como fin la promoción de una noción concreta de lo bueno y lo justo (Raz, 1983); y aquellos otros que, desde posiciones comunitaristas o pragmáticas, directamente cuestionan la pretendida neutralidad de base del constitucionalismo (Sandel M., 1982). Para estos, el adjetivo liberal que adscribimos a toda forma de gobierno sustentada sobre la separación de poderes y la garantía de ciertas libertades, implicaría ya, desde esta perspectiva, una visión concreta e individualista de la libertad humana, y con ello también, de una idea de la vida buena.

Como es bien conocido, de entre las formulaciones teóricas más célebres de la neutralidad liberal, ha sido el liberalismo político de John Rawls la más determinante a la hora de marcar el perímetro de una discusión académica que debe mucho también al propio estímulo que supuso la obra del propio Rawls en la filosofía política a partir de los años 70. El filósofo de Harvard, sitúa esta neutralidad en el propio origen de su propuesta contractualista, a través de un régimen de imparcialidad autoimpuesta para quienes participan en la elección de la estruc-

1 Es especialmente ilustrativa de los matices de este debate sobre el perfeccionismo en la filosofía política contemporánea, la entrada que hace (Wall, 2021).

tura básica de la sociedad: el célebre velo de la ignorancia. Una neutralidad que también subyace tras la propia idea de razón pública, y el deber ético de no recurrir a doctrinas omnicompresivas de la realidad, sino a concepciones políticas, para justificar nuestras posiciones en el debate político. La neutralidad liberal, la idea de que el Estado no debe favorecer una concepción concreta de lo bueno frente a otras, no puede desvincularse de la propia aspiración a que, en el seno de la comunidad política, se lleve a cabo una integración igualitaria del “pluralismo razonable” que es constitutivo de toda sociedad liberal.

Llegados a este punto, cabría hacer una primera observación sobre esta incidencia trascendental, a la que alude Sunstein, del debate sobre la neutralidad del Estado en el Derecho constitucional, que tiene que ver con el contexto en el que dicha discusión se origina. Se trata, a este respecto, de un debate, de impronta anglosajona, y que, como tal, viene determinado, en mi opinión, por dos circunstancias propias de la realidad constitucional norteamericana. La primera es el hecho del pluralismo religioso, étnico o cultural que es definitorio de la sociología norteamericana, y que sólo más tardíamente tiene su expresión en los países europeos. La preocupación por la neutralidad no ya de los poderes, sino de la propia fórmula constitucional de gobierno, es, en muy buena medida, proporcional a la pluralidad sobre la que ésta se ha de proyectar en un momento determinado.

En segundo lugar, y esto me parece más importante a la hora de “importar” este debate, hay que tomar en consideración el propio hecho de que la Constitución norteamericana, por su longevidad, es ajena a la biografía que le es propia al constitucionalismo en el continente europeo. Se trata de un texto constitucional que es paradigma del constitucionalismo liberal, y no reflejo del Estado Social y Democrático de Derecho (Gardbaum, 2008), lo que quiere decir que está muy lejos del horizonte axiológico que es propio al constitucionalismo del siglo XX y, en especial, de su segunda mitad.

En relación con esto último, lo cierto es que resulta imposible negar, a la luz del catálogo de valores, principios y normas programáticas que contienen las constituciones propias de la postguerra europea que estas sean en sí mismas paradigma de neutralidad, es decir, que no promuevan una noción concreta de lo bueno. No se trata ya de la crítica marxista al trasfondo ideológico existente tras la pretendida neutralidad epistémica de la racionalización de los poderes y reconocimiento de los derechos que es propia de constitucionalismo liberal (Bourdieu, 2012: 17, 18). La realidad evidente es que ahora las constituciones son expresión de un pacto social en torno a un determinado, pero no mínimo, orden de valores, cuando no de una militancia democrática expresada a favor de estos, de tal forma que peca por lo menos de ingenua cualquier pretensión de afirmar una idea aséptica o re-

lativista del constitucionalismo en la actualidad (de Miguel, 2022 b). Como ha escrito el profesor Aragón, el concepto normativo de Constitución, como superador del político, no es en ningún caso sinónimo de neutralidad (Aragón, 1994: 320). En el Estado Social y Democrático de Derecho se produce una concreta “integración moral del mundo social” (Bourdieu, 2012: 17). De hecho, la tendencia es, como bien se refleja en algunos de los últimos procesos constituyentes latinoamericanos, la de hipertrofiar la parte dogmática de las constituciones, buscando así lo que podríamos llamar, una identidad constitucional de detalle. Así, lejos de encontrarnos con textos constitucionales neutrales, lo hacemos con un intento de *neutralizar* determinadas cuestiones políticas a través de su constitucionalización, lo cual, podríamos decir, conlleva dos riesgos fundamentales. El primero, que allí donde dicha constitucionalización se haga con unas expectativas de eficacia normativa difíciles de hacer realidad en la práctica, se vea afectada la propia normatividad de la Constitución en su conjunto. El segundo que, al reducir el ámbito de decisión de las mayorías parlamentarias mediante la neutralización de ciertas cuestiones políticas en la Constitución, sea la propia función integradora del texto constitucional y de los procesos políticos por él regulados, lo que pueda verse desvirtuado.

En este trabajo, por lo tanto, asumimos que, más allá de la existencia de un debate filosófico político sobre la neutralidad –que, como veremos, incide en la propia construcción estrictamente jurídica de este concepto–, el constitucionalismo es hoy expresión de un determinado paradigma ideológico. En definitiva, que no puede predicarse de forma general su neutralidad. No obstante, que la neutralidad no defina el constitucionalismo no obsta para que dicho concepto forme parte de éste². A este respecto, en primer lugar, creo que podríamos afirmar que el compromiso con las libertades y con el libre desarrollo de la personalidad impone necesariamente un mínimo umbral de neutralidad a los poderes públicos. Así, pese a que el Estado asume como tarea promocionar ciertos valores, este no puede imponer coercitivamente a los individuos una suerte de perfeccionismo moral personal (Alemany, 2006). Del mismo modo, si bien no puede hablarse como tal de neutralidad *de* la Constitución, si cabe, por el contrario, plantear la cuestión de la neutralidad *en* la Constitución. O, si se prefiere, la neutralidad del Estado *en* la Constitución. Es decir, atender, como haremos en adelante, a aquellos ámbitos donde la Constitución impone una obligada equidistancia o imparcialidad a los poderes públicos con respecto a la pluralidad de opciones sociales que puedan existir en un determinado ámbito. En cualquier caso, como veremos, la idea de neutralidad en la Constitución se enfrenta siempre a una dificultad a la hora de

2 En España el primer estudio del concepto, de su historia intelectual, lo ha llevado a cabo Josu de Miguel, en un trabajo imprescindible para aterrizar la idea de neutralidad en el ámbito del Derecho Constitucional (de Miguel, 2022).

acotar su concreto significado normativo, y es que este principio, que a priori reclama abstención o pasividad, convive con otros principios constitucionales que instan precisamente a lo contrario, a la intervención de los poderes públicos.

II. LA LAICIDAD COMO PARADIGMA DE LA NEUTRALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

La neutralidad del Estado tiene, como concepto, un antecedente histórico y una razón de ser específica, en el ámbito de las relaciones Iglesia-Estado, en tanto condición para la integración igualitaria, o cuanto menos pacífica, del pluralismo religioso en la comunidad política. Ha sido, probablemente, Karl Marx quien mejor haya definido el significado constitucional primario de la separación Iglesia-Estado, con su célebre sentencia sobre el secularismo norteamericano en “La cuestión judía”. La religión en los Estados Unidos había dejado de ser, según Marx, “el espíritu del Estado” o la “esencia de la sociedad”, y era ahora, “la esencia de la diferencia”. La idea de neutralidad religiosa parte así de una suerte de agnosticismo estatal, de la identidad puramente secular del poder civil. No obstante, lo cierto es que la separación Iglesia-Estado como norma constitucional no suele tener una eficacia inflexiva, sino que, por el contrario, ha requerido, en toda experiencia constitucional, una suerte de decantación evolutiva. Así, por ejemplo, a pesar del inequívoco, y muy mitificado, mandato de la Primera Enmienda, *Congress shall make no law respecting an establishment of religion*, el secularismo estricto no es, en realidad, predicable de la experiencia norteamericana desde sus orígenes, sino que, puede decirse, es una idea propia del siglo XX, en gran medida consecuencia del activismo liberal de la Corte Suprema. Ronald Dworkin ha descrito este tránsito de una forma así de inclemente: “Norteamérica se fundó como una sociedad religiosa tolerante y continuó siéndolo hasta después de la II Guerra Mundial, momento en el cual unos jueces no electos decidieron transformarlo en un Estado laico tolerante en contra de la voluntad de la mayoría de los norteamericanos” (Dworkin, 2008: 87). En cualquier caso, lo que sí parece cierto es que es en la jurisprudencia norteamericana donde, por primera vez, se da una definición normativa del secularismo, centrada en la idea de neutralidad y no en la de separación. Algo lógico porque, en puridad, y a diferencia de las naciones europeas, pero también de las repúblicas latinoamericanas bajo el influjo de la lógica concordataria, en los Estados Unidos la separación entre la Iglesia y el Estado constituye, antes que una decisión constituyente, un hecho histórico que se produce con la propia independencia. La idea normativa de laicidad, por el contrario, se centra en Europa, un hábitat de viejas naciones donde las revoluciones liberales no desterraron el confesionalismo, en el significado jurídico de la separación Iglesia-Estado, es decir, las implicaciones institucionales, funcionales y económicas, de esta regla de derecho, como bien puede verse en la propia Ley de Separación francesa de 1905. A este

respecto, se puede decir que la separación Iglesia-Estado es presupuesto de la neutralidad religiosa, pero no agota el sentido normativo de esta última. La regla de la separación nos informa de que no cabe una confusión institucional o funcional entre lo estatal y lo confesional, pero no de cuál ha de ser la actitud que el Estado ha mantener con respecto al fenómeno religioso. Así, la jurisprudencia norteamericana de la Primera Enmienda es en buena medida consecuencia de la propia realidad sociológica del país y del hecho del pluralismo religioso, y es por ello por lo que la *Establishment Clause* se interpreta en los Estados Unidos como una suerte de principio de integración constitucional del pluralismo, cuyo fin no es sólo, por lo tanto, la tutela de la libertad religiosa, sino también garantizar la participación igualitaria del pluralismo confesional en la comunidad política. Es decir, que nadie se sienta un *outsider* por razón de su identidad religiosa (Vázquez Alonso, 2012).

Lo cierto es que, a medida que las sociedades transitan hacia una mayor complejidad religiosa, es la idea constitucional de neutralidad y no la de separación la que se sitúa en el centro de la discusión. A este respecto, en Europa se produce una cierta sincronía entre el proceso de depuración, bajo la idea de separación, de los muy comunes residuos de confesionalidad aún existentes en los ordenamientos jurídicos, y la irrupción de un nuevo pluralismo religioso, frente al cual, la idea y el alcance jurídico de la neutralidad religiosa del Estado, como subprincipio integrante de la laicidad, podríamos decir, se sitúa en el centro de la discusión.

Como señalaba, en la jurisprudencia norteamericana, la Corte Suprema ha definido el contenido de la neutralidad como parámetro de control de la constitucionalidad, cifrándolo en un triple análisis, según el cual, una norma será contraria al mandato de la *Establishment Clause*, si tiene un propósito no secular, si su efecto principal es el de favorecer la religión y, finalmente, si su aplicación implica un enmarañamiento excesivo entre el Estado y las confesiones³. Podríamos hablar, en definitiva, de una neutralidad en los propósitos, una neutralidad en los efectos, y una neutralidad en sentido estricto, desde la que se rechazarían aquellos reconocimientos de la religión que transmitan a ciertos ciudadanos la idea de que su pertenencia a la comunidad política no es plena, es decir, que son una suerte de *outsiders*. A partir de este concepto de neutralidad se excluye igualmente la adecuación constitucional de normas cuyo propósito es hostil contra la religión. La estricta neutralidad no ha sido, de hecho, en los Estados Unidos, un obstáculo sino, al contrario, el presupuesto de un concepto fuerte de libertad religiosa.

Como no podría ser de otro modo, a la hora de dar contenido normativo al principio laicidad, es muy común la tentación de acudir a la experiencia originaria en la

3 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

que dicho término adquiere su primera formulación, que no es otra que la francesa. Sin embargo, lo cierto es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, la laicidad francesa es un principio de contenido mínimo. De hecho, creo que podemos hablar, sin exagerar, de una suerte de mito jurídico. La definición normativa de la laicidad se encuentra de hecho a nivel legal, en la ya mencionada *Loi de Separation* de 1905, y alguno de los principios basilares de esta norma, como por ejemplo la prohibición de la financiación de las instituciones religiosas o del sostenimiento del clero tienen excepciones muy significativas. Piénsese, por ejemplo, en la vigencia del Concordato napoleónico en los territorios de Alsacia y Lorena o la propia financiación pública de la escuela religiosa, considerada no ya como una opción del legislador sino como un mandato constitucional derivado de la libertad de enseñanza. Por otro lado, en Francia, nos encontramos con expresiones normativas de la idea de neutralidad religiosa cuya lógica, en muy buena medida, contradice la propia razón de ser de la laicidad. Así, como es conocido, en el año 2004 el legislador, a través de la llamada ley del velo, de alguna forma trasmitió el mandato de neutralidad, no a las instituciones públicas, sino a los usuarios del servicio público. Laico o neutral, conviene subrayarlo aquí, son, en este sentido, adjetivos que se predicán del Estado y no de la sociedad cuya expresión religiosa, plural, no encuentra límite sino presupuesto en la propia laicidad del Estado. La explicación de ello, desde luego, hay que encontrarla en la sociología religiosa de Francia, en la fuerte implantación del islam en su territorio, y, también, en una tradición ideológica o filosófica, que no jurídica, donde la laicidad adquiere una connotación emancipatoria y pasional (Rivero, 270), como principio de combate contra aquellos atavismos religiosos que se consideran nocivos para el desarrollo de la persona y la prosperidad de la República.

Con respecto a esto último, parece claro que la idea normativa de neutralidad religiosa adquiere matices propios en función de las características concretas que presente el pluralismo religioso de una determinada nación, y también, de la propia historia de ésta. Así, es innegable que la tradición ha de ser un elemento modulador de la neutralidad estatal en países donde la presencia histórica de una religión de Estado o la confesionalidad haya dejado su huella en la simbología institucional o las costumbres. La neutralidad religiosa no impone un cambio en la bandera de Asturias o el fin del domingo como día descanso laboral, para entendernos. En cualquier caso, como decíamos, los parámetros analíticos del secularismo norteamericano, en tanto vinculados al hecho del pluralismo, ejercen hoy, desde la perspectiva comparada, una influencia innegable en el debate doctrinal y en la propia jurisprudencia, a la hora de dar contenido al principio de laicidad⁴.

4 Es muy significativo, por ejemplo, que la Corte Constitucional colombiana, haya hecho suyo de forma expresa, el parámetro de constitucionalidad de la *Establishment Clause* norteamericana, en aplicación del propio principio de laicidad de su Constitución, a través de una ya consolidada jurisprudencia.

La idea de que la razón de ser de la neutralidad es una integración igualitaria en la comunidad política es, a este respecto, una idea muy poderosa y un criterio útil para dar contenido concreto a las exigencias derivadas de la neutralidad.

En todo caso, de los parámetros de análisis vistos, vale la pena atender a aquel que hace referencia a la exigencia de un propósito secular en la legislación. Desde luego, no pasa inadvertida la sintonía de este requisito con la una de las ideas centrales de la filosofía política de John Rawls, la *public reason*, y que apela al ideal ético de que, en el debate público, los ciudadanos hagan el esfuerzo de no introducir argumentos vinculados a “doctrinas omnicomprendivas” de la realidad (Rawls, 2001: 160 y ss), sino que, de alguna forma, las traduzcan, de tal manera que sea posible un diálogo y se evite “el bloqueo conversacional”. La idea de *public reason* de Rawls no es normativa⁵, sino ética, a este respecto, una de las críticas principales que esta recibe es que Rawls no discrimina entre el debate informal entre ciudadanos y aquel que se produce en la esfera institucional y, específicamente, en la legislativa. Un autor como Habermas, mucho más optimista sobre los réditos sociales de un diálogo ecuménico, ha insistido, como hace la propia Corte Suprema norteamericana, en la necesidad de circunscribir la exigencia de usar argumentos y motivaciones seculares en el debate público (Habermas, 2006), a las instituciones de gobierno, de tal forma que ninguna ley pueda ser considerada como la plasmación jurídica del triunfo de un determinado dogma religioso.

La exigencia de un propósito secular en la legislación, como expresión del principio de neutralidad religiosa, ha sido muy criticada. Se dice, con razón, que es muy difícil determinar cuándo existe o no un propósito religioso tras una deliberación coral donde son muchos los argumentos en liza, y también que dicha exigencia supone una suerte de discriminación democrática para aquellas personas que tienen una mochila religiosa cargada frente a otras que no. No es este el lugar para adentrarnos con detalle en esta discusión, en cualquier caso, sí podemos decir aquí que allí donde el evangelismo político se ha consolidado como tal en la vida parlamentaria, como ocurre ahora en distintos Estados latinoamericanos, la discusión constitucional sobre la neutralidad religiosa, se sitúa ahora en el debate sobre si es o no exigible que, en el ámbito de la deliberación parlamentaria, los representantes se abstengan de usar argumentos puramente confesionales. Como decíamos anteriormente, con relación a la prohibición del velo en las escuelas francesas, la neutralidad no es un principio que se proyecte sobre la sociedad sino sobre el Estado. Sólo en el caso de ciertas funciones públicas considero que el principio de laicidad podría constituir, en buena lógica, un límite a la manifesta-

5 En la doctrina española, la mejor guía para la lectura de la obra de John Rawls, creo que es la del profesor Miguel Ángel Rodilla, en especial su: *Leyendo a Rawls*, Salamanca, 2006.

ción de la libertad religiosa de los individuos. A este respecto, cuando nos planteamos si es exigible un propósito secular en la legislación, y con ello, la proscripción del uso de argumentos religiosos en las deliberaciones democráticas, no podemos negar que aquí también la idea de neutralidad se ubica también en un lugar que, en principio, considerando que el Parlamento es un órgano de la propia sociedad, no le es propio. En todo caso, y por concluir, el debate en torno a la exigencia de un propósito secular en la legislación denota que, allí donde se ha consolidado o avanzado en la desconfesionalización del Estado, es el poder de la religión en la sociedad y su capacidad para articularse en poder político lo que se sitúa en el centro de la reflexión sobre el papel de la religión en la esfera pública y en el propio Estado Constitucional. Si asumimos que la democracia constitucional se asienta sobre ciertos presupuestos racionales y deliberativos, el que en los órganos de decisión democrática las razones públicas se vean preteridas por argumentos vinculados a dogmas de fe constituye, un problema, una patología, podríamos decir, desde el punto de vista cultural, para la democracia. Menos claro resulta, en nuestra opinión, que dicha patología pueda encontrar remedio jurídico a través de una idea de neutralidad religiosa que excluya el uso de dichos argumentos religiosos en las deliberaciones democráticas.

III. LA NEUTRALIDAD POLÍTICA DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL ESTADO ES INCOMPATIBLE CON LA FÓRMULA DEMOCRÁTICA DE GOBIERNO

Dentro del Estado Constitucional se traza una distinción básica entre religión e ideología. No sólo la libertad religiosa es objeto de una consagración constitucional autónoma y de un régimen jurídico especial, tanto en su vertiente individual como comunitaria, sino que la propia idea de pluralismo religioso no es asimilable a la del pluralismo político. Por ejemplo, en la Constitución española, si el primero es un mero hecho o una circunstancia, consecuencia del propio dinamismo social, el segundo es un valor constitucional; hay, digamos, un juicio positivo y un compromiso constitucional con su expresión. Esto es así porque, mientras un Estado democrático no precisa de la religión para el funcionamiento de sus instituciones, por el contrario, es absolutamente dependiente de la ideología. Lo político, digamos, ya sea tanto en sus manifestaciones asociativas como en las distintas formas del discurso público, forma parte del núcleo duro del Estado Constitucional. Es por eso por lo que el agnosticismo religioso que se predica de las instituciones estales no puede ser de ninguna forma extensible al ámbito ideológico y político. No hay, porque es imposible conceptualmente, un principio de neutralidad política de los órganos de gobierno del Estado. Al contrario, la configuración de los órganos de gobierno es consecuencia de una oferta electoral, por definición no parcial, sino ideológicamente identificada, que recibe un respaldo suficientemente mayoritario a través de las urnas. La acción de gobierno, en

este sentido, es una acción que identifica una propuesta política. Una acción que, obviamente, habrá de ajustarse a los parámetros constitucionales y legales, pero que es, por definición, no neutral. Se podrá hablar así de neutralidad en la acción de gobierno o de la propia ley, pero siempre como un ideal democrático o ético. Siendo conscientes de que no cabe apelar a la neutralidad política como principio constitucional que pueda erigirse en límite para las políticas públicas.

A este respecto, y para insistir en la necesidad de diferenciar la discusión sobre la neutralidad *de* la Constitución y la neutralidad *en* la Constitución, es muy ilustrativo atender al hecho de cómo, en la doctrina norteamericana donde, como veíamos, la discusión en torno a la neutralidad liberal ocupa un lugar central, existe también un cierto consenso en torno a una línea jurisprudencial que precisamente niega que los poderes públicos estén vinculados a una suerte de principio de neutralidad ideológica en sus políticas. Así, la Corte Suprema norteamericana ha elaborado, sobre estos presupuestos, una doctrina, la del *government speech*, que, en mi opinión, sintetiza bien esta inoperancia de la idea de neutralidad política como parámetro de constitucionalidad⁶. La idea básica que subyace tras este concepto es que “cuando el gobierno habla, para promocionar sus propias políticas o sus ideas particulares, en último término sólo es responsable democráticamente”. Gobernar, en definitiva, es tomar decisiones políticas, elegir entre opciones sobre la base de una comprensión ideológica de lo eficaz y lo conveniente. A este respecto, cuando una política pública se ajuste a la legalidad y a la propia Constitución, su parcialidad ideológica, su desviación con respecto a un cierto ideal de neutralidad, habrá de fiscalizarse en el propio proceso político y no ante los ciudadanos. El juez Scalia expuso esto en unos términos tan crudos como ciertos y que creo merecen ser reproducidos aquí:

“La Primera Enmienda no obliga a las instituciones de gobierno a ser neutrales ideológicamente. El gobierno debe elegir entre ideas rivales y adoptar algunas de ellas como propias; competencia o cartelización, energía solar o carbón, desarrollo armamentístico o política de desarme... Además, el gobierno, puede contar con la asistencia de aquellos que creen en sus ideas, para llevar las mismas a buen término, y no es necesario contar para ese propósito con aquellos otros que se oponen o simplemente no apoyan las mismas”⁷.

Es necesario, en este punto, hacer referencia a la propia incidencia que el paradigma del Estado Social, tiene sobre esta imposibilidad de neutralidad en las políticas

6 Véase, entre otros, (Yudof, 1979, 1983; Bezanson, 2010).

7 (Scalia, voto particular), *Agency for Int'l Dev. v. Alliance for Open Soc'y Int'l, Inc.* 570 U.S. (2013).

públicas. Y es que, si consideramos que una de las manifestaciones básicas de la neutralidad es la imparcialidad del Estado con respecto a las diferentes opciones de vida, desde una perspectiva estrictamente liberal el Estado sería neutral cuando permite que diferentes opciones privadas, ya sea en la esfera religiosa, ideológica, sexual o cualesquiera, se expresen en igual libertad. El Estado, digamos, puede permitirlo todo. Ahora bien, desde el momento en que el Estado asume un compromiso promocional con los derechos, la cuestión cambia, ya que los recursos públicos son limitados y, por lo tanto, el Estado no puede subvencionarlo todo. Las opciones de gasto denotan así una parcialidad constitucionalmente asumida como inevitable. A este respecto, las diferenciaciones por la vía de subvencionar pueden ser cuestionadas no ya por no neutrales, desde la perspectiva política, sino por discriminatorias. Un juicio que, en este sentido, va a situarse en el criterio de diferenciación utilizado, en su necesidad y adecuación, ausencia de arbitrariedad, y en la propia proporcionalidad de sus efectos, existiendo, en cualquier caso, un importante grado de deferencia hacia los criterios que el órgano político ha utilizado para diferenciar dentro de su ámbito de competencia (Gonzalez Beilffus, 2000).

Por último, y con relación a la incidencia que la dimensión social del Estado tiene en el juicio de neutralidad, se debe hacer alusión a algo que no por obvio es menos relevante, y es que el *status quo* existente en un determinado ámbito social no puede ser considerado como neutral en un sentido sustantivo, de tal forma que cualquier política dirigida a alterarlo, sobre la base de otros principios de justicia, haya de ser tachada de parcial (Susstein, 1992: 52). Esta concepción de la neutralidad no es compatible, como decíamos, con las tareas que adquiere Estado Social y Democrático de derecho en la Constitución.

IV. EXISTEN EXPRESIONES CONSTITUCIONALES CONCRETAS DE LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO

1. La neutralidad del jefe del Estado

Que los órganos constitucionales de gobierno no puedan, por definición, ejercer sus funciones desde la neutralidad, no significa que no existan, en toda Constitución, concretas expresiones de un compromiso estatal con la neutralidad. Exponente de ello serían aquellas funciones del jefe del Estado en una monarquía parlamentaria, carentes de discrecionalidad y, con ello, de dimensión política. Como es conocido, se debe a Benjamin Constant la primera concreción de la idea constitucional de neutralidad, a propósito de su reflexión sobre la jefatura del Estado, la cual, a diferencia de los poderes ejecutivo y legislativo, parciales por definición, se caracterizaría por ser un “poder neutro”. En cualquier caso, creo que hay algo que subrayar en la construcción clásica de Constant, y es que éste esboza

una idea de neutralidad no con respecto a la sociedad o al pluralismo político, concepto ajeno a su época y determinante para nosotros, sino frente a los propios poderes constituidos (Constant, 2005; 323). Es decir, se trata de una idea de neutralidad no vinculada a la integración igualitaria del pluralismo social, sino que se orienta a la conservación de orden político y social y a la propia legitimidad del este. El “poder neutro”, de Constant, es por ello también sinónimo de “poder preservador”, y “poder judicial de los otros poderes”, el ejecutivo y el legislativo, cuya división no es perfecta ni infalible (Constant, 2005: 322, 326). Es cierto que neutralidad, legitimidad y estabilidad serían así, como ha señalado algún autor, conceptos entrelazados, en lo referido a la jefatura del Estado (García, 2015), pero también lo es que esa ecuación en las democracias contemporáneas es más compleja que en el escenario propio del pensamiento de Constant, ya que dicha equidistancia e imparcialidad es juzgada desde una pluralidad más exigente.

En todo caso, como decíamos, esa idea de neutralidad adquiere un significado propio cuando dicha jefatura del Estado la encarna, como es el caso de España, el monarca parlamentario. La legitimidad en el ejercicio de esta magistratura, entre otros condicionantes, tendría el de su propia equidistancia e imparcialidad con respecto al proceso político y a las distintas opciones que en el concurren. Presupuesto de ello sería el vaciamiento de poder, ya sea en la Constitución o a través de los usos políticos, que es propio de la Monarquía parlamentaria. La ausencia de espacios de decisión, la configuración de la función regia a través de actos debidos, no sólo apuntalaría dicha equidistancia, sino que también sería presupuesto de la función que como símbolo de integración puede llevar a cabo una institución diseñada para “estar” y no para “actuar” (Pérez Royo, 1984: 11). Dentro de este marco teórico existen, se debe subrayar, lecturas diferenciadas en cuanto al umbral o a la propia caracterización de dicha neutralidad. Se ha señalado, a este respecto que neutralidad no es sinónimo de neutralización del monarca, el cual, si bien no puede hacer política en sentido vulgar, sí puede, por el contrario, hacer política constitucional, dirigirse directamente a la Nación en ejercicio de dicho compromiso con la Constitución (García, 2014: 308) y, llegado el caso, defender la Constitución (Tajadura, 2022: 69 y ss.). No es posible abordar aquí en profundidad esta discusión doctrinal, muy rica en España desde el año 2017, por razones obvias, sobre el margen de actuación que posee el monarca dentro de un sistema parlamentario. Desde mi punto de vista, la distinción entre política vulgar y política constitucional, y entre neutralidad y neutralización, no es algo fácil de consensuar en la práctica, de tal forma que, cuando pisa un terreno ajeno al de que es propiamente el de los actos debidos, el monarca cifra su legitimación de ejercicio en un lugar más propio de los poderes del Estado⁸.

8 He escrito sobre ello, en sentido crítico, en (Vázquez, 2021).

Nada de esto obsta, en cualquier caso, para constatar que la idea de neutralidad es estructural en el diseño de la gran mayoría de los actos llevados a cabo por el monarca constitucional. La valoración que, desde el punto de vista de simbólico, integrador, o desde la propia corrección funcional del sistema, pueda hacerse del jefe del Estado parlamentario y, en concreto, del monarca parlamentario, va a ser muy variable en función de cada experiencia nacional⁹ y de la propia fortuna, si bien no creo que pueda predicarse su carácter prescindible de forma concluyente (Pérez Royo, 1984), es decir, que sí puede hablarse de una neutralidad útil en términos estrictamente constitucionales.

2. La neutralidad judicial

La expresión “poder” no se reserva a aquellos órganos de naturaleza política, sino que el judicial es también una expresión del poder del Estado. Ahora bien, a diferencia del poder ejecutivo y legislativo, el judicial, dada su estricta vinculación a la ley y al resto del ordenamiento jurídico, carece de discrecionalidad, de ahí que haya sido adjetivado, dentro del esquema constitucional, como un poder “invisible” o “nulo” (Montesquieu). O, según otra formulación clásica, y más expresiva para lo que aquí abordamos, en tanto subraya dicha ausencia de discrecionalidad, un poder “desprovisto de toda actividad en relación con el régimen político del Estado y que no tenga ninguna influencia sobre las voluntades que concurren a formar este régimen o a mantenerlo”¹⁰. La neutralidad del juez, por lo tanto, es una neutralidad tributaria de su predeterminación por la ley y su estricto sometimiento a esta, algo que, al mismo tiempo, le sitúa en una situación previa de equidistancia con respecto a las partes en el proceso. Equidistancia e imparcialidad subjetiva reforzada, en todo ordenamiento, como es sabido, a través de la regulación de las causas de abstención y recusación. A esta imparcialidad, antes y durante el proceso, se contraponen una parcialidad, también constitutiva, que es la que se produce a través del fallo, cuyo contenido, en tanto dirige un conflicto es por definición parcial.

3. La neutralidad burocrática y la actualidad de la idea de administración experta

La idea jurídica de neutralidad se asocia también, ya desde teorías clásicas como la de Weber (2014, 1042 y ss.) o en la obra del propio Schmitt (2015, 201-207),

9 Se ha publicado recientemente una obra imprescindible para entender los muchos matices que presenta esta institución en derecho comparado. Se trata del trabajo coordinado por Tajadura Tejada (2022), *La jefatura del Estado parlamentario en el siglo XX*.

10 Nicolas Bergasse, *Rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, 17 de agosto de 1789, disponible en: <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/rev2/index.html>

con el funcionamiento burocrático de la administración, cuya cualidad distintiva, a diferencia de otros órganos del Estado directamente conectados con el principio democrático, sería la de ser un espacio al margen de la lógica propia de los partidos políticos. Un enunciado como el del 103.1 de la Constitución, cuando afirma que *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*, no haría, en este sentido, sino decretar una suerte de proscripción constitucional de intereses particulares o parciales en la gestión cotidiana de lo público, neutralizando así este espacio del juego propio de la política. En cualquier caso, como ha señalado la doctrina administrativista, sólo desde una cierta ingenuidad, y desde el propio desconocimiento de las relaciones entre Gobierno y Administración puede predicarse una neutralidad, en términos absolutos, de esta última. Y es que, por la requerida deferencia hacia el principio democrático, los intereses generales a los que la Administración sirve no son concretados por ella desde la pura racionalidad burocrática, sino por el proceso político. Es decir, se trata de elecciones no neutrales sino consecuentes, en principio, con una oferta ideológica que ha obtenido el aval de los ciudadanos, lo cual nos lleva a la conclusión de que “una concepción que aboga por la neutralidad del Gobierno frente a la Administración es una concepción incompatible con el diseño constitucional de nuestro Estado democrático, porque no hay más racionalidad ni interés público que el que es definido normativamente por el Parlamento y actualizado por su órgano gestor” (Santamaría Pastor, 1993). Por lo tanto, la administración necesariamente va a colaborar con el Gobierno en sus tareas de dirección política, sin que sea fácil deslindar en la práctica, como insiste muy bien Bilbao Ubillos, una frontera entre la genuina actividad gubernamental y la acción meramente administrativa (Bilbao Ubillos, 2005: 151). No obstante, esta hibridación inevitable entre la función de dirección política y la de dirección de la administración tiene obviamente sus límites, derivados de no sólo esa “objetividad en el servicio” que impone la propia Constitución a este aparato vicarial, sino también de la profesionalidad de la función pública, de su estatuto de imparcialidad y de los criterios de acceso a la misma, basados en el mérito y la capacidad. Así, aunque no pueda predicarse genéricamente la neutralidad política de una Administración a través de la cual el Gobierno dirige la política del país, sí puede decirse que el estatuto de ésta y su propio sometimiento a la ley, la convierte, como ha apuntado entre nosotros, Sánchez Morón, en un contrapeso a la extraordinaria relevancia que adquieren los partidos políticos en nuestro sistema constitucional (Sánchez Morón, 2009: 454, 456).

Como acabamos de ver, el concepto de neutralidad burocrática está vinculada a un cierto ideal de despolitización, es decir, a que la gestión de determinados ámbitos no esté determinada por la inclinación hacia una de las posiciones ideológicas que pugnan en torno a una cuestión. A este respecto, se podría decir que un

exponente específico de este ideal de neutralidad en la administración del Estado serían las denominadas agencias independientes, cuyo fundamento radicaría en que una institución neutral sea la competente para la gestión de ciertos ámbitos que, o bien afectan de forma singular a determinados derechos de los ciudadanos, o bien requieren de un conocimiento específico (Muñoz Machado, 2017: 50). Lo característico, en cualquier caso, de estas agencias es que su ámbito competencial habría sido, de alguna forma, extraído de la esfera de lo político, mediante una suerte de delegación basada en el necesario concurso de un razonamiento independiente, y en detrimento del puro criterio democrático o de la regla de la mayoría. Pese a que la Constitución española no contiene previsiones específicas relativas a esta administración experta, estas agencias también han proliferado en nuestro ordenamiento, en la mayoría de los casos al amparo del proceso de integración europeo. A este respecto, son bien conocidas las críticas a este ideal tecnocrático o experto en la administración del Estado, ya sean desde un punto de vista puramente democrático, y que apuntan a la mella que esta delegación implica en la propia legitimidad del poder estatal, o bien, desde un punto de vista más empírico o práctico, aquella que denuncian cómo en el seno de estas agencias, a pesar de las cautelas que hayan sido tomadas en su diseño institucional, se reproducen posicionamientos alineados ideológicamente (Bilbao Ubillos, 1999). Del mismo modo, se ha criticado el significado paternalista que estos organismos tienen, y que redundaría en una visión pesimista de la sociedad y del propio proceso político.

Es muy difícil no compartir la desconfianza democrática hacia esta suerte de desagüe democrático al que puede conducir la delegación en autoridades independientes de parcelas de decisión política. Ahora bien, creo que también parece ser difícil prescindir de esta deferencia hacia al conocimiento experto, de esta neutralización de determinados ámbitos de decisión, en un contexto, como el actual, donde algunos de nuestros principales problemas como sociedad reclaman, fundamentalmente, una respuesta científica a ciertos riesgos.

Desde luego, la determinación de qué ámbitos han de ser delegados y del grado concreto de delegación que se haga en favor de ellos, no dejará de ser una cuestión política y como tal litigiosa, del mismo modo que también lo será el propio control –judicial– que pueda realizarse a posteriori de las decisiones que se tomen dentro de estos organismos. Del desafío que esto supone da buena cuenta la experiencia norteamericana. Como es conocido, una de las grandes aspiraciones de los *New Dealers* fue la de racionalizar a través de agencias independientes la administración de diversas áreas en las que el conocimiento técnico o experto fuera especialmente relevante. La gran discusión jurídica, a este respecto, se ha situado en el papel de los jueces a la hora de controlar las decisiones tomadas dentro de ese ámbito com-

petencial delegado. Obviamente, la administración experta del Estado no puede ser sinónimo de inmunidad de poder, y como todo acto de los poderes públicos, ha de poder ser sometido a control. Sin embargo, la cuestión aquí es la de hasta qué punto es coherente que las decisiones tomadas dentro de un ámbito que ha sido delegado sobre la base del conocimiento experto, puedan ser posteriormente cuestionadas por los órganos judiciales. La mejor posición institucional de estas agencias, fue el fundamento de la denominada doctrina *Chevron*, en virtud de la cual, allí donde los términos legales de la delegación a favor de dichas agencias no estuviesen claros, había que presumir la legalidad de la actuación de estas últimas. Sin embargo, en los últimos años la Corte Suprema ha matizado esta doctrina, interpretando que no puede presumirse, en caso de falta de claridad, dicha delegación, cuando se trate de cuestiones centrales, determinantes, dentro de un ámbito concreto. La sentencia más significativa y reciente es *West Virginia v. Environmental Protection Agency*¹¹, en la que, como es conocido, la Corte Suprema ha considerado, por una mayoría de 6 contra 3, que el Congreso, a través de la denominada Ley de Aire Limpio, no había otorgado a la Agencia de Protección Ambiental, la autoridad para diseñar límites a las emisiones en las plantas de energía existentes, a través del cambio de generación a fuentes más limpias, tal y como la Agencia de protección ambiental había determinado en su Plan de Energía Limpia. Todo ello sobre la base de la denominada doctrina de las *major questions*, en virtud de la cual no es deducible una delegación por parte del Congreso y a favor de las Agencias, cuando se trate de ámbitos regulatorios de especial importancia. En cualquier caso, más allá del sentido lógico de la doctrina de las *major questions*, el voto particular que suscriben los tres magistrados disidentes apunta bien al objeto de la cuestión que plantea la “neutralización” de estos ámbitos de decisión, especialmente complejos desde un punto de vista técnico pero no menos relevantes para cualquier país, y que es el de que los jueces puedan “designarse a sí mismos, en lugar del Congreso o de la agencia experta, como la persona que toma las decisiones –en este caso– sobre la política climática”. En definitiva, la deferencia hacia el conocimiento técnico, el paternalismo científico, parece algo irrenunciable a la luz de algunos de los desafíos que afrontan nuestras sociedades. El gran reto, desde una perspectiva constitucional, es el de conciliar, sin que pierda su imagen reconocible, la idea de separación de poderes a dicha “neutralización” de ciertas esferas de decisión donde la política ha de rendir tributo a la ciencia.

4. La neutralidad institucional y procesos democráticos

En un Estado democrático y pluralista, la neutralidad está vinculada a la garantía de la equidad en el punto de partida de todas las fuerzas políticas, con relación a

11 *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. (2022).

sus posibilidades de participar en la formación de la voluntad popular (Schmitt, 2015) y, en su caso, ejercer la acción de gobierno. Un Estado democrático ha de garantizar una equidad en el punto de partida. Esta idea de neutralidad estatal, vinculada a los procesos de formación de la voluntad democrática, tiene como es lógico, una especial proyección en la normativa relativa a los periodos electorales, y, específicamente, en aquella regulación que constriñe, durante dicha franja de tiempo, la actividad informativa de los medios de comunicación. En cualquier caso, más allá de esto, los conflictos relativos a la neutralidad institucional debida en periodo electoral han adquirido en los últimos años, en España, una relevancia específica, y también una especial litigiosidad. Cataluña y la exhibición de simbología independentista en edificios institucionales ha sido, como es sabido, el epicentro de dicha discusión jurídica. No es este el lugar para ocuparse con detalle del análisis de los diferentes procesos ante la Junta Electoral y también judiciales que han tenido lugar, aunque sí cabe destacar que el Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina inequívoca respecto a las desviaciones simbólicas de contenido político, en edificios institucionales y durante periodo electoral, que puede resumirse en la idea de que “es incompatible con el deber de objetividad y neutralidad de los poderes públicos y las Administraciones... que estos tomen partido por una posición parcial, es decir, no ajustada a ese deber de neutralidad o equidistancia, sino alineada con las pretensiones de un grupo de ciudadanos con inevitable exclusión del resto”¹².

La doctrina de nuestro órgano de casación resulta, en nuestra opinión, irreprochable en sus fundamentos. Vincular de forma simbólica el espacio público con una de las opciones ideológicas que compiten dentro de la sociedad y que conforman, de alguna forma, el propio sistema de partidos, distorsiona el punto de partida de todo proceso democrático, que no es otro que la igual posibilidad para cualquier opción ideológica de, a través de los cauces electorales previstos, convertirse en mayoritaria y desplegar su plan de gobierno en una determinada institución. Este tipo de solapamientos entre las instituciones y las opciones políticas en disputa, no sólo introduce una importante descompensación en el punto de partida de la participación política, sino que además tiene un evidente efecto desalentador con respecto a aquellas opciones ideológicas que ven cómo las instituciones públicas se identifican de forma explícita con su contrario. Desde luego, dicho efecto desalentador posee un desvalor específico en un contexto electoral, ahora bien, se imponen la pregunta de si al margen de dicho período también rige un mandato de neutralidad que prohíbe, con igual intensidad, este tipo de reconocimientos simbólicos que pueden transmitir a ciertos ciudadanos la idea de que carecen, por motivos ideológicos, de un igual estatus dentro de la

12 STS nº 933/2016, de 28 de abril de 2016, fundamento jurídico 2º.

comunidad política. Como señalara García de Enterría, “...las elecciones, que son, sin duda, capitales para la democracia, como procedimientos instrumentales de la expresión de la confianza popular, no alcanzan, sin embargo, a absorber la plenitud de ésta” (García de Enterría, 1997). En este sentido, creo que debe asumirse que, si bien las condiciones constitucionales exigibles para el normal ejercicio de la participación política son más exigentes durante los procesos electorales, este derecho, que no se activa durante la convocatoria electoral, sino que es constitutivo de la ciudadanía, reclama una mínima ecología democrática que se concreta, entre otros aspectos, en la exigencia de un mínimo de neutralidad institucional. Es importante subrayar aquí que no deducimos dicha neutralidad de la “objetividad” a la que hace alusión el 103 de nuestra Constitución, sino de una suerte de dimensión institucional del artículo 23 de la Constitución española y también, de la propia libertad ideológica del propio artículo 16¹³.

A este respecto, y en coherencia con lo afirmado anteriormente, cuando hacemos alusión al necesario componente político de todo gobierno, es importante aclarar que no estamos hablando de la –imposible– neutralidad de las políticas públicas que eventualmente se lleven a cabo en un determinado marco competencial, sobre las cuales el juicio corresponde en último término al propio cuerpo electoral. Nos referimos aquí a un ámbito de comunicación institucional, simbólico, que apela, al margen de las competencias propias de gobierno, a una suerte de identificación sentimental de los ciudadanos, y a través de las instituciones, con una determinada opción de gobierno. Como se ha señalado, de forma certera, por algún autor, se asume, sin fundamento constitucional alguno, que las instituciones públicas son titulares de la libertad de expresión (Villaverde, 2018) y que, como tales, y sobre la base de la regla de la mayoría, pueden participar en el debate público, en ocasiones a través de una actividad declamatoria, en forma de declaraciones, no pocas veces censuradas por la jurisdicción contencioso administrativa (Celador Angón, 2020) y en otras, a través de una suerte de discurso simbólico, de sesgo político, que provoca una suerte de confusión entre la institución y la corriente o corrientes políticas que en un momento determinado son mayoritarias en ella.

En un contexto de especial polarización política creo que no sólo el valor digamos ético de la neutralidad institucional, sino también su propia eficacia jurídica como garante de una suerte de *fair play* democrático adquiere una importancia específica. Es cierto que podemos imaginar supuestos donde dicha actividad declamatoria

13 El profesor Andrés Boix tacha esta deducción, en sentido crítico, de un constructo con argumentos que vale la pena escuchar. Véase, a este respecto, el seminario que imparte sobre “Neutralidad y espacio público”, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=-gc4sUmOEUa>

pueda considerarse como un instrumento a través del cual realizar políticas dentro de su competencia. Piénsese en aquellos acuerdos de los plenos municipales para exhibir en edificios institucionales simbología o lemas favorables al reconocimiento de derechos de determinadas minorías a las que el propio ordenamiento considera e insta a proteger. En cualquier caso, creo que esta reflexión sobre la neutralidad institucional no puede abstraerse del propio momento político actual, no precisamente caracterizado por la ausencia de polarización ideológica. A este respecto, lo cierto es que, en este contexto, adquiere un valor específico la idea de neutralidad institucional y con ello la propia intensidad jurídica de sus implicaciones¹⁴.

V. LA NEUTRALIDAD DE LOS FOROS PÚBLICOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Señalábamos anteriormente que toda acción de gobierno, de alguna forma, es exponente de un determinado discurso ideológico. Todo gobierno “habla” a través de sus políticas y cuando se hace balance de los logros de un determinado gobierno, dicho balance es, por definición, un balance político. Ahora bien, el que dicho discurso político gubernamental exista, no significa que el gobierno tenga potestad para excluir del foro público determinados discursos. En el ámbito del foro público, el Estado ha de ser neutral respecto a los distintos puntos de vista que puedan concurrir en él. El concepto de foro público ocupa hoy un lugar central en la discusión acerca de los límites a la libertad de expresión. Por foro público hemos entendido aquellos lugares de dominio o gestión pública que, por su naturaleza, o por propio deseo del gobierno, sirven como lugar para el libre intercambio de ideas u opiniones. Son foros públicos naturales, las calles, las avenidas, los parques, pero también pueden serlo las salas de conferencias de los centros cívicos, las aulas de las universidades o los campos de fútbol municipales, siempre y cuando estas dependencias se hayan puesto a disposición como lugar de encuentro para la discusión y el debate. La neutralidad en el foro público implica así que no se discriminen, por parte de los poderes públicos, determinados discursos debido a su punto de vista ideológico. Si bien se pueden establecer restricciones sobre la base de criterios ideológicamente neutrales, siempre que dicha limitación sea reconducible a un juicio público acerca de qué ideas son merecedoras o no de poder ser transmitidas en un foro público, el Estado, como nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado¹⁵, habrá abandonado la equidistancia y la imparcialidad que la libertad de expresión y la libertad ideológica le imponen.

14 Véase, en este sentido y en extenso, con referencias exhaustivas a la jurisprudencia (Martínez Otero, 2020).

15 Así, a propósito de la denegación por parte de delegación del Gobierno de la autorización a una manifestación, sobre la base de que el objeto de la misma y convocantes eran reiterados,

Como decíamos, la idea de neutralidad en el foro ocupa hoy un lugar central en la discusión sobre los límites al discurso público, si ello es así, no es ya porque el propio concepto de neutralidad sea puesto en duda, sino porque la propia idea de foro público está siendo sometida a cuestión, en el contexto comunicativo propio de la sociedad digital. Un foro público es, por definición, lo contrario a un foro privado. Así, si en un foro público el Estado no puede imponer límites basados en el contenido ideológico del discurso, en un foro privado, piénsese en un medio de comunicación, un partido político, o en una empresa de tendencia, tales límites sí son legítimos. El problema es que esta distinción entre foros públicos y foros privados se desdibuja desde el momento que irrumpen nuevos canales para el intercambio de información, opiniones e ideas, caracterizados por su naturaleza interactiva y por la posibilidad de albergar un número ilimitado de participantes y que, además, en algunos casos, son expresión de un verdadero monopolio transfronterizo en la prestación de ese determinado servicio. Estamos hablando, obviamente, de las redes sociales, algunas de las cuales, como Facebook o Instagram, son plataformas indispensables para participar en el debate público.

A este respecto, el dilema que aquí se plantea es obvio. Entender que, independientemente de su posición central en el mercado de la comunicación, estas empresas son foros privados, con lo cual, poseen un amplio margen para, según sus propias reglas de moderación, excluir determinados discursos que, de forma general, están amparados por la libertad de expresión. O, por el contrario, hay que considerar que, a pesar de ser corporaciones privadas, en la práctica estas empresas prestan, en régimen cuasi monopolístico, un servicio vinculado al interés general, de tal forma que la regulación de los foros por ellas creados no puede sino adecuarse, por lo menos en un alto grado, a aquellos principios que rigen para los foros públicos, de tal forma que es exigible un criterio de neutralidad a la hora de disciplinar el discurso que puede transmitirse a través de ellas. Esta parece ser la evolución del derecho de la Unión Europea que, en este punto, se distancia del marco normativo norteamericano, cuya influencia, en un principio fue determinante. A este respecto, mientras que en el derecho norteamericano rige la idea de que foros como Twitter o Facebook son, en último término, foros privados, y, por lo tanto, estas empresas son libres para determinar que discursos quieren excluir de los mismos, la tendencia europea, primero a nivel estatal y finalmente, con la aprobación de la *Digital Service Act*, a nivel de la propia Unión, es la de, por

el Tribunal insistió en que “ni la preceptiva neutralidad de los poderes públicos ante el ejercicio de los derechos fundamentales tolera controles sobre el contenido del mensaje a difundir, salvo que el mismo infrinja la legalidad (STC 163/2006, de 22 de mayo, FJ 2), ni el hecho de que la manifestación sea una técnica instrumental puesta al servicio de la exposición de ideas permite sostener que, lanzado el mensaje, el derecho de manifestarse para reivindicarlo pueda quedar consumido o agotado”. STC 24/2015, de 16 de febrero, FJ 4.

un lado, incrementar la responsabilidad y las obligaciones de control, por parte de estas empresas, respecto a los discursos de naturaleza ilícita que puedan difundirse a través de sus canales, y, por el otro, la de limitar el ámbito de autonomía que estas mismas empresas poseen para censurar determinados discursos amparados, con carácter general, por la libertad de expresión. Limitación que, como es lógico, será mayor cuando se trate de regular el discurso de actores políticos en momentos electorales, intensificándose aquí la obligación de neutralidad política por parte de estas plataformas virtuales.

En definitiva, como sucede en otros ámbitos del ordenamiento, la dimensión pública y la propia vinculación con el interés general de ciertos sectores privados, donde además existe una concentración monopolística difícil de disolver, trae consigo la necesidad de trasladar principios propios del derecho público a la regulación de la sociedad, en este caso, el principio de neutralidad estatal en el foro público, a los foros privados digitales. De hecho, la necesidad de atender a la verdadera naturaleza del foro digital, desde un punto de vista material, y no a su mera titularidad, se plantea incluso con los propios subforos que personas con determinados cargos públicos crean a través de sus perfiles digitales en las redes sociales. La cuestión aquí radica en si un representante político puede bloquear seguidores por el mero hecho de que estos, a través de su *timeline*, son críticos con la conducta o los posicionamientos ideológicos del titular del perfil. Si bien en Europa, que yo sepa, aún no contamos con ningún litigio relevante, es bien conocida la jurisprudencia norteamericana, ya consolidada en varios circuitos, que afirma la naturaleza pública de los foros gestionados por cargos representativos y autoridades, a través de sus perfiles en las redes sociales. El origen de esta jurisprudencia, como es conocido, se encuentra en una demanda interpuesta por varios internautas bloqueados en Twitter por el presidente Trump. La doctrina judicial del tribunal neoyorquino que conoció en primera instancia, y que al final ha hecho fortuna, es que dicho perfil albergaba materialmente un foro público, y, por lo tanto, el presidente de los Estados Unidos no podía excluir de él ningún tipo de discurso por razones ideológicas. O lo que es lo mismo, tenía que ser neutral, tal y como el Estado ha de serlo en los foros públicos naturales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., *Social Justice in a Liberal State*, 1980.
- ALEMANY, M., *El paternalismo jurídico*, Iustel, 2006.
- ARAGÓN REYES, M., «Recensión a La Forma del Poder, de Francisco Rubio Llorente», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 41, 1994.

- BEZANSON, R. P., «The manner of Government speech», en: *Denver University Law Review*, n° 87 (4).
- BILBAO UBILLOS, J. M., *La dirección de la administración civil y militar por el gobierno de la nación, El gobierno: problemas constitucionales*, coord. por Manuel Aragón Reyes, Ángel José Gómez Montoro, Madrid, 2005.
 - «Las agencias independientes un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (Ejemplar dedicado a: Privatización y liberalización de servicios), n° 3, 1999.
- CELADOR ANGÓN, Ó., «Neutralidad de los poderes públicos y símbolos políticos», en: *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020.
- CONSTANT, B., «De la nature du pouvoir royal una monarchie constitutionnelle», en: *Écrits politiques*, Marcel Gauchet ed., Gallimard, 2004.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Neutralidad y Derecho Constitucional», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 49, 2022 (a).
 - «Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español)», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 122, 2022 (b).
- DWORKIN, R., *La democracia posible*, Barcelona, 2008.
- GARDBAUM, S., «The Myth and the Reality of the American Constitutional Exceptionalism», en: *Michigan Law Review*, n° 107, 2008.
- GARCÍA, E., «El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del artículo 56.1 de la constitución», en: *Teoría y realidad constitucional*, n° 34, 2014.
 - «El significado intelectual del Rey en la Monarquía parlamentaria: entre la democracia simulativa y la veracidad democrática», en: VÁZQUEZ, V. J., MARTÍN MARTÍN, S. (coord.), *El Rey como problema constitucional: Historia y actualidad de una controversia jurídica. Un homenaje a Javier Pérez Royo*, 2021.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 1997.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000.

- HABERMAS, J., «La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el uso público de la razón de los ciudadanos religiosos y seculares», en: *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, 2006.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Dirección Política (Derecho Constitucional)», en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, Vol. II.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Las declaraciones simbólicas de los municipios: entre la autonomía local, el «postureo» inocuo y el abuso», en: *Revista de Administración Pública*, n°211, 2020.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General X. La Administración del Estado*, Madrid, 2017.
- PÉREZ ROYO, J., «Jefatura del Estado y democracia Parlamentaria», en: *Revista de Estudios Políticos*, n° 39, 1984.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, revised edition, 1999.
- *Political Liberalism*, 1993.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- RIVERO, J., «De l'idéologie à la règle de droit: la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative», en: AUDIBERT, A., et. al. (dirs.), *La Laïcité*, PUF, 1960.
- RODILLA, M. Á., *Leyendo a Rawls*, Salamanca, 2006.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Artículo 103», en: GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R., CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ.PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I., (coord.), *Comentarios a la Constitución española* coord. por Mercedes Pérez Manzano, Ignacio Borrajo Iniesta; María Emilia Casas Baamonde (dir.), Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), Carlos Rafael Gómez de la Escalera (aut.), Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- SANDEL, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, 1982.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de derecho administrativo I*, Editores: Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

- SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1998.
 - *Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la Constitución? Estudio preliminar de Giorgio Lombardi*, Tecnos, Madrid, 2009.
- SUNSTEIN, C. R., «Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)», en: *Columbia Law Review*, 1992.
- VÁZQUEZ, V. J., «Repudio sucesorio y utilitarismo regio. Acotaciones sobre la legitimidad en ejercicio de Felipe VI», en: VÁZQUEZ, V. J., MARTÍN MARTÍN, S. (coord.), *El Rey como problema constitucional: Historia y actualidad de una controversia jurídica. Un homenaje a Javier Pérez Royo*, 2021, pp. 501-522.
 - *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- TAJADURA TEJADA, J. (coord.), *La jefatura del Estado parlamentario en el siglo XX*, Athenaica, Sevilla, 2022.
- VILLAVERDE, I., «¿Tienen opinión las instituciones políticas?», *Blog del Instituto de Derecho Público*, 2018, disponible en <https://idpbarcelona.net/tienen-opinion-las-instituciones-politicas/>
- WEBWE, M., *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- YUDOF, M. G., «When the Government speech: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment», en: *Texas Law Review*, 57, 1976, pp. 863-918
 - *When Government Speech: Politics, Law, and Government Expression in America*, Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1983
- WALL, S., «Perfectionism in Moral and Political Philosophy», en: ZALTA, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/perfectionism-moral/>