



Juan Carlos Gavara de Cara | Josu de Miguel Bárcena (Eds.)

# La Neutralidad en el Estado Constitucional



**BOSCH** CONSTITUCIONAL

En este trabajo se han analizado las razones que abundan a que el Estado debe ser neutral políticamente y que son numerosas, ya que se estructura una sociedad política pluralista, cuyo reconocimiento como principio y valor constitucional tiene como consecuencia la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos de libertad, incluidos los de carácter político, que deben posibilitar que no se perjudique la competencia política, proteger los derechos de los participantes en la misma, garantizar la libertad en el proceso de formación de la voluntad política y de la opinión pública, asegurar la protección de los intereses generales e impedir la utilización de los recursos públicos por la autoridad pública para fines partidistas.



# **LA NEUTRALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**



JUAN CARLOS GAVARA DE CARA  
JOSU DE MIGUEL BÁRCENA  
(EDS.)

# **LA NEUTRALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

Barcelona  
2023

  
BOSCH EDITOR

Trabajo realizado dentro del Proyecto de investigación financiado por el Plan Nacional de I+D+I: “LA NEUTRALIDAD INSTITUCIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL” (PID2019-106043GB-I00)

© MAYO 2023 JUAN CARLOS GAVARA DE CARA  
JOSU DE MIGUEL BÁRCENA  
(EDS.)

© MAYO 2023

 **BOSCH**  
EDITOR

**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Reservados todos los derechos. De conformidad con la legislación vigente, queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

ISBN papel: 978-84-19580-50-4

ISBN digital: 978-84-19580-51-1

D.L.: B 9347-2023

**Diseño portada y maquetación:** CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

*Printed in Spain* – Impreso en España

## **AUTORES**

**JUAN CARLOS GAVARA DE CARA**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universitat Autònoma de Barcelona

**RICARDO GARCÍA MANRIQUE**

Universidad de Barcelona

**JOSU DE MIGUEL BÁRCENA**

Profesor de derecho constitucional  
Universidad de Cantabria  
UNED

**ANTONIO CIDONCHA MARTÍN**

Profesor contratado doctor  
(Universidad Autónoma de Madrid)

**DANIEL CAPODIFERRO CUBERO**

Profesor Contratado Doctor  
Departamento de Derecho Constitucional, UNED

**MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ**

Profª Titular de Derecho Constitucional  
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

**ANA GALDÁMEZ MORALES**

Contratada Predoctoral FPU de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla



# Índice

<b>Introducción</b> .....	17
---------------------------	----

## CAPÍTULO 1

<b>El control de la neutralidad y los derechos fundamentales</b> .....	21
--	----

Juan Carlos Gavara de Cara

1. La multifuncionalidad de la neutralidad en el ámbito de los derechos fundamentales.....	21
2. El principio de neutralidad ideológica del Estado y el derecho a la libertad religiosa e ideológica .....	26
3. El principio de neutralidad en el ámbito educativo.....	37
4. El canon de neutralidad en la aplicación de discriminaciones indirectas .....	46
5. La neutralidad de la Red y las relaciones con los derechos fundamentales.....	54
6. El principio de neutralidad en el proceso comunicativo: el reportaje neutral .....	62

## CAPÍTULO 2

<b>Neutralidad ideológica y libertades públicas en la Universidad</b> .....	69
---	----

Ricardo García Manrique

1. Las declaraciones políticas de las universidades catalanas y la pregunta que suscitan .....	69
2. Los argumentos a favor y en contra.....	76
3. Dos cuestiones preliminares: quién opina y sobre qué se opina.....	78

4.	La debilidad de los argumentos a favor .....	80
5.	La neutralidad ideológica .....	82
5.1.	La neutralidad como fundamento .....	83
5.2.	La neutralidad como funcionamiento .....	85
5.3.	Algo más sobre la neutralidad ideológica.....	90
6.	Derechos beneficiados por la neutralidad .....	93
6.1.	La libertad ideológica.....	93
6.2.	La libertad de expresión.....	97
6.3.	El derecho a la educación.....	100
7.	Neutralidad, libertades y estado de derecho en la Universidad .....	102
8.	Bibliografía .....	104

CAPÍTULO 3

**Órganos reguladores en España: neutralidad y partidismo** ..... 109

Josu de Miguel Bárcena

1.	La regulación, paradigma del Estado garante .....	109
2.	Partidos políticos y órganos reguladores: una relación paradójica .....	111
3.	La garantía de la autonomía personal en los órganos reguladores en España.....	114
4.	Independencia y neutralidad en los órganos reguladores. La influencia práctica de los partidos políticos.....	117
5.	Conclusiones .....	122

CAPÍTULO 4

**Neutralidad y Constitución económica** ..... 125

Antonio Cidoncha Martín

1.	Introducción .....	126
2.	Sobre la Constitución económica .....	126

2.1.	La Constitución económica en sentido prescriptivo.....	127
2.1.1.	Sobre el ordoliberalismo y su influencia en el debate constitucional en Alemania .....	127
2.1.2.	Sobre la Constitución económica en sentido prescriptivo: mi posición.....	131
2.2.	La Constitución económica en sentido descriptivo.....	134
3.	Neutralidad económica y Constitución de 1978.....	136
3.1.	Consideración introductoria .....	136
3.2.	¿Es la Constitución española neutral en cuanto al sistema económico? .....	137
3.2.1.	Unas breves aclaraciones conceptuales .....	137
3.2.2.	La Constitución española de 1978 no es neutral en cuanto al sistema económico.....	141
3.3.	¿Es la Constitución española neutral en cuanto a la política económica? .....	146
3.3.1.	Dos aclaraciones previas .....	146
3.3.2.	La Constitución, texto abierto, pero no (absolutamente) neutral en sede de política económica .....	151
4.	Apuntes sobre algunos fenómenos «neutralizadores» .....	154
4.1.	La «neutralización» relativa (minusvaloración) de la propiedad privada y la libertad de empresa por el Tribunal Constitucional... ..	154
4.2.	... y la rectificación (limitada) acaso forzada por la Unión Europea .....	156
4.3.	La «neutralización» de la apertura de la Constitución al pluralismo en materia de política económica: sobre la incidencia de la integración en la UE.....	159
5.	Conclusiones .....	163
6.	Bibliografía .....	166

## CAPÍTULO 5

**El espacio público como escenario para el ejercicio de los derechos fundamentales** ..... 171

Daniel Capodiferro Cubero

1. Introducción ..... 171
2. El carácter esencialmente regulado del espacio público ..... 173
  - 2.1. Los derechos como fundamento del espacio público.. 174
  - 2.2. La posición del poder público respecto de los derechos de los ciudadanos ..... 177
3. El orden público y la seguridad ciudadana como elementos delimitadores del espacio público físico..... 179
  - 3.1. El orden público como límite a la libertad ideológica y religiosa ..... 180
  - 3.2. Limitaciones frente a alteraciones del orden en el espacio físico público..... 182
  - 3.3. La posible utilidad del concepto de orden público para asegurar la neutralidad institucional..... 184
4. La comunicación social como expresión del espacio público . 187
  - 4.1. Premisa general ..... 187
  - 4.2. El paradigma clásico de la comunicación social ..... 190
  - 4.3. Comunicación y espacio público en Internet ..... 192
5. Reflexión final..... 196

## CAPÍTULO 6

**Símbolos y neutralidad institucional** ..... 199

Josu de Miguel Bárcena

1. Introducción ..... 199
2. El símbolo como concepto jurídico y como mecanismo de integración constitucional ..... 202
3. Los símbolos en el espacio y tiempo públicos: delimitación jurídica ..... 206

4.	Breve excurso: los derechos fundamentales en la praxis simbólica .....	211
5.	Conflictos jurídicos en torno al uso de banderas y otros símbolos en el espacio público e institucional.....	214
5.1.	La obligación de utilizar la bandera de España en edificios y actos públicos y sus incumplimientos.....	215
5.2.	Instalación de banderas y otros símbolos autonómicos en otras Comunidades Autónomas.....	216
5.3.	La exhibición en edificios públicos de banderas y símbolos partidistas .....	218
6.	La neutralidad institucional y las manifestaciones simbólicas en el espacio público .....	220
7.	Conclusiones .....	225

## CAPÍTULO 7

**Neutralidad institucional en la campaña electoral** .....

María Holgado González

1.	Introducción .....	229
2.	Publicidad institucional y prohibición de campaña de logros .	231
3.	Neutralidad informativa de los medios de comunicación de titularidad pública .....	236
3.1.	Información específica electoral e información general en elecciones .....	238
3.2.	Las entrevistas electorales .....	242
4.	Extensión de la neutralidad a medios de comunicación privados.....	245
4.1.	Sobre los debates televisados .....	247
4.2.	La necesaria colaboración de los partidos políticos.....	252
5.	Neutralidad en las redes sociales y perfiles institucionales.....	255
6.	Utilización de símbolos políticos.....	261
6.1.	Exhibición de símbolos políticos en edificios públicos.	261

6.2.	Utilización de símbolos institucionales por las formaciones políticas.....	265
7.	Las Universidades públicas como Administración Institucional.....	267
8.	Algunas reflexiones finales.....	269
9.	Bibliografía.....	271

CAPÍTULO 8

	<b>La neutralidad en los medios de comunicación públicos y privados en procesos electorales</b> .....	273
--	---	-----

Juan Carlos Gavara de Cara

1.	La versatilidad del principio de neutralidad en el proceso electoral.....	273
2.	La intervención de los medios de comunicación en la campaña electoral: la problemática inicial en la normativa electoral .	280
3.	El principio de neutralidad informativa y su regulación en la LOREG .....	285
4.	El control del principio de neutralidad informativa en los medios de comunicación públicos.....	295
5.	El principio de neutralidad informativa y los medios de comunicación audiovisuales privados .....	303
6.	La concreción material del principio de neutralidad informativa.....	306
7.	La infracción del principio de neutralidad informativa y los instrumentos de manipulación informativa.....	310
8.	El principio de neutralidad informativa y los debates electorales .	314

CAPÍTULO 9

	<b>Democracia, redes sociales y el mito de la neutralidad</b> .....	321
--	---	-----

Ana Galdámez Morales

1.	Punto de partida: asalto al capitolio y disrupción jurídica .....	321
2.	De la democracia moderna a la digital, en los albores de la gobernanza algorítmica.....	325

2.1.	Gestión de Internet y efectos de la automatización: una breve aproximación .....	330
2.2.	Democracia ¿digital?, en el centro de la disyuntiva jurídica .....	335
3.	A vueltas con la democracia y el momento electoral en la experiencia reciente .....	341
4.	Neutralidad digital: deconstrucción del mito y horizonte jurídico.....	346
5.	Consideraciones finales .....	351
6.	Bibliografía .....	352
CAPÍTULO 10		
<b>Garantías de neutralidad política y mecanismos de control en la producción del discurso público .....</b>		<b>359</b>
Juan Carlos Gavara de Cara		
1.	El principio de neutralidad y su relación con el discurso político: entre la consecuencia jurídica y la responsabilidad política.....	359
2.	La neutralidad intrínseca de los órganos constitucionales con funciones arbitrales e imparciales .....	367
3.	La comprometida neutralidad arbitral del Tribunal Constitucional .....	371
4.	La neutralidad política en el uso de los símbolos estatales al margen del periodo electoral.....	375
5.	La neutralidad del legislador en la producción jurídica.....	380
6.	La neutralidad política en la acción comunicativa del Gobierno .....	387
<b>Conclusiones.....</b>		<b>397</b>



# Introducción

No deja de resultar llamativo el hecho de que, aunque la Constitución española no hace mención en ninguno de sus enunciados normativos al término neutralidad, éste es un concepto omnipresente tanto en el debate formal e informal sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado, como en el propio debate doctrinal o académico. En cualquier caso, esta discusión sobre el deber de neutralidad de las instituciones públicas, o sobre la neutralidad constitucional, se mueve en diferentes planos que es necesario diferenciar. De todas las formas, no es esta neutralidad del constitucionalismo sobre lo que aquí queremos reflexionar a la que hemos dedicado una reciente publicación en este mismo proyecto de investigación<sup>1</sup>, sino de la neutralidad dentro del Estado constitucional, es decir, sobre cuál es el significado y el alcance de una idea, la de neutralidad del Estado que resulta sin duda difícil de aprehender, tanto por su polisemia, como por la propia dificultad con la que este concepto encaja dentro del Estado democrático, donde el poder, como expresión de la mayoría, es una expresión ideológica, y por lo tanto constitutivamente parcial desde el punto de vista político, es decir, no neutral.

La cuestión sobre el Estado neutral, en España y Europa, se centró en las últimas décadas en las tareas públicas que influyen de una manera o de otra en el ejercicio de derechos fundamentales, particularmente en la libertad religiosa y en el derecho a la educación. En el modelo de neutralidad abierta o activa, que corresponde a España en virtud de los arts. 9.2 y 16.3 CE, el Estado no solo debe preservar la libertad religiosa a través de la separación entre las funciones públicas y religiosas, sino que también tiene que cooperar para garantizar el efectivo y plural disfrute de la libertad religiosa por los individuos y las comunidades. Dicho de otra manera, la dimensión negativa del derecho fundamental exige una separación estricta del Estado y la religión, pero la dimensión positiva

---

1 GAVARA DE CARA, J. C. – DE MIGUEL BÁRCENA, J. (EDS.), *Poder, Constitución y Neutralidad*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2023

obliga a una política de derechos fundamentales objetiva que sirva para que los individuos puedan dar plenitud a las facultades que se contienen en el derecho fundamental.

El vínculo entre neutralidad y principio democrático, es decir, la exigibilidad de neutralidad política en las instituciones sería mucho más fácil de clarificar si nos ceñimos al ámbito temporal estricto de la campaña electoral. En cualquier legislación electoral es omnipresente una preocupación por establecer las condiciones de neutralidad e igualdad de armas necesarias para que el proceso de legitimación del poder político sea un proceso equitativo y creíble. El fundamento del estricto control que se hace de las instituciones públicas bajo el parámetro de la neutralidad no es otro, por lo tanto, que el de garantizar el ejercicio de los derechos de participación política, sin que haya mucha dificultad, en este sentido, para afirmar que la neutralidad de las instituciones estatales aparece aquí, de alguna manera, como una consecuencia institucional u orgánica de dichos derechos. Ahora bien, el que dichos derechos adquieran una relevancia específica en ese periodo y, por lo tanto, se intensifique la tutela de sus condiciones de ejercicio, no significa que fuera de dicho periodo los derechos de participación política no sigan requiriendo una protección para que no perezca su contenido esencial.

La falta de equidistancia o la confusión entre la institución y el partido político, expresamente vedada por la legislación electoral durante la campaña electoral, también debe de ser susceptible de control al margen de ésta, sobre la base de esa misma exigencia de neutralidad que está vinculada a la protección de los derechos fundamentales. Los propios presupuestos conceptuales del valor constitucional del pluralismo político obligan también a garantizar un mínimo de neutralidad institucional, que sería incompatible con ciertas prácticas institucionales que, en un determinado contexto de participación, impliquen un solapamiento simbólico entre la institución y una determinada opción ideológica del grado suficiente como para transmitir a los ciudadanos que no se identifican con la misma, la idea de que son outsiders o actores de segundo nivel dentro de la comunidad política.

Otro ámbito vinculado al ejercicio de una libertad con una inequívoca dimensión democrática, como es la libertad de expresión, impone por imperativo constitucional una necesaria neutralidad a las instituciones en los denominados foros públicos; es decir, aquellos espacios de dominio público que bien por tradición, o bien por una expresa decisión política han sido abiertos a la ciudadanía para que esta pueda usar los mismos para transmitir sus ideas. Quiere esto decir que, desde el momento en que una institución decide abrir un espacio al ejercicio de la libertad de expresión, el tratamiento que ésta dispense a las diferentes

opciones ideológicas tendrá que ser necesariamente equidistante e imparcial, sin que quepa en este caso apelar a su discrecionalidad política para llevar a cabo cualquier tipo de discriminación entre unos discursos y otros.

Este ámbito está relacionado con la noción de espacio público, entendido desde la perspectiva de su función para el Estado democrático que se halla en una constante y profunda evolución, marcada no solo pero también por la revolución tecnológica y la globalización multicultural. El punto de vista analítico que aquí se quiere adoptar es la de evaluar no solo la posición tradicional de los poderes públicos como garantes del ejercicio de derechos fundamentales de participación de la ciudadanía, sino la propia neutralidad de las instituciones a la hora de manejar política y simbólicamente el espacio público con fines ideológicos.

Finalmente, se exige revisar la posición de las instituciones con respecto a la producción de discurso político que afecta directamente a la participación y a la conformación de los órganos constitucionales y estatutarios. La calidad de las democracias se puede ver seriamente afectada si los poderes públicos hacen un uso partidista de los canales de los que dispone, especialmente de los medios de comunicación (art. 20.3 CE), claves para un ejercicio correcto de la soberanía por parte de los ciudadanos. Se propone revisar los mecanismos de control de los medios de comunicación pública, sobre todo teniendo en cuenta momentos en los que se requiere una especial neutralidad, como son las campañas electorales. También se intentarán analizar los límites constitucionales de la *conversación* institucional desde las plataformas digitales, como es el caso de las redes sociales: es necesario recordar, en este sentido, que los poderes públicos deben de ser neutrales porque no cuentan con derechos fundamentales como la libertad de expresión. Por último, se analiza el alcance de la acción comunicativa del Gobierno y la aplicación a dicha actividad del principio de neutralidad política en aras a la protección del pluralismo político para evitar que obtenga beneficios políticos o genere perjuicios a la oposición.



## CAPÍTULO 1

# El control de la neutralidad y los derechos fundamentales

---

■ JUAN CARLOS GAVARA DE CARA ■

---

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona

### SUMARIO

**1.** La multifuncionalidad de la neutralidad en el ámbito de los derechos fundamentales. **2.** El principio de neutralidad ideológica del Estado y el derecho a la libertad religiosa e ideológica. **3.** El principio de neutralidad en el ámbito educativo. **4.** El canon de neutralidad en la aplicación de discriminaciones indirectas. **5.** La neutralidad de la Red y las relaciones con los derechos fundamentales. **6.** El principio de neutralidad en el proceso comunicativo: el reportaje neutral.

## 1. La multifuncionalidad de la neutralidad en el ámbito de los derechos fundamentales

Los efectos jurídicos y constitucionales del principio de neutralidad dependen de las relaciones jurídicas y la vinculación material de dicho principio con un derecho fundamental concreto. En este sentido, se puede destacar, por ejemplo, el derecho de participación política en el que se exige con mayor intensidad que los poderes públicos no intervengan en dichos procesos participativos, beneficiándose directa o indirectamente o perjudicando de cualquier forma a determinadas opciones ideológicas o políticas, en el sentido de utilizar los medios de acción pública para obtener dichos resultados partidistas.

No obstante, con independencia de una exigencia de vinculación concreta del principio de neutralidad con un derecho fundamental concreto, tam-

bién se ha defendido la existencia general de la aplicación del principio de neutralidad por parte de los poderes públicos, en especial, del poder ejecutivo ante el ejercicio de los derechos fundamentales. En el caso del poder judicial, la neutralidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional forma parte de modo intrínseco de los principios de actuación subjetiva y objetiva de los órganos judiciales.

La neutralidad de los poderes públicos produce una interacción con los derechos fundamentales, cuyo análisis no se centra exclusivamente en relación con los límites a la utilización partidista de las instituciones que no está excluido, sino de una exigencia general de actitud neutral de los poderes públicos ante el ejercicio de los derechos fundamentales. Esta exigencia general de neutralidad de los poderes públicos ante el ejercicio de los derechos fundamentales es un principio general reconocido por el Tribunal Constitucional<sup>1</sup>, que permite comprobar la actitud de los poderes públicos, ya que no pueden perjudicar dicho ejercicio de modo que cualquier exceso directo o indirecto, incluso la mera sospecha de una decisión o perjuicio de tendencia que impide o restringe un derecho, se considera como vulneración de derechos fundamentales. En definitiva, frente al ejercicio de todos los derechos fundamentales se exige una neutralidad de los poderes públicos en relación con las decisiones e intervenciones que se realice en cualquier derecho fundamental, ya que dicha decisión debe dejar al margen de la misma cualquier ideología u opción política, incluido cualquier interés público o privado y mantenerse en la más estricta neutralidad. También en los derechos de prestación cualquier acción positiva o subvención que realice el poder público debe ser neutral en su contenido, sin favorecer o perjudicar cualquier opción ideológica o política.

En cualquier caso, el principio de neutralidad institucional ha desplegado la mayor parte de sus interacciones con los derechos fundamentales con carácter específico, cumpliendo en estos casos una función de ámbito material de protección y de medio de interpretación de los derechos fundamentales interrelacionados. En este sentido, las interacciones del principio de neutralidad específicas afectan a algunos derechos fundamentales como los derechos a la libertad de expresión, a la libertad ideológica, a la libertad religiosa, a la educación y a la participación política, que se examinará de forma genérica en los distintos apartados de este trabajo para determinar su contextualización, aplicación y significado en algunos derechos fundamentales concretos, con

---

1 STC 140/2014 FJ 5, STC 24/2015 FJ 4.

independencia de que en otros capítulos de este libro se aborden las relaciones con otros derechos.

El principio de neutralidad, aunque produce una mayor facilidad de aplicación en el control de las medidas represivas de los derechos fundamentales, también es relevante para la explicación de las formas de control de las actuaciones de los poderes públicos que pueden dar lugar a un control preventivo que son más intervencionistas y disminuyen la neutralidad de los poderes públicos por generar mayores dificultades para su control. En general, es precisamente en el contexto de las medidas represivas adoptadas con posterioridad al ejercicio de los derechos fundamentales en los que es más fácil controlar la neutralidad de cualquier intervención realizada por los poderes públicos. También es relevante la determinación, a efectos de la neutralidad institucional, del poder público concreto que debe realizar la intervención en el derecho fundamental, ya que puede ser el poder ejecutivo a través de una autorización legislativa expresa o el poder judicial cuando se ha establecido una reserva de jurisdicción en las intervenciones de determinados derechos fundamentales (inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones, entre otros) que implica establecer una prohibición de intervención del poder ejecutivo en dichos casos al reservar en exclusiva dicha función al poder judicial, a causa de que se considera que es necesario un poder más neutral e imparcial como el judicial a la hora de afectar al ejercicio de los derechos fundamentales.

El principio de neutralidad también afecta a la posición de garante de los derechos fundamentales de los poderes públicos. En estos casos el poder ejecutivo como poder público tiene la obligación de actuar como garante del ejercicio de los derechos fundamentales y de este modo proteger de forma activa y no abstenerse la neutralidad y la independencia por la atribución de una competencia, por lo que se plantea un principio de neutralidad del Estado en el sentido de no interferencia partidista en las relaciones conflictivas para justificar la posición de garante<sup>2</sup>. En este sentido, es numerosa la jurisprudencia constitucional en que se exige que un órgano políticamente responsable directa o indirectamente ante los ciudadanos y no un órgano de gestión sea el encargado de fijar los servicios mínimos en caso de huelga<sup>3</sup>. Al afectar al ejercicio de los derechos fundamentales se requiere que sean establecidos por un órgano con una posición supra partes y que se encuentre revestido de autoridad pública en los que concurren

2 STC 11/1981 FJ 9, STC 13/1984 FJ 4, STC 48/1991 FJ 5.

3 STC 58/2013 FJ 3.

los requisitos de neutralidad e imparcialidad precisos para apreciar todos los aspectos sociales del conflicto<sup>4</sup>. Desde otra perspectiva, también se exige a la parte empresarial la neutralidad de su conducta en relación con el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores, evitando comportamientos irregulares como la contratación de trabajadores no vinculados a la empresa en el momento de la convocatoria de la huelga<sup>5</sup>.

Desde el plano teórico no se puede obviar que los derechos fundamentales pueden cumplir una función de fundamento o de negación del principio de neutralidad, ya que puede consistir en una exigencia genérica y condición de la intervención de los poderes públicos, tal como se acaba de mencionar, pero también en su contenido responde a una serie de valores y bienes protegidos por los propios derechos fundamentales que no pueden ser concebidos de forma neutral debido a que responden a un modelo de identidad cultural y nacional. En este sentido, el planteamiento más exhaustivo es de Habermas, que considera que la identidad nacional se reduce a una cultura política común que consiste en un sistema de derechos fundamentales concebido en forma abstracta, que se integra en la democracia y el Estado constitucional. No obstante, un sistema jurídico es expresión de una forma de vida particular y no mera repetición del contenido universal de los derechos fundamentales, de modo que un Estado constitucional concreto no es ni puede ser culturalmente neutral, ya que se requiere que el proceso de formación de la voluntad política de los ciudadanos esté orientado a hacer realidad los derechos fundamentales, de forma que ésta sería la característica común a todos los miembros de una comunidad uninacional o multinacional y la base de su organización institucional política, mientras que el resto de los ingredientes culturales quedarían marginados del sistema jurídico-político, siendo la ciudadanía el fundamento de lo que denomina patriotismo constitucional<sup>6</sup>. En este sentido, Habermas considera que los titulares de los derechos son sólo los individuos, sin admitir la existencia de los derechos colectivos, que son ajenos al sistema. La ciudadanía democrática no necesita arraigar en la identidad nacional de un pueblo, requiere en cambio la socialización de to-

---

4 STC 26/1981 FJ 11, STC 53/1986 FJ 5, STC 27/1989 FJ 3, STC 8/1992 FJ 4, STC 233/1997 FJ 5, STC 193/2006 FJ 1, STC 296/2006 FJ 4, STC 310/2006 FJ 4, SZTC 36/2007 FJ 2.

5 STC 66/2002 FJ 1.

6 Sobre el planteamiento del patriotismo constitucional, vid. HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989; HABERMAS, J., «Ciudadanía e identidad nacional», en *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005; HABERMAS, J., *La constelación postnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.

dos los ciudadanos en una cultura política común, que se identifica con dicho patriotismo constitucional. El Estado constitucional concreto no es ni puede ser culturalmente neutral, pero con el objetivo de la composición de lo que llama un patriotismo constitucional europeo, dado que en Europa hay una pluralidad de Estados con sus propias culturas y con las consiguientes identidades nacionales de los ciudadanos, que requiere un proceso de componer una base ética a partir de los derechos fundamentales.

En cualquier caso, desde una perspectiva general, se plantea una exigencia global de que el Estado sea neutral para la protección de determinados aspectos del ámbito material y del ejercicio de derechos fundamentales y que suele afectar con mayor intensidad a derechos como la libertad religiosa o el derecho a la educación, constituyendo el principal ámbito específico de interacción entre el principio de neutralidad y los derechos fundamentales. El orden constitucional de la libertad religiosa exige una estricta separación entre el Estado y el fenómeno religioso, pero también se plantea una intervención a posteriori para el mantenimiento del espacio público libre de símbolos religiosos, una vinculación positiva para la cooperación con religiones y política de derechos fundamentales para dar plenitud a todos los derechos sin exclusiones personales o subjetivas u objetivas<sup>7</sup>. En el ámbito educativo, también el principio de neutralidad afecta de modo transversal e interactúa en diversos derechos y sentidos que requieren un desarrollo concreto.

No obstante, se puede destacar otro gran tema sobre el que se estructura la exigencia de neutralidad política que corresponde proteger al poder como es el espacio público, caracterizado por su multifuncionalidad con consecuencias para los derechos fundamentales. En este sentido, recientemente se han planteado numerosos supuestos como los conflictos con los derechos de reunión y de libertad de expresión, o el uso público de símbolos partidistas en instituciones. La utilización del espacio público con fines ideológicos supone límites a la hora de adoptar políticas, que requiere un análisis de la distinción entre foro público tradicional (calles, plazas, parques), foro público habilitado a la participación (internet) y foro no público (espacio privado y público sin participación) para estructurar cuál debe ser objeto de neutralidad.

Evidentemente, hay muchos puntos a tratar y múltiples significados y diferentes funciones de la neutralidad en los derechos fundamentales, que en oca-

7 STC 5/1981 FJ 9-todas las instituciones públicas han de ser neutrales.

siones afecta a los poderes públicos y su actitud ante el ejercicio de los derechos fundamentales, en otras ocasiones exige de modo objetivo que se aplique un canon neutral en la aplicación de la norma (prohibición de discriminación) o en la prestación de un determinado servicio (Red comunicativa), o incluso se puede convertir en una condición, exigencia o requisito para proteger el derecho fundamental (reportaje neutral)<sup>8</sup>. En estos supuestos, el principio de neutralidad y su interacción con los derechos fundamentales afecta sobre todo a su eficacia frente a terceros o personas privadas, es decir, se trata de derechos fundamentales que exigen una aplicación neutral en sus relaciones frente a personas privadas.

## **2. El principio de neutralidad ideológica del Estado y el derecho a la libertad religiosa e ideológica**

El principio de neutralidad ideológica conlleva la interdicción de toda intervención, injerencia o coacción por parte del Estado, incluyendo la posibilidad de aplicación de sanciones o represalias, tanto en la dimensión interna de la libertad ideológica o en el proceso de formación de las propias creencias (art. 16.1 CE), como en el momento de tránsito desde la dimensión interna hacia la dimensión externa, es decir, en el libre ejercicio de la opción entre reservar para sí o manifestar las creencias (art. 16.2 CE). Estas conductas negativas se engloban en la expresión inmunidad de coacción frente a los poderes públicos (art. 2.1 LOLR)<sup>9</sup>. La dimensión interna de la libertad ideológica, en cuanto íntima e incoercible<sup>10</sup>, no está sujeta a injerencia exterior alguna al hallarse sustraída la ideología

---

8 En estos casos se deberá tener en cuenta que además la revolución tecnológica y la globalización multicultural han permitido desarrollar un principio de exoneración de responsabilidad si se transmite lo que han realizado unos terceros, de modo que la repetición de contenidos de terceros no genera responsabilidad, como veremos uno de los principios en los que se estructura el reportaje neutral.

9 En el modelo español, el derecho de libertad religiosa implica el reconocimiento de un ámbito de libertad y una esfera de *agere licere* con inmunidad de coacción por parte del Estado o de cualquier grupo social, unido a la prohibición de obligar a nadie a declarar sobre su ideología, religión o creencias, y una inmunidad de coacción y actitud positiva por parte de los poderes públicos frente a aquellas actividades colectivas o comunitarias, sociales y públicas, que constituyen manifestación o expresiones del fenómeno religioso, de forma que existe un ámbito individual, personal, íntimo, de conciencia y otro ámbito social o colectivo, en el que se concreta su dimensión externa. Vid. STC 166/1996 FJ 2; STC 177/1996 FJ 9; STC 46/2001 FJ 2 y 4; STC 101/2004 FJ 3.

10 STC 19/1985 FJ 2.

al control de los poderes públicos por la Constitución, de forma que las ideas no pueden someterse a enjuiciamiento<sup>11</sup>. Estas conexiones entre el principio de neutralidad ideológica del Estado y el derecho a la libertad religiosa e ideológica incide en diversas problemáticas concretas.

En primer lugar, la neutralidad ideológica del Estado tiene conexiones con la regulación o prohibición de los símbolos religiosos en el espacio público, que se ha manifestado en diversos Estados de la Unión Europea en la problemática de la colocación por parte del Estado de crucifijos en los espacios públicos y en la prohibición del uso del velo islámico en ciertos espacios públicos. En el caso de los crucifijos en el espacio público se violenta la libertad religiosa negativa y el principio de aconfesionalidad, mientras que con la prohibición del velo islámico se violenta el correcto funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos conectados a la protección de los derechos de los demás involucrados en dichos servicios o el orden público protegido por la Ley<sup>12</sup>.

En cualquier caso, el uso de símbolos religiosos en los espacios públicos no constituye únicamente un problema de multiculturalismo, sino sobre todo de ejercicio de los derechos fundamentales en el espacio público. Cuando el Estado coloca crucifijos no está ejerciendo el derecho fundamental a la libertad religiosa, mientras que los ciudadanos que portan símbolos religiosos, sea un crucifijo o un velo islámico, sí están ejerciendo sus derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la propia imagen, aunque éstos sean limitables. No obstante, el principio de neutralidad ideológica o religiosa del Estado no es un obstáculo e implica un amplio margen para el desarrollo de políticas más o menos cooperativas con las religiones, pero se prefiere la neutralización cultural del espacio público para justificar la prohibición de los símbolos minoritarios en los espacios públicos<sup>13</sup>. En la

11 ATC 195/1983 FJ 3.

12 ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII (2017), pp. 217-256.

13 En este sentido, inicialmente en *Lautsi c. Italia I* (Sentencia de 3 de noviembre de 2009), el TEDH entiende que para asegurar un entorno libre era necesario prohibir todo signo religioso ostensible lo que, aplicado al crucifijo, implicaba la eliminación de un símbolo religioso de aceptación mayoritaria para no perturbar a ateos, agnósticos o laicos que eran una minoría. Sin embargo, en *Lautsi c. Italia II* (Sentencia de 18 de marzo de 2011), el TEDH aceptó que la admisión o no de símbolos religiosos en la escuela quedaba dentro del ámbito de las decisiones legítimas del Estado y concluyó que la simple presencia del crucifijo como símbolo de la religión a la que pertenece la mayoría de la población no debe entenderse como adoctrinamiento en la escuela pública. Vid. SIMON YARZA, F., «Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*,

actualidad, no es posible entender como espacio público únicamente el espacio físico sometido a dominio público, sino que también ciertos espacios privados y nuevos espacios virtuales de comunicación pública desempeñan una función semejante para el sistema político democrático a la que tradicionalmente se asigna al espacio público físico, siendo, en consecuencia, objeto de intervención regulatoria por parte del Estado<sup>14</sup>. En consecuencia, los ciudadanos que deseen que su mensaje sea admitido en el espacio público deberá buscar que concuerde con aquellos principios, valores o ideas presentes en la Constitución que el Estado quiere transmitir, porque en el espacio público el Estado debe defender dichos principios y debe evitar que se infrinjan, aunque no es admisible un concepto de libertad que no integre la posibilidad de realizar actos de proselitismo en lugares públicos, con la consecuencia de que la libertad de expresión en el espacio público ha estado vinculada a la participación política y al activismo de los derechos fundamentales por parte de las minorías<sup>15</sup>. Por el contrario, el Estado deberá mantenerse neutral en el foro público con respecto a los distintos puntos de vista que allí quieran expresarse, de tal forma que solo cuando exista un interés estatal apremiante que lo justifique podrá imponer límites a la libertad de expresión<sup>16</sup>.

---

núm. 43, 2012, pp. 911 ss.; RUIZ-RICO RUIZ, C., «Símbolos religiosos e inmigración desde la perspectiva del derecho a la igualdad» en Miguel Revenga Sánchez/Gerardo Ruíz Rico/Juan José Ruíz Ruíz (dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 299 ss.; ALAEZ CORRAL, B., «Ciudadanía democrática y límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público», en Benito Aláez Corral (coord.), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 49-51; MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Crítica, Barcelona, 2013, p. 202 y 203; WEILER, J., «Estado y Nación; Iglesia, Mezquita y Sinagoga: La sinopsis», *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, 2012, núm. 27, p. 28 y ss.; LA TORRE, M.-LLAMAZARES, D., «Debate sobre Lautsi», *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, 2012, núm. 27, p. 34 y ss.

- 14 BASTIDA FREIJEDO, F., «El concepto de «espacio público iusfundamental»» (Espacio público y ejercicio de derechos fundamentales), en Benito Aláez Corral (coord.), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 16 ss. Sobre la utilización de los símbolos en espacios escolares, ALAEZ CORRAL, B., «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, pp. 122 ss.
- 15 En el ámbito de la libertad de expresión, la regulación del gobierno no debe favorecer unos discursos frente a otros. El rechazo de las autoridades de la Universidad a incluir a una asociación universitaria de sesgo religioso dentro de un programa de ayudas a la financiación de las publicaciones elaboradas por sus organizaciones de estudiantes, fue justificado en base a que la Universidad estaría promocionando una determinada comprensión religiosa de la realidad, es decir, que no se basan en el contenido o el objeto material del discurso, sino en las propias valoraciones que se hacen sobre la materia que es objeto de debate en el foro.
- 16 VÁZQUEZ ALONSO, V. J., «La neutralidad del Estado y el problema del government speech», *Revista de Estudios Políticos*, 2017, núm. 177, p. 13-55.

En segundo lugar, se debe destacar que se puede diferenciar la neutralidad del Estado entre una neutralidad religiosa y una neutralidad ideológica. La colocación de crucifijos en los espacios públicos por el Estado compromete su neutralidad religiosa, mientras que la prohibición del uso del velo islámico en el espacio público tiende a comprometer su neutralidad ideológica, aunque indirectamente también la religiosa. En el ámbito de la neutralidad religiosa el mandato de aconfesionalidad implica la absoluta separación entre funciones religiosas y funciones estatales, en el ámbito de la neutralidad ideológica, ésta es siempre relativa y no implica una completa separación entre las funciones del Estado y de las ideologías<sup>17</sup>. La neutralidad ideológica solo se verá vulnerada cuando la opción estatal por unas u otras opciones ideológicas se produzca al margen de los procedimientos y, sobre todo, de los límites materiales que la existencia de una Constitución rígida conlleva para los poderes constituidos, vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluido su derecho a la no discriminación por razones ideológicas, o limitando esos derechos para perseguir finalidades constitucional o convencionalmente ilegítimas, es decir, que no gozan de la preferencia ideológica de la Constitución o de la CEDH. Por el contrario, no se producirá esa vulneración de la neutralidad por el hecho de que el sistema legal limite proporcionadamente el ejercicio de los derechos fundamentales para proteger alguna de las finalidades constitucional o convencionalmente legítimas.

En tercer lugar, la neutralidad religiosa del Estado, sea cual sea el término con el que se designe («neutralidad», «laicidad», o «aconfesionalidad»), y con independencia de que haya sido expresamente prevista en la Constitución como un principio o valor fundamental del Estado, la misma hace referencia al modo y manera en que deben discurrir las relaciones entre el poder público y los particulares en el ámbito de la libertad religiosa, también en los espacios públicos. La neutralidad del Estado en materia religiosa se opone inequívocamente tanto a la confesionalidad como a la hostilidad y constituye la respuesta jurídico-constitucional a la relación existente entre la libertad religiosa y el que prohíbe la confesionalidad del Estado<sup>18</sup>.

17 STC 48/2003 FJ 7.

18 EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 202-203; ROCA FERNANDEZ, M. J., «La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, p. 251. La cláusula de prohibición de confesionalidad del Estado admite diversas formulaciones que van desde la prohibición de aprobar leyes que supongan el «establecimiento de una religión» (1ª y 14ª Enmiendas a la Constitución norteamericana de 1787) o la prohibición de existencia de

El Tribunal Constitucional utiliza la expresión laicidad positiva como contraposición a laicidad negativa, con el fin de referirse al grado de separación entre el Estado y las confesiones religiosas, de modo que la primera excluye siempre todo tipo de hostilidad hacia las creencias religiosas y admite tanto la colaboración con las confesiones como la presencia de lo religioso en la vida pública, mientras que la segunda supone el diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso<sup>19</sup>, que también se suelen denominar neutralidad abierta o estricta respectivamente.

Los arts. 9.2, 16.3 y 27.3 y 9 CE optan por un modelo de neutralidad cooperativa o abierta, que permite al Estado un fomento directo de las actividades religiosas de los particulares (aspecto positivo de la neutralidad) dentro del respeto al pluralismo, a ciertas exigencias del principio de igualdad y a la separación entre las funciones estatales y religiosas, elementos todos ellos esenciales para respetar la libertad ideológica y religiosa (aspecto negativo de la neutralidad)<sup>20</sup>. La neutralidad religiosa del Estado no es concebida como un fin en sí misma, sino como el reverso de la libertad religiosa, es decir, que la neutralidad existe constitucionalmente para garantizar la libertad religiosa, siendo indiferente que dicha neutralidad sea pasiva (laicidad francesa) o activa/cooperativa (aconfesionalidad alemana, italiana o española)<sup>21</sup>. En esencia, la Constitución ha regulado un mo-

---

una «Iglesia estatal» (del aún vigente art. 137 de la Constitución alemana de Weimar), hasta la afirmación de la República como «laica» (presente en el art. 1 de la Constitución francesa), o la prohibición de que cualquier confesión religiosa tenga carácter estatal del art. 16.3 de nuestro texto constitucional.

19 STC 46/2001 FJ 4.

20 STC 46/2001 FJ 4. Sobre los aspectos positivo y negativo de la neutralidad religiosa, vid. VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (Un estudio constitucional comparado)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p.112-117; PORRAS RAMIREZ, J. M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 121 ss. Sobre los distintos conceptos de separación, aconfesionalidad y neutralidad, vid. PRIETO ALVAREZ T., *Libertad religiosa y espacios públicos*, Thomson/Civitas, Cizur Menor 2010, pp. 40. Sobre la separación entre funciones estatales y religiosas, STC 24/1982 FJ 1. Sobre la neutralidad religiosa del Estado, STC 5/1981 FJ 9 y STC 177/1996 FJ 9. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El Estado aconfesional o neutro como sujeto «religiosamente incapaz». Un modelo explicativo del art. 16.3 CE», en AAVV, *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 117– 121. Sobre la cooperación, el art. 2 LOLR, los Acuerdos con la Santa Sede de 1979 y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, por las que se regulan los acuerdos con las confesiones evangélica, israelita e islámica.

21 LLAMAZARES FERNANDEZ, D., «Laicidad, sistema de acuerdos y confesiones minoritarias en España», *Revista catalana de dret públic*, núm. 33, 2006, pp. 77-78; POLO SABAU, J.R.,