

NEUTRALIDAD Y DERECHO CONSTITUCIONAL

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Cantabria

TRC, n.º 49, 2022, pp. 239-267
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. La recepción constitucional de la neutralidad internacional. III. La neutralidad como principio relacional de los poderes del Estado. IV. De la democracia neutral a la democracia militante. V. La Constitución económica neutral. VI. Neutralidad y reglas jurisprudenciales: el caso de Estados Unidos. VII. La neutralidad de las administraciones independientes. VIII. El Estado neutral y la libertad religiosa. IX. La administración pública y la neutralidad institucional. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN¹

El lenguaje y el tiempo marcan el devenir y la estabilidad del derecho público. La incapacidad de ordenar el tiempo, por ejemplo, es una de las causas del deterioro de la Constitución: ya no solo como adecuación entre norma y realidad, sino como relación coherente entre pasado, presente y futuro². En cuanto al lenguaje, sabemos que la proliferación de palabras es un indicador de gran importancia sobre las ideas que, alcanzando una connotación determinada, se convierten en conceptos que marcan el sentido social y político de lo jurídico

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «La neutralidad institucional en el Estado constitucional» -PID2019 -106043GB - I00, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

2 CUOCOLO, L., *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2009. La relación entre Constitución y tiempo, también en nuestro trabajo MIGUEL BÁRCENA, J. de, «Tiempo y Constitución: conceptos y metodología», en FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, J. y TAJADURA TEJADA, J., *Tiempos de la historia, tiempos del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

como fenómeno histórico³. La perspectiva analítica de este trabajo no se encajará propiamente en lo lingüístico, pero asumirá alguna de sus premisas para dar cuenta, de una forma etimológica, de los distintos significados constitucionales que ha ido adoptando una palabra con gran presencia no solo en el ámbito jurídico, sino en el discurso político y comunicativo: la neutralidad.

La tesis sobre la capacidad actuante de los conceptos jurídicos sobre el mundo que tratan de ordenar no necesita ser desarrollada aquí: son piezas fundamentales para pensar lo que nos rodea e, incluso, para constituir nuevas realidades⁴. En gran medida, ello ocurre con la neutralidad, noción que acompaña como sustantivo o adjetivo a numerosas dimensiones del constitucionalismo, sin que en la mayor parte de las ocasiones nos paremos a dilucidar con rigor su significado. El resultado es muchas veces una logomaquia, un conflicto léxico que atiende más a las palabras y no tanto al fondo histórico e ideológico que las determina. Nótese que la neutralidad comparte además con otras nociones características alotrópicas, como es el caso de la objetividad administrativa, la imparcialidad judicial o la independencia orgánica, lo que dificulta mucho su caracterización. Con respecto a esta proliferación y falta de rigor semántico, no puede dejar de llamarse la atención sobre aquello que nos advertía Koselleck: el lenguaje político y constitucional es inestable porque estamos ante una realidad viva y cambiante donde los conceptos sufren variaciones en su significado a lo largo del tiempo⁵.

La metodología de este estudio será descriptiva, tratando de dar cuenta de una forma externa de los distintos significados que la neutralidad ha tenido en el derecho constitucional. Por ello basculará entre la aplicación jurisprudencial, el enfoque doctrinal y los desarrollos históricos y comparados que ha tenido en lo que con dificultad podríamos calificar como Teoría de la Constitución. Si se opta por este acercamiento plural, es porque como se verá en nuestro caso, las palabras suelen dar sentimiento de seguridad o causar una inmediata aceptación en el discurso jurídico, pero su propagación produce en ocasiones una ilusión científica sobre su exactitud y una máscara vacía que esconde intenciones ideológicas no declaradas⁶.

La Teoría del Estado y el Derecho constitucional están íntimamente vinculados a la idea de neutralidad, lo que puede explicar la actual expansión del concepto. Recuérdesse que la aparición y consecuente justificación del Estado moderno estuvieron fuertemente condicionadas por las guerras de religión: comenzó con autores como Hobbes, Bodino o Locke una tradición que entendía el derecho y el

3 Un buen ejemplo de lo que decimos, es la importancia que alcanzaron los conceptos revolucionarios en el devenir del derecho público moderno, como mostró en su análisis GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

4 Como señala en su estudio sobre la genealogía del concepto en el derecho público DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 52.

5 KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Por una semántica de los tiempos históricos*, Paidós, Barcelona, 1993.

6 Estas y otras cuestiones se ponen de manifiesto en el trabajo de MOREU CARBONELL, E., «Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del derecho», *Revista de derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020, pp. 313-362.

Estado como un conjunto de normas neutrales que deberían ser el soporte del desarrollo posterior de la libre conciencia de los ciudadanos. El constitucionalismo y uno de sus elementos liberales más característicos, la aparición de cartas de derechos del hombre y del ciudadano, se justificaron en la necesidad de garantizar el ejercicio de la libertad religiosa a todos aquellos que no profesaban los credos oficiales⁷. Más contemporáneamente, la construcción de las teorías de la justicia (Rawls, Dworkin o Kymlicka) se han asentado en un concepto previo de moralidad acordada que después, mediante la aplicación de reglas constitucionales neutrales, deja paso a las diferentes visiones de lo que cada individuo considere la vida buena. Esta premisa aséptica, como se sabe, ha sido cuestionada desde el mismo momento en que la Constitución y el Estado contienen un fondo ético sobre los bienes primarios, como la salud, la integridad corporal, la riqueza o la dignidad personal, que orientan de manera determinante concepciones de la vida que se ajustan mejor a la cosmovisión liberal⁸.

En cualquier caso, más allá del fondo moral de los sistemas normativos, se trataría de ir rastreando los círculos semánticos en los que la neutralidad y el derecho constitucional coinciden, tratando de observar los orígenes de dicha coincidencia a partir de parcelas sin demasiada coherencia interna: la democracia, la separación de poderes, la Constitución económica, la jefatura del Estado, las autoridades independientes, la libertad religiosa y la objetividad de la administración. Cada una de estas parcelas —elegidas de forma discrecional— ocupará un epígrafe en las siguientes páginas, tratando de componer una especie de brevario o diccionario de la relación histórica entre el concepto de neutralidad y el derecho constitucional. Comenzaremos por la neutralidad internacional, al fin y al cabo la Real Academia Española señala en una de sus acepciones que es neutral «quien no participa en ninguna de las opciones en conflicto o dicho de una nación o Estado que no toma parte en la guerra movida por otros».

II. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NEUTRALIDAD INTERNACIONAL

La neutralidad designa originalmente la situación de un Estado en el marco de las relaciones internacionales, sobre todo en el contexto de conflictos individuales

⁷ CELADOR ANGÓN, O., *Orígenes históricos constitucionales del principio de laicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. La importancia del ingrediente religioso en el desarrollo del constitucionalismo es una de las tesis del conocido trabajo de Jellinek sobre el origen de los derechos fundamentales. Ver en JELLINEK, G., BOUTMY, E., DOUMERGUE, E. y POSADA, A., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp. 97-106.

⁸ En el caso de Rawls, ver SELEME, H.O., *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004. En términos generales, véase la crítica de GRAY, J., *Las dos caras del liberalismo*, Página indómita, Barcelona, 2021.

y colectivos. Por «Estado neutralizado» hay que entender un estatus jurídico que consiste en la creación de un régimen particular para un Estado y que se manifiesta en una limitación en cuanto a no iniciar ninguna guerra —excepto, lógicamente, las defensivas— y en no contraer ninguna clase de obligaciones internacionales que puedan indirectamente implicarlo en una guerra⁹. Por lo general, diríamos que la categoría de Estado neutral tenía su sentido, como veremos a continuación, en el ámbito del derecho internacional decimonónico, donde los Estados estaban lejos de institucionalizar la sociedad internacional y los conflictos no tenían un carácter universal¹⁰.

Junto al Estado neutralizado, surgen otras categorías similares aunque no plenamente coincidentes. En tal sentido, durante el periodo de la Guerra Fría se hablaba de «neutralismo», que es una actitud política, no una institución de derecho internacional. Esta actitud fue típica de los países que llegaban a la independencia tras la descolonización y de aquellas naciones no alineadas que no querían tomar parte en el conflicto Este-Oeste. También solía hablarse de «neutralización de una zona», que significa crear ámbitos territoriales no estatales, con un régimen jurídico particular, teniendo como consecuencia el hacer ilegales todas las operaciones para las que materialmente se ha declarado neutral determinado tipo de política¹¹. Por último, se apuntaban diferencias entre neutralidad permanente, cuyo ejemplo secular lo constituye Suiza, y la neutralidad ocasional, que consiste en que un Estado, ante una situación bélica determinada, declare, unilateralmente, su voluntad de abstenerse en la misma, teniendo derecho a que se le respete la inviolabilidad de su territorio y a mantener relaciones pacíficas con los Estados beligerantes y neutrales.

Para lo que a nuestro trabajo interesa, es importante apuntar que si bien, en la mayor parte de las ocasiones, la neutralidad surge de la praxis convencional y el reconocimiento de terceros, esta también puede aparecer a partir de figuras jurídicas internas: es lo que se conoce como *autoneutralización* o neutralización constitucional. En estos casos, la neutralidad de un Estado se manifiesta en un instrumento de orden interno donde se adopta un programa de conducta en sus relaciones con otros Estados el de ser neutral¹². El caso más representativo es el de Austria, que en octubre de 1955 aprobó una Ley Constitucional con el fin de afirmar su independencia frente a los intereses extranjeros y la inviolabilidad de su

9 OPPENHEIM, L., *Tratado de Derecho internacional público*, J.M. Bosch Editorial, Barcelona, 1966, Tomo I, Vol. I, p. 257. Díez de Velasco añadía que la categoría de Estado neutralizado tenía que tener origen en un acto internacional de naturaleza convencional y ser permanente en el tiempo. DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 202.

10 SIMMONDS, K.R., «The Community and the neutral States», *Common Market Law Review*, Vol. 2, n.º 1, 1964, p. 7.

11 Aunque lo normal ha sido la creación de zonas «desmilitarizadas» (por ejemplo, Islas Aaland), se distinguen otras neutralizaciones como las relativas a la desnuclearización, la utilización de zonas con fines pacíficos (la Antártida) o las «zonas de paz». Al respecto, NOVAK, F., «La neutralidad en el derecho internacional contemporáneo», *Agenda Internacional*, Vol. 3, n.º 7, 1996, p. 114 y ss.

12 SERENI, A.P., *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 1958, Tomo II, p. 540.

territorio, así como el interés de mantener la tranquilidad y el orden interno. Para ello, se declara neutral y se compromete a no adherirse a ninguna alianza militar ni a permitir que existan bases militares en su territorio. A través de una norma constitucional interna se llega a una neutralidad permanente —y no de conveniencia— que como ya advirtió tempranamente Verdross, no resultaba incompatible con el sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas¹³.

La potencia del acto constitucional interno para configurar la neutralidad suele ser relativa y no excluye el uso de otras fuentes más flexibles o un origen que puede situarse en el reconocimiento previo del derecho internacional¹⁴. Por ejemplo, Malta, que proclamó unilateralmente su neutralidad a través de una reforma constitucional en enero de 1987, llegó a ese estatus jurídico después de una declaración gubernamental de mayo de 1981 que encontró reconocimiento en la Unión Soviética y Francia y de la que después tomó nota la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación celebrada en Madrid en 1983, donde se invitó a todos los Estados a respetarla. En otras ocasiones, la norma constitucional sirve, precisamente, para abandonar la neutralidad: este fue el caso de Luxemburgo, que si bien había sido convertida en soberana en el Tratado de Londres de 1867, que además la declaraba neutral y permanentemente desmilitarizada, abandonaba la neutralidad mediante reforma constitucional en 1948 e ingresaba en la OTAN con posterioridad¹⁵.

Pero es sin duda Suiza quien se presenta como el paradigma de «Estado neutralizado». La neutralidad helvética data de su no intervención desde el final de la Edad Media en los conflictos religiosos primeros y nacionalistas después. En 1521 firmó su primer Tratado de neutralidad con Francia, que fue posteriormente renovado en 1663. Posteriormente, con motivo del Congreso de Viena, Austria, Portugal, Prusia y Rusia (España y Suecia se adhirieron después), hicieron una Declaración el 20 de marzo de 1815 sobre los negocios de la Confederación Helvética, confirmada con posterioridad en una Declaración firmada en París el 20 de noviembre siguiente. La Constitución de la Confederación Helvética de 1848,

13 VERDROSS, A., «Austria, Neutrality and the United Nations», *India Quarterly*, Vol. 16, n.º 1, 1960, pp. 29 y 30. Recuérdese que la Ley Constitucional de Austria llegó unos meses después del Memorándum de Moscú (abril de 1955) y el Tratado Estatal de mayo de 1955, donde las cuatro potencias ocupantes de Austria, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética, declaraban restaurar la independencia plena de Austria sometida a ciertas condiciones, como la de no tomar parte en alianzas militares.

14 Como es el caso de la Ley de Neutralidad de 1794 —reemplazada en 1817— del Congreso de los Estados Unidos, que prohíbe hacer la guerra con cualquier país que esté en paz con los propios Estados Unidos.

15 El abandono de la neutralidad de Luxemburgo fue consecuencia lógica de su invasión y ocupación alemana durante la II Guerra Mundial. Recuérdese igualmente el caso de Bélgica: al separarse de Países Bajos, mediante el Protocolo de 20 de enero de 1831, Austria, Inglaterra, Francia, Prusia y Rusia le otorgaron el estatuto de neutralidad permanente, estatuto que abandonó tras ser invadida por Alemania en a I Guerra Mundial y que encontró reflejo en el art. 31 del Tratado de Versalles. NEUHOLD, H., «Permanent Neutrality in Contemporary International Relations: A Comparative Perspective», *Irish Studies in International Affairs*, Vol. 1, n.º 3, 1982, pp. 13-26.

incorporó en consonancia con este reconocimiento convencional, el deber del Consejo Federal de mantener la neutralidad de Suiza en el art. 90.6, disposición que se ha mantenido hasta hoy en día en los mismos términos. La praxis suiza, vertebrada en un difícil equilibrio entre medios y fines (mantener su cohesión interna dada su pluralidad étnica, lingüística y nacional), hace difícil atribuir un contenido concreto a la norma constitucional que fija la neutralidad, porque este es un principio que adquiere una dimensión muy distinta en el marco de los sistemas de seguridad colectiva, la extensión de los procesos de integración regional y la propia reconfiguración de las relaciones económicas en la globalización¹⁶.

III. LA NEUTRALIDAD COMO PRINCIPIO RELACIONAL DE LOS PODERES DEL ESTADO

Benjamin Constant y Carl Schmitt, separados por un siglo de desarrollo de derecho público constitucional, fueron dos autores que atribuyeron a lo neutral —nótese que como adjetivo— una gran importancia a la hora de regular la relación de los poderes del Estado. Como veremos en las próximas páginas, el primero tenía como objetivo defender a la sociedad burguesa de los excesos de los poderes públicos, mientras que el segundo pensó positivamente lo neutral como una cualidad del jefe del Estado que sirve para defender a la Constitución de la propia sociedad.

1. Benjamin Constant y la tesis del rey neutral

Como es de todos conocido, Benjamin Constant sostenía que existían una serie de principios generales que deben regular la vida de las sociedades y que son válidos en todos los tiempos y lugares¹⁷. Esos principios se resumen en el triunfo definitivo de la soberanía popular y el despliegue de una forma de libertad centrada en el goce individual y privado. La modernidad abriría, además, un sentido del tiempo progresivo incompatible con la circularidad y la sociedad estática de la democracia de los antiguos. Partidario del sufragio censitario, algo frecuente entre los liberales de su época, Constant consideraba que los derechos no podían ser enajenados o violados por una mayoría coyuntural: con ello pone sobre el tapete, a comienzos del siglo XIX, la necesidad de desplazar la soberanía del lenguaje constitucional y la importancia de construir la democracia en torno a la protección de la minoría política¹⁸.

¹⁶ Ver, a este respecto, el completo trabajo de CHADWICK, E., *Tradicional Neutrality Revisited. Law, Theory and Case Studies*, Kluwer Law Internacional, La Haya-Londres-Nueva York, 2002.

¹⁷ CONSTANT, B., *Principios de política aplicables a todos los pueblos*, Katz Editores, Madrid, 2010.

¹⁸ «La soberanía del pueblo no es ilimitada; está circunscrita a los límites que señalan la justicia y los derechos de los individuos», en CONSTANT, B., *La libertad de los modernos*, Alianza, Madrid, 2019, p. 124.

Desde este punto de vista, observa que la praxis del *constitucionalismo* revolucionario que le tocó presenciar, podía conducir a la negación de los principios universales que proclamaba y, lo que es más importante, a oprimir los nuevos derechos y libertades de los ciudadanos. Por ello, el legislativo, ejecutivo y judicial son tres poderes que no deben separarse completamente, sino cooperar y contrarrestarse mutuamente, cada uno desde su esfera, contribuyendo al movimiento general del Estado: «En vano se dividirán los poderes: si la suma total del poder es ilimitada, los poderes divididos no tienen más que formar una coalición y el despotismo será inevitable. Lo que nos importa es que nuestros derechos no puedan ser violados por uno de los poderes sin la aprobación del otro, sino que ningún poder pueda transgredirlos»¹⁹. En consecuencia, Constant busca la suerte de un «poder preservador» que se sitúe de forma neutral entre el poder legislativo y ejecutivo, un poder que sea, por así decirlo, el poder judicial de los otros poderes. Ese poder será la jefatura del Estado, porque si bien en sus *Fragmentos* Constant había coqueteado con la idea de que fuera un órgano colectivo seguramente similar a la Cámara de los Lores inglesa, finalmente se inclina por un órgano unipersonal preferentemente monárquico²⁰.

Se ha discutido mucho sobre si la teoría del poder preservador fue un instrumento para restaurar la monarquía tradicional con nuevos ropajes, eludiendo pronunciamientos más claros como por ejemplo, los de Chateaubriand. Más allá de cómo se fue rearmando la prerrogativa regia (véase la contradictoria evolución de la institución en España), diríamos que Constant estaba pensando en un sofisticado modelo de control de decisiones del Estado, introduciendo en la gramática política el concepto de neutralidad con el fin de limitar los efectos de los conflictos entre órganos constitucionales. Ese poder neutral está lejos de ser un poder *apolítico* o neutralizado. Recordemos que en un momento concreto de los *Fragmentos* se cuestiona por qué no incorporar el poder preservador al poder judicial: «Porque es imposible pasar de una autoridad discrecional al ejercicio de una autoridad sujeta a normas», como sería el caso de la actividad de jueces y magistrados²¹.

La neutralidad de la jefatura del Estado en Constant tiene unas características muy concretas: no es, pese a lo que acabamos de señalar, un poder activo. El rey no puede proponer leyes contrarias al «espíritu del siglo». Ese es el motivo por el que se separa al jefe del Estado del poder ejecutivo: es a éste último a quien

19 CONSTANT, B., *Principios de política*, Aguilar, Madrid, 1970, p. 13.

20 Como se sabe, Constant no hizo suya la propuesta de jurado constitucional de Sieyès durante el período revolucionario: quizá ello se deba a que el pensador suizo era contrario a incorporar instituciones que no estuvieran enraizadas socialmente. Porque si algo caracterizó a Constant es que su liberalismo consistía en arraigar socialmente los órganos del Estado y la propia Constitución. Un jurado constitucional sería menos aceptable que una monarquía que pervivía en el corazón de los franceses y europeos. CONSTANT, B., *Una Constitución para la República de los Modernos (Fragmentos de una obra abandonada sobre la posibilidad de una Constitución Republicana en un gran país)*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 254.

21 CONSTANT, B., *Una Constitución para la República de los Modernos*, op. cit., p. 205.

corresponde ejercer la dirección política del Estado mediante la iniciativa legislativa. Ahora bien, el jefe del Estado tiene la función de actuar cuando se produzcan crisis graves en el sistema político: es un poder que se vuelve dinámico para favorecer la estabilidad teniendo en cuenta determinados conglomerados de opiniones y sin estorbar el progreso individual²². La neutralidad, apoyada en la vieja *auctoritas* romana, se puede entender entonces como un principio pensado para presidir la relación entre los órganos del Estado, pero con el objetivo de proteger los espacios de libertad ganados al antiguo régimen: como señaló Pérez Royo, no tendría como finalidad orientar la actividad de las instituciones, sino salvaguardar la sociedad burguesa de sus posibles excesos²³.

2. Carl Schmitt, la neutralidad y la defensa de la Constitución

Schmitt, gran lector y conocedor de la obra de Constant, incorporará la noción de neutralidad en el derecho constitucional durante periodo de entreguerras. En su famosa conferencia de Barcelona de 1929, el autor alemán presenta dos concepciones de la neutralidad, una positiva y otra negativa²⁴. En cuanto a esta última, considera al liberalismo y el positivismo presentes en Weimar como factores de amañamiento del Estado, en el sentido de que este tenía la tarea principal de hacer precipitar el derecho en tiempos de crisis. El pluralismo económico y territorial y la especialización de la política como remedio al desgobierno partidista impedirían, de este modo, hallar el verdadero sentido de lo político, entendido no como búsqueda del enemigo, sino como capacidad de decisión del Estado para resistir al desorden y hacer frente a las crisis.

Pero la neutralidad también podía tener dimensiones positivas: Schmitt entendía que en la categoría de medidas que podían contribuir a la decisión, frente a las normas positivas legales o las órdenes concretas, podían hallarse actos que, partiendo de cierta neutralidad, contribuirían a resolver conflictos. Este era el caso de las sentencias judiciales, los dictámenes vinculantes de los expertos, o las resoluciones de mediadores externos llamados para resolver disputas entre terceros, como era el *podestà* que reemplazaba el consejo de los cónsules que gobernaba los municipios italianos medievales a partir del siglo XII²⁵. En cualquier caso, la presencia del principio de neutralidad en la *Teoría de la Constitución* estaba

²² *Ibidem*, p. 234.

²³ PÉREZ ROYO, J., «La jefatura del Estado en la Monarquía y en la República». En LUCAS VERDÚ, P. (Dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, UCM, Madrid, 1979. Para comprender la neutralidad de la jefatura del Estado en el caso español, ver GARCÍA, E., «El Rey en la Constitución de 1978: el cometido de la Monarquía en una democracia con pretensión de veracidad», *Revista de Derecho Político*, n.º 105, 2019.

²⁴ SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 107-123.

²⁵ SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, *op. cit.*, p. 130.

vinculada a las decisiones del jefe del Estado que podían servir para reconducir la unidad del ordenamiento y defender la Constitución.

La Constitución de Schmitt es dual: se distingue entre leyes constitucionales y Constitución. Las primeras son propias del constitucionalismo decimonónico y tienen como misión limitar a los órganos del Estado. Frente a ese concepto disperso —pero necesario— se alza un concepto global o sustantivo de Constitución, producto de la decisión constituyente, caracterizado por una serie de elementos intangibles que dan sentido existencial a la vida de la comunidad política: la soberanía, la forma de Estado o los derechos fundamentales²⁶. Las leyes constitucionales limitan al Estado, pero las cláusulas de intangibilidad, destinadas a limitar de forma material procedimiento de reforma en sentido estricto, defienden a la Constitución de la propia sociedad representada en un parlamento discutidor y convertido en fuente de inestabilidad gubernamental²⁷.

La Constitución de Weimar confirió amplios poderes al presidente del Reich, en consonancia con un modelo plebiscitario enfocado a contener los excesos y la inestabilidad del parlamentarismo²⁸. De las facultades expresamente atribuidas al jefe del Estado, entre ellas la posibilidad de relacionarse directamente con el pueblo mediante el referéndum, las más relevantes estaban probablemente recogidas en el art. 48 CW. Este artículo autorizaba al presidente del Reich a recurrir al uso de poderes extraordinarios para imprimir energía al Estado cuando este fuera incapaz de hacer discurrir el derecho con normalidad. Se trataba del precepto que según Schmitt atribuía también la función efectiva de defensa de la Constitución al jefe del Estado: pero se trata, sobre todo, de una defensa efectiva frente al parlamento y una nueva sociedad de masas que solo podría ser encauzada mediante el método aclamativo²⁹.

Schmitt asentó su propuesta del defensor político de la Constitución en la noción de *neutralidad*: el jefe del Estado, que en Weimar era elegido directamente por el pueblo, encarnaba los valores de unidad e independencia de la nación alemana y estaba en mejores condiciones que un Tribunal para proteger la Constitución global de la propia sociedad. Nótese que si para Kelsen, el Estado era básicamente derecho, resultaba lógico que el guardián de la Constitución fuera un tribunal de derecho, que tuviera como misión fundamental proteger los derechos de la minoría mediante el control de los actos del Estado³⁰. En cualquier

26 SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2003.

27 Estas y otras cuestiones, en confrontación más o menos directa con Kelsen, en MIGUEL BÁRCENA, J. y TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Derecho y política en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar, Madrid, 2019, 2.ª edición.

28 Parlamentarismo que el propio Schmitt criticó duramente en SCHMITT, C., *Los fundamentos histórico — espirituales del parlamentarismo en su situación actual y la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*, Tecnos, Madrid, 2018.

29 SCHMITT, C., *El defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 207-237.

30 KELSEN, H., *Escritos sobre la democracia y socialismo*, Debate, Madrid, 1987, p. 152. Ese «guardián de la Constitución» culminaba una construcción teórica pura desde el punto de vista racional: no es necesario un

caso, la cualidad de la neutralidad presidencial reivindicada por Schmitt quedaba en entredicho porque no existía un estatuto de independencia que solo podía otorgar jurídicamente la herencia monárquica: el presidente del Reich era elegido democrática y directamente por el pueblo mediante el posicionamiento de los partidos, pudiéndose presentar eventualmente como miembro de un poder ejecutivo que en el planteamiento aludido también podía ser una amenaza para la propia Constitución³¹.

IV. DE LA DEMOCRACIA NEUTRAL A LA DEMOCRACIA MILITANTE

En el periodo de entreguerras, la noción de neutralidad también tuvo presencia dentro del debate sobre la defensa de la democracia: en dicho debate alcanzó una dimensión adjetiva y peyorativa por quienes la usaban. La caída de numerosas democracias en manos de regímenes fascistas desató un intenso debate tras la II Guerra Mundial sobre qué se pudo hacer para defender las democracias surgidas a la par que la República de Weimar y sobre quién debía recaer la culpabilidad metodológica del fracaso. En Alemania, autores como Kaufmann, Leibholz, Brunner o Niebuhr apuntaron al positivismo de Hans Kelsen y su escuela como los responsables de haber vaciado de valores la democracia. Se sumaban a las acusaciones vertidas por el propio Hermann Heller antes del colapso nazi: «entre una juventud ansiosa de fundamentos éticos y hambrienta de realidad no es pequeña la potenciación, por las vacías abstracciones de este pensamiento nomocrático, de la idea de Dictadura»³².

Kelsen contribuyó, es verdad, a confundir a la audiencia con su persistencia en la posibilidad de un suicidio lógico de la democracia. En 1932, en los prolegómenos de la caída de Weimar, afirmó que «Una democracia que se impone sobre la voluntad de la mayoría, que trata de afirmarse mediante la violencia, ha dejado de ser una democracia»³³. En la misma línea, Richard Thoma señaló que la «idea de autodeterminación es atrevida, pero sublime en su consistencia lógica», en el sentido de que el Reich alemán podía reformar sin límites la Constitución de 1919 y, teóricamente, darse cualquier sistema político. Lo cierto es que tanto Thoma como Kelsen, solían diferenciar entre teoría y praxis (valor y esencia) cuando explicaban los límites a los que puede enfrentarse un cambio de

jefe del Estado para resolver conflictos, porque es posible innovar otras instituciones técnicas, como el Tribunal Constitucional, que asuma las funciones que antes ejercía el monarca o el presidente de la república.

31 Contradicción detectada por Kelsen en su polémica directa sobre el asunto con Schmitt; véase KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 301.

32 HELLER, H., *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

33 KELSEN, H., «Defensa de la democracia», en BERNAL, C. y PORCIUNCUA, M. (Eds.), *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2017, p. 375.

régimen total siguiendo los cauces legalmente previstos: por ejemplo, la presencia de otros «legisladores» como el referéndum, la justicia constitucional o la apelación a la opinión pública para defender los intereses de las minorías y la estabilidad del sistema político³⁴.

Esta teoría de la democracia positivista —o formalista— fue calificada habitualmente como «neutral» durante y después de Weimar³⁵. De nuevo, hay que recurrir a Schmitt y en particular a su conocido *Legalidad y legitimidad*, para comprender el sentido del adjetivo aludido. Al margen de la «doble Constitución» antes aludida, para el autor de Plettenberg la Constitución de Weimar resultaba contradictoria porque contenía una decisión clara a favor de un sistema de libertad «liberal» —sistema de derechos burgueses, como la propiedad o la libertad religiosa— pero a la vez incorporaba un poder de reforma sin límites, sometido a la dictadura de la mayoría acrítica y funcional (los 2/3 del art. 76). Como consecuencia de ello —ya era posible atisbarlo en el verano de 1932— la democracia podía dar paso a una dictadura comunista o nazi sin violar la Constitución positiva.

Para Schmitt, la Constitución de Weimar construía un «Estado legislativo» basado en la *neutralidad*: la ausencia de límites al pluralismo en el mecanismo de reforma constitucional abría una *chance* para los enemigos que se disputaban la hegemonía política. Quien venciera gracias a la consideración aritmética de la decisión, podía ilegalizar al contrario y establecer el régimen político que deseara más allá de toda consideración filosófica. Contrariamente a lo que se ha dicho, Schmitt no propuso explícitamente, en la versión original de *Legalidad y legitimidad*, anudar la incorporación de cláusulas de intangibilidad a la posibilidad de ilegalizar partidos políticos que amenazaran la democracia: esta fue una reivindicación a posteriori, que realiza en su primer comentario anónimo a la Ley Fundamental de Bonn y que puede leerse, por ejemplo, en la introducción a la primera edición del libro en español³⁶. Descartado el Tribunal del Reich como defensor de la Constitución, el último garante de todo el derecho de Weimar serían una ley y una legalidad «neutrales» frente a todo contenido válido y que ya no retiene más que algunas características formales inanes como la certeza, la publicidad o la duración³⁷.

Se ha discutido mucho sobre si Schmitt pretendió con sus propuestas «salvar» la democracia liberal de Weimar: no nos corresponde ventilar ahora esta cuestión. Sea como fuere, siguiendo la estela de lo ocurrido en Alemania y otros

34 THOMA, R., «The Reich as Democracy», en JACOBSON, A. y SCHLINK, B. (Eds.), *Weimar. A jurisprudence of crisis*, University California Press, California, 2003, p. 170.

35 Las diferentes concepciones de la democracia en Weimar, en CADWELL, P. C., *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Duke University Press, Durham y Londres, 1997, pp. 85-120.

36 SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971.

37 SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada, 2006, p. 25.

países europeos, Karl Loewenstein se enfrentará a la idea de democracia «neutral» contraponiéndola a la noción de democracia «militante»: el adjetivo supone incorporar a la democracia un contenido material incompatible con su pluralismo y una serie de instrumentos de defensa iliberales frente al fascismo, que se describe como una técnica emocional de acceso al poder³⁸. Según Loewenstein, la defensa de la democracia tiene que realizarse limitando y suspendiendo, temporalmente y si fuera necesario, los derechos de aquellos que quieren derrocarla. La democracia constitucional sería una forma de poder racional que, en principio, no puede enfrentarse a sus enemigos imponiendo una ideología sustantiva, sino desenterrándoles del juego político de la participación, para lo cual no puede permanecer neutral en la arena política³⁹.

Algunos han venido a señalar que, en realidad, pese a sus esfuerzos por alejarse de una fórmula axiológica, Loewenstein y su modelo militante supone la incorporación de potestades legislativas y ejecutivas a los órganos del Estado para identificar a los enemigos del liberalismo y después aplicarles medidas iliberales: en realidad no estaríamos saliendo del canon *schmittiano*⁴⁰. Cabe recordar, en tal sentido, que en la ilegalización del Partido Comunista por parte del Tribunal Constitucional alemán, se tuvo que lidiar con esta contradicción: los dirigentes del Partido señalaron que el contenido del art. 21.3 de la Ley Fundamental de Bonn, que prohíbe las formaciones que tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen de libertad y democracia, resultaba incompatible con un orden pretendidamente libre y democrático. La respuesta del Tribunal Constitucional fue que el art. 21.3 resultaba «una concesión a la «democracia militante», una opción consciente de la voluntad político — constitucional basada en la experiencia, que hacía imposible que el Estado tuviera una posición *neutral* frente a los partidos en una encrucijada histórica determinada»⁴¹. La sentencia incorpora la importancia de los valores en la reconstrucción de la sociedad alemana tras la guerra: Mannheim, que trabajaba desde Inglaterra en 1944 para dicha reconstrucción, señaló en su conocido informe «que la Alemania de entreguerras había sido víctima del totalitarismo y del *laissez-faire* liberal y positivista que había *neutralizado* axiológicamente la democracia»⁴² (cursivas nuestras).

38 Sobre el equívoco concepto de fascismo, ver PAXTON, R.O., *Anatomía del fascismo*, Capitán Swing, Madrid, 2019.

39 LOEWENSTEIN, K., «Militant democracy and Fundamental Rights. I», *The American Political Science Review*, Vol. 31, n.º 3, 1937, pp. 417-432. Sobre la democracia militante en tiempos contemporáneos, ver MÜLLER, J.-W., «Militant democracy», en ROSENFELD, M. y SAJÓ, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, New York, 2012.

40 INVERNIZZI, C. y ZUCKERMAN I., «What's Wrong with Militant Democracy?», *Political Studies*, Vol. 65, n.º 1, 2017, pp. 182-199.

41 La referencia en NIESEN, P., «Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civil Society: Three Paradigms for Banning Political Parties», *German Law Journal*, Vol. 3, n.º 7, 2002, pp. 1-37.

42 Literal en MANNHEIM, K., *Diagnóstico de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944, p. 41.

V. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA NEUTRAL

El lector conoce bien la problemática metodológica en torno al concepto de «Constitución económica»: si alcanza un sentido prescriptivo, estaríamos ante el intento de superponer la Constitución material a la Constitución formal, con todo lo que ello implica desde el punto de vista de la capacidad del derecho constitucional para tratar de ordenar la realidad pluralmente. Si se adopta un sentido descriptivo, simplemente se renunciaría a encontrar el sentido y la sistemática de aquellas normas que en la Constitución tratan de abordar la economía. Recordemos que nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC), en la sentencia 1/1982 (FJ 1) definió la Constitución económica como el conjunto de «normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la libertad económica». Con razón se afirmó que este planteamiento renunciaba a expresar si la Constitución de 1978 contenía un sistema económico concreto, situando la polémica en una dimensión lingüística que abría la puerta a hablar de otras Constituciones parciales sin más consecuencias para la estructura lógica de la Norma Fundamental⁴³.

La Constitución española, a través de los arts. 33 y 38, establece un sistema económico capitalista sobre el que desplegar distintas políticas económicas, respetando los derechos fundamentales del Título I y las obligaciones derivadas del Estado social⁴⁴. El propio TC parece haber reconocido esta situación a tenor de la incidencia del derecho comunitario y la reforma del art. 135 CE (STC 108/2014, FJ 5)⁴⁵. No se llega, en cualquier caso, a formular un concepto de Constitución económica fuerte tal y como se pensó en el periodo de entreguerras por la Escuela ordoliberal de Friburgo representada por Eucken y Böhm: la configuración de una doble Constitución, donde las reglas jurídicas de la economía servirían para defender de la democracia el correcto funcionamiento de la estabilidad monetaria, el libre mercado, la continuidad de la política económica y la libre iniciativa empresarial⁴⁶.

Es en el marco de esta discusión donde alcanza sentido la discusión sobre la Constitución económica *neutral*. Este concepto no es tan lejano de la noción inicial adoptada por nuestro TC, que encontró sin embargo una concreción más acabada en el conocido voto particular de Luis Díez — Picazo a la STC 37/1981: nuestra doctrina y jurisprudencia se hacían eco de la polémica que había surgido en Alemania tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, en la que unos plantearon que esta consagraba un sistema económico que a la postre serviría para evaluar materialmente las decisiones del poder público (Nipperdey), y otros defendían que

43 ALBERTÍ ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Barcelona, 1995, p. 192.

44 CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Civitas, Madrid, 2006.

45 MEDINA GUERRERO, M., «La reforma del art. 135 CE», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, 2012, pp. 131-164.

46 COCOZZA, F., «Riflessioni sulla costituzione economica», *Diritto dell'economia*, n.º 1, 1991, pp. 71-90.

la Constitución de la República Federal era neutral porque no se había decantado ni por un sistema ni por una política económica concreta (Krüger)⁴⁷. Como es de todos conocido, el Tribunal Constitucional Federal zanjó la cuestión decantándose por este último parecer en la sentencia de 1954 sobre la ley de la ayuda a la inversión y en la decisión de 1979 que abordó la constitucionalidad de la cogestión: el legislador puede perseguir la política económica que considere adecuada en su momento, respetando la Constitución y en particular los derechos fundamentales.

Desde este punto de vista, resulta necesario advertir que la neutralidad no parece evocar aquí ausencia de posición política o ideológica. La existencia misma de normas constitucionales en materia económica —habilitaciones, límites, competencias y principios— evidencia que la Constitución tiene interés en el proceso económico más allá de la base teórica del *laissez faire*. El propio ordoliberalismo reconoció la necesidad de que el poder público regulara el mercado para contener los excesos de los oligopolios y proponiendo formas de procura existencial mínimas que hicieran funcional la institución⁴⁸. La referencia a los derechos fundamentales como diques de la actuación del legislador en materia económica cuando se hace referencia a la Constitución neutral, muestra que en fondo existen unos límites genéricos a la actuación pública y privada, que siempre hace difícil consagrar una obligación de abstención ligada a los requisitos de libertad en sentido negativo (neoliberalismo)⁴⁹.

La neutralidad, entonces, tiene aquí una funcionalidad que va más allá de una consideración crítica o peyorativa. Si logramos superar el debate entre sistema *versus* política económica, hoy de poca utilidad, la neutralidad permite reconciliar como principio la Constitución política y la Constitución económica poniendo sobre los hombros de la democracia la resolución de los conflictos que se plantean a partir de la oferta de programas políticos. La normatividad de la Constitución económica toma como referencia el proceso electoral y la dinámica decisoria clásica, que son quienes han de juzgar las políticas económicas. Situando la concreción del contenido de las reglas económicas en la democracia, la Norma Fundamental se abre al tiempo, a las coyunturas, a la reserva de lo posible o, en su caso, a procesos de integración más amplios que hacen difícil acomodar los distintos planteamientos de la legitimidad desde el punto de vista de la unidad política⁵⁰.

47 Esta y otras cuestiones, en el contexto comunitario, en JOERGES, C., «¿Qué tiene de social —demócrata la Constitución económica europea?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 73, 2005.

48 Para una noción de ordoliberalismo a partir de la experiencia constitucional europea, ver nuestro MIGUEL BÁRCENA, J. de, *El gobierno de la economía en la Constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, JM Bosch, Barcelona, 2011 y GORDILLO PÉREZ, L.I., «Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. De un derecho económico nacional a uno europeo», *Revista de derecho UNED*, n.º 23, 2018.

49 ALBERTÍ ROVIRA, E., «La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la Constitución española)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 71, 2004, p. 147 y ss.

50 DOBRE, D., «Constitución económica: una propuesta al debate conceptual», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol., 2021, p. 172 y ss., con una propuesta muy sugestiva para desplazar desde el principio nacional al principio de dignidad la legitimidad de la Constitución económica.

VI. NEUTRALIDAD Y REGLAS JURISPRUDENCIALES: EL CASO DE ESTADOS UNIDOS

El Tribunal Supremo (en adelante TS) de los Estados Unidos ha sido objeto de muchas críticas a lo largo de la historia. Una de las más frecuentes es que no se suele admitir tan fácilmente el control jurisdiccional de las leyes realizadas por el Congreso. Los magistrados, pese a ser ratificados por el Senado y designados por el presidente no responden ante la voluntad popular y, sin embargo, realizan una actividad contramayoritaria en la que pueden detectarse largos periodos de estabilidad política donde se tiene una gran deferencia por el legislador⁵¹. La época iniciada por *Brown y Bolling* (1954), donde el TS se manifestó claramente en contra de la segregación racial en las escuelas, desató un periodo de crisis no solo jurisdiccional, sino propiamente democrática, de la que aún no se ha recobrado Estados Unidos. Ya no se trataba solo de proteger derechos individuales (Ely): la jurisprudencia antisegregacionista se dirigía a amplios sectores de la sociedad y de Estados que mantenían una legislación racial basada en un principio —«separate but equal»— bendecido por el propio TS en la famosa sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896)⁵².

Tras las sentencias *Brown y Bolling* el TS desplegó una variada y contundente jurisprudencia extendiendo el antisegregacionismo a numerosos sectores, no sin problemas de ejecución y lealtad constitucional, como pudo comprobarse en el caso de Little Rock Central, escuela situada en la capital de Arkansas. La ampliación alcanzó a clubes de golf, piscinas, transportes municipales o, incluso a otros ámbitos sin una conexión clara antisegregacionista, como fue el caso de una ley de Mississippi que establecía un registro de nombres de partidos políticos (*White v. Howard*, 1954). En todos estos pronunciamientos, el TS siguió un modelo de resoluciones *per curiam*, en las que más allá de cuestiones relativas a la admisibilidad de las apelaciones por cuestiones formales, resolvía sobre el fondo del asunto sin argumentar o, incluso, sin hacer referencia al precedente. Las críticas a este modo de abordar los casos afectaban a la legitimidad del órgano, pues ya no se trataba de discutir si sus argumentos se adecuaban a una acertada interpretación de la Constitución, sino que simple y llanamente la argumentación estaba ausente⁵³.

Al modo de proceder *per curiam* se le presentaron diversas objeciones. Desde la sociología del derecho realista (Henry M. Hart y Thurmand Arnold) se discutió sobre los presupuestos ideológicos de los propios jueces y su capacidad para

51 Todos los debates sobre la «dificultad contramayoritaria» están presentes en el aún imprescindible trabajo de FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997.

52 De hecho, hay quienes apuntan que la crisis política iniciada con la incorporación de las minorías segregadas al proceso político, la democracia de Estados Unidos entra en una crisis general de la que no se ha recuperado, LEVITSKY, S. y ZIBLATT, D., *Cómo mueren las democracias*. Ariel, Barcelona, 2018.

53 BICKEL, A.M. y WELLINGTON, H.H., «Legislative Purpose and the Judicial Process: The Lincoln Mills Case», *Harvard Law Review*, Vol. 71, n.º 1, 1957, pp. 1-39.

elevarse sobre sus propios sesgos e intereses, así como el funcionamiento deliberativo interno del propio órgano, por ejemplo, la discusión en pleno, la existencia de sentencias unánimes y la importancia de los votos concurrentes o discrepantes⁵⁴. En cualquier caso, lo que importaba al derecho constitucional es que los pronunciamientos del TS estuvieran argumentados o motivados: la cultura jurídica del precedente, muy distinta a aquella influida por el positivismo, acepta que en la argumentación del TS existan razones ajenas al propio derecho, pero exige transparencia y publicidad de las razones que justifican una decisión, porque esas razones serán las que se después se debatirán en la esfera pública por actores políticos y especializados⁵⁵.

En este contexto surge el famoso trabajo de Herbert Weschler sobre la función de los principios *neutrales* en el derecho constitucional⁵⁶. Weschler no discute, en ningún momento, la legitimidad del TS para realizar su función jurisdiccional, función que estaría anclada en corazón de la propia Constitución y de otras leyes derivadas del Congreso. Tampoco que los magistrados se enfrenten, en numerosas ocasiones, a cuestiones de alto valor político o axiológico. Lo que critica es la jurisprudencia construida exclusivamente en función del caso que pretende resolver, como podía observarse en *Brown* y toda la saga de decisiones posteriores. La actuación judicial debía trascender el caso concreto y apoyarse en razones universales: estas razones serían unos principios neutrales que alejaran al TS de la decisión política de los órganos democráticos⁵⁷.

La posición de Weschler sobre la neutralidad de los principios que deben presidir la actuación de la jurisdicción constitucional tuvo una importante influencia en el derecho constitucional norteamericano y en el derecho comparado⁵⁸. En cualquier caso, más allá de la incidencia que haya podido tener en la dinámica metodológica e interpretativa de la propia jurisprudencia del TS y de la concepción de la libertad que se podía presumir de su posicionamiento frente a la segregación racial, se achacó a Weschler que partía de una premisa que pretendía superar: al basar la interpretación y las decisiones del TS en *principios* se impedía la autocontención del propio TS y se encorsetaba la evolución jurisprudencial ante casos que puedan surgir de la evolución social.

Para Weschler el adjetivo «neutrales», sin mayor precisión, sería distinto al desinterés, la imparcialidad o impersonalidad. Al acompañar al sustantivo

54 Esta y otras cuestiones de máximo interés en el trabajo de ARBÓS, X., «De Weschler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 44, 1995, p. 275 y ss., que aquí seguimos.

55 FRIEDMAN, L.M., *Law and Society. An Introduction*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1977, pp. 84-85.

56 WESCHLER, H., «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, Vol. 73, n.º 1, 1959, pp. 1-35.

57 WESCHLER, H., «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *op. cit.*, p. 22.

58 En España, ver por ejemplo las alusiones de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 212 y ss.

«principios», la neutralidad convertiría a estos en instrumentos de decisión universales al servicio del órgano judicial⁵⁹. Sin embargo, si los principios hacen referencia etimológicamente a proposiciones o verdades fundamentales, difícilmente pueden ser presentados como neutrales. Estaríamos, como señaló Turner, ante una especie de oxímoron jurídico⁶⁰. En tal sentido, Sunstein recordaba, al analizar la operatividad de los principios neutrales que se exigen al TS ante cuestiones más actuales como el aborto o la maternidad subrogada, que aquellos concretan concepciones previas sobre el derecho público y el propio constitucionalismo, olvidando que tales concepciones expresan casi siempre la forma en la que el poder público se posiciona con respecto a la redistribución de bienes e intereses y la solución de conflictos sociales e individuales⁶¹.

VII. LA NEUTRALIDAD DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES

Frente al Estado liberal, donde el poder llevaba a cabo básicamente funciones de policía, en el Estado del bienestar la gran novedad residió en la confluencia recíproca que se producía entre lo público y lo privado. Durante años se vivió una transformación de este planteamiento, pues la aparición de diversas circunstancias sobre las que no podemos profundizar, propiciaron una gran devolución de poder desde el Estado a la sociedad. La filosofía de esta devolución era que el ejercicio de los nuevos poderes que adquiere la sociedad debía de garantizar los principios que presidían la legitimidad que estaba en la base del Estado social y democrático de Derecho. Quizá, tras las crisis financieras, económicas y pandémicas que hemos sufrido, el planteamiento apuntado esté parcialmente superado o en evolución, aunque no es tarea de este trabajo analizarlo.

En cualquier caso, se vino hablando de Estado garante o regulador, forma de poder que imponía una institucionalización novedosa en el contexto de las renovadas relaciones entre el poder público y la sociedad⁶². Si la sociedad debía autorregularse, el Estado tendría que buscar la forma de *garantizar* las obligaciones constitucionales que antes eran cumplidas por los entes administrativos a partir de otros principios, como el de objetividad. Aparecen así, sobre todo en Europa —pues

59 WESCHLER, H., *Principles, Politics, and Fundamental Law*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2013, en especial el prefacio de la obra.

60 TURNER, R., «On neutral and Preferred Principles of Constitutional Law», *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 74, n.º 3, 2013, p. 470.

61 «Las concepciones prevalentes de la neutralidad operan como un dispositivo para negar presunciones, inadmisiblemente partidistas, sobre la distribución de derechos, riqueza y preferencias producto de la ley», SUNSTEIN, C., «Neutrality in Constitutional Law (with special reference to pornography, abortion, and surrogacy)», *Columbia Law Review*, Vol. 92, n.º 1, 1992, p. 48.

62 ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013.

en Estados Unidos, su origen es distinto— lo que se han denominado como órganos reguladores o autoridades independientes, que se insertan entre el Estado y la sociedad para controlar que la regulación fuera cumplida en el contexto de la competencia entre intereses⁶³. Como se sabe, los órganos reguladores han llevado a cabo sus tareas no solo en el contexto de las relaciones económicas, sino también en otros ámbitos de singular interés⁶⁴. Aunque no hayan tenido un reconocimiento constitucional —con la excepción de Grecia y Portugal— no puede dejar de llamarse la atención sobre los problemas constitucionales que la aparición de este tipo de órganos ha planteado. Por ejemplo, con respecto a nuestro sistema, la doctrina ha llegado a hablar de *novación* constitucional al efecto que las autoridades independientes han producido en el principio de dirección política del Gobierno (art. 97 CE)⁶⁵.

La noción de *neutralidad* siempre ha acompañado a la polémica en torno a los organismos reguladores. Su asociación, junto a los conceptos de independencia e imparcialidad, es completamente usual y nada inocente, pues ayuda a construir su propia legitimación. Conviene tener en cuenta que estamos ante conceptos diferentes y que no siempre son clarificados: la independencia es un presupuesto del funcionamiento de los organismos reguladores, tal y como se atestigua en la mayor parte de los preámbulos de las leyes que han servido para ponerlos en funcionamiento⁶⁶. Con la independencia el ordenamiento jurídico busca dotar de autonomía a las autoridades citadas desde el punto de vista financiero (recursos provenientes de los presupuestos generales del Estado), orgánico (son creadas por ley y no reglamento) y funcional (no pueden recibir órdenes, lo que implica la desaparición del principio de jerarquía administrativa)⁶⁷.

En cuanto a la imparcialidad de las autoridades independientes, la mayor parte de la doctrina asimila el concepto a lo dispuesto en el art. 103.3 CE: la imparcialidad es la consecuencia lógica de la aplicación de los principios de objetividad y de igualdad ante la ley, lo que se traduce en el deber de cada servidor público —miembro de los órganos reguladores— de actuar con ecuanimidad, sin

63 Por ello también se habla de «Estado regulador» en LA SPINA, A. y MAJONE, G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

64 Así, han ido apareciendo instituciones independientes con el objetivo de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos, tal es el caso de las administraciones electorales, las agencias de protección de datos o los consejos audiovisuales. Otro ámbito en el que los organismos reguladores cumplen cada vez más importantes tareas, es el de la sociedad del riesgo: la creciente complejidad de lo que Ulrich Beck denominó como segunda modernidad hace que el Estado traslade a órganos especializados la toma de decisiones en ámbitos donde la incertidumbre científica hace inoperante una aproximación política tradicional. BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006 y DARNACULLETA I GARDELLA, M.^a M., *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

65 VÍRGALA, E., *La Constitución y las Comisiones reguladoras de los servicios en red*, CEPC, Madrid, 2004.

66 En la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el término «independencia» aparece en 17 ocasiones.

67 Todas estas cuestiones en VÍRGALA, E., «Los Organismos Reguladores en el Estado Constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español)», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, n.º 8, 2014, p. 176.

dejarse arrastrar por preferencias o animosidades personales, no amparadas en normas concretas. Esta imparcialidad, pese a que por influencia de la praxis judicial casi nunca se destaca, es una *cualidad* que se conquista y despliega a través de un ejercicio reflexivo donde se pueden llegar a tener en cuenta todos los puntos de vista concebibles⁶⁸. Se puede intentar alcanzar cierta imparcialidad acercando el procedimiento administrativo de los órganos reguladores a un proceso judicial común, pero al final todo dependerá de la actitud de los actores responsables del buen funcionamiento de una institución.

En el ámbito de la regulación, la neutralidad adquiere un significado distinto al que se presume en general de la administración pública. No se trata de poner todos los medios materiales y humanos al servicio de un gobierno sin atender a intereses autónomos, sino de que el legislador sustraiga ámbitos políticos al poder de dirección del gobierno (art. 97 CE). Esa sustracción conlleva poner a disposición de diversos sectores materiales la especialización técnica: es decir, los expertos que pueden analizar con precisión las necesidades y problemas en ámbitos complejos o que pueden satisfacer una noción de «interés general» más amplia que el expresado mediante la dialéctica entre mayoría y minoría⁶⁹.

Es decir, para que los miembros de los organismos reguladores realicen sus tareas imparcialmente, partiendo de un estatuto de independencia previsto por la ley, es necesario neutralizar previa y políticamente ámbitos que antes eran abordados desde el punto de vista de la democracia y el pluralismo. Esta posibilidad de «neutralizar» la política (Schmitt), con serias implicaciones constitucionales, ha sido criticada por diversos motivos que solo pueden ser aquí enunciados. Para empezar, los sectores pretendidamente «neutralizados» han sido regulados de manera profusa por el propio parlamento, si bien es cierto que dicha regulación es terreno abonado para la colaboración futura entre administración y administrado (gobernanza)⁷⁰. Los miembros de la autoridades independientes pueden además ser presentados como expertos pero su nombramiento siempre tiene origen en órganos políticos dominados por la influencia partidista (gobierno y parlamento). Por último, existen sobrados ejemplos de la mitificación de la neutralidad y el conocimiento experto, que puede tener sus propios intereses corporativos y los conocidos sesgos ideológicos de los que siempre es difícil desprenderse⁷¹.

68 ARENDT, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 71.

69 Esta cuestión está perfectamente trazada en los primeros capítulos del importante libro de ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Barcelona, 2010.

70 Las consecuencias concretas para la ley de esta forma de regular por sectores, en AZPITARTE, M., «La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, n.º 8, 2014, p. 285.

71 VÍRGALA, E., «Los Organismos Reguladores en el Estado Constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español)», *op. cit.*, p. 169 y BILBAO UBILLOS, J. M., «Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico — constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 3, 1999, pp. 171 y 172. Por último, sobre los sesgos políticos de los expertos, imprescindible TETLOK, P., *El juicio político de los expertos*, Capitán Swing, Madrid, 2005.

VIII. EL ESTADO NEUTRAL Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

En el contexto religioso, la actitud del Estado, hasta que se adquirió conciencia de la importancia de situar a los derechos como una realidad jurídica efectiva y protegida por la Constitución y los tribunales, se movió inicialmente en el plano de la tolerancia *lockeana*, que bien podría observarse como un antecedente de la neutralidad y que operaba como un principio más práctico que normativo⁷². No será hasta la aparición de la Constitución de los Estados Unidos, cuando se precise claramente que el ejercicio de los derechos políticos no dependerá de ninguna exigencia religiosa (art. IV) y se prohíba otorgar privilegios o negar la igualdad de condiciones a ninguna religión (Primera Enmienda)⁷³. Ya hemos señalado en la introducción que la libertad religiosa y su consagración jurídica estaban detrás de un movimiento constitucional y contractualista que solo podía realizarse justificándose en un derecho a la libertad de conciencia que se iría extendiendo a otros ámbitos como verdadero motor de la libertad ilustrada.

La religión, por lo tanto, es un ámbito privilegiado para comprender un Estado liberal que, a partir de unos fundamentos de justicia compartidos, deja espacio para que cada individuo pueda desplegar su sentido de la vida (buena) de acuerdo a sus propias preferencias. En aquellos ámbitos donde estén en juego las convicciones de los ciudadanos, el poder público debe justificar especialmente su propia acción positiva: esto también explica que existan otros ámbitos donde la neutralidad adquiere sentido propio, sobre todo en el marco del derecho antidiscriminatorio⁷⁴. Recuérdese que el TC utilizó por primera vez la noción de neutralidad en la sentencia 5/1981 (FJ 9) para recordar que las instituciones públicas, en especial la escuela, no debían tener ideología o religión propia en virtud del art. 16 CE y el pluralismo. Una neutralidad que, sin embargo, no significaba *neutralización*: la educación no sería «el hipotético resultado [...] de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente»⁷⁵.

⁷² LOCKE, J., *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid, 2008. La Ley de Tolerancia del Parlamento inglés de 1689 concedía libertad de culto a algunas sectas protestantes previo juramento de lealtad a la Iglesia de Inglaterra. Tales sectas pudieron disfrutar de sus propios lugares de culto, predicadores y educadores, no así los católicos y judíos, que sufrieron fuertes restricciones civiles hasta bien entrado el siglo XIX. En Estados Unidos, New York y Rhode Island fueron los primeros en separar Iglesia y Estado: sin embargo, en otros Estados, durante algún tiempo, se exigía profesar la religión protestante, o cuando menos cristiano, para desempeñar un cargo público. Massachusetts establecía en su *Bill of Rights*, no solo el derecho, sino el deber de practicar el culto divino, no siendo hasta el siglo XIX cuando se dejó de castigar el no asistir a la asistencia a la iglesia correspondiente.

⁷³ Sobre estas y otras cuestiones, ver VÁZQUEZ ALONSO, V., *Laicidad y Constitución*, CEPC, Madrid, 2012.

⁷⁴ KIS, J., «Neutral State», en ROSENFELD, M. y SAJÓ, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press: New York, 2012.

⁷⁵ La STC 12/2018 ha vuelto a recordar que los profesores son empleados públicos que, de acuerdo al Estatuto Básico del Empleado Público (art. 52), deben actuar con arreglo a determinados principios —por ejemplo, la neutralidad— con el objeto de que la enseñanza se imparta de acuerdo a planes de estudio de

La relación entre la religión y el Estado se realiza a través de conceptos que no tienen por qué compartir significados coincidentes, aunque en ocasiones se utilicen de manera indistinta sin demasiado criterio. Recordemos: en el mundo anglosajón, particularmente Estados Unidos, cuando se aborda la relación entre religión y poder público, suele usarse el término *secularización*, con una carga valorativa menor porque los derechos son la guía y justificación de la actuación de los poderes públicos⁷⁶. En la Europa continental no ha sido menor la influencia de la *laicidad* de cuño francés, que dependiendo de cada experiencia concreta, adquiere distintos significados y aplicaciones de acuerdo a las tradiciones culturales y concreciones constitucionales: laicidad abierta, relativa, de servicio e, incluso, «de combate», cuando aquella se transforma en laicismo y el Estado trata de imponer una religión democrática más allá de cualquier diferencia entre lo público y lo privado⁷⁷. Frente a este pluralismo conceptual, la neutralidad tendría la ventaja de incorporar un vocabulario convencional para el derecho comparado y el diálogo jurisprudencial que se produce entre tribunales a nivel global⁷⁸.

Hechas estas aclaraciones preliminares, pueden identificarse dos tipos de neutralidad: la negativa y la positiva⁷⁹. En ambos casos, estamos ante un principio que permite la modulación de la relación del Estado con la religión y la libertad religiosa. Aclaremos un poco más la tipología propuesta.

La neutralidad «negativa» significaría que el Estado no puede utilizar la religión como criterio para acción u omisión, en la medida en que la no confesionalidad prohíbe la clasificación de ciudadanos en razón de religión, repartiendo beneficios y cargas. Podría aparecer entonces un separatismo a ultranza: la neutralidad es sustantiva y estricta porque pasa a ser uno de los objetivos del Estado, convirtiéndose la religión en una cuestión puramente privada⁸⁰. Este tipo de neutralidad estatal invita a pensar en la laicidad y en el laicismo, concebidos no como principios atentos a los derechos fundamentales, sino como una política estructural del Estado en el contexto de democracias liberales consolidadas. Porque se

forma objetiva, crítica y plural, absteniéndose de cualquier tipo de adoctrinamiento y remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia (STEDH de 10 de enero de 2017, caso *Osmanoglu y Kocabas c. Suiza*).

76 GUNN, T.J., «Secularism, the Secular and Secularization», en CONTRERAS, J. y MARTÍNEZ DE CODES, R.M. (Eds.), *Trends of secularism in a pluralistic world*, Iberoamericana Vervuert, Madrid-Frankfurt, 2013, p. 87.

77 Que ya solo tendría sentido en Francia, y con matices. Al respecto, REY, F., «La laicidad «a la francesa»: ¿modelo o excepción?», *Persona y derecho*, n.º 53, 2005, p. 43.

78 ERCOLESSI, G. y HÄGG, I., «Towards Religious Neutrality of Public Institution in Europe», en DE BEAUFORT, F., HÄGG, I. y VAN SCHIE, P. (Eds.), *Separation of Church and State in Europe*, European Liberal Forum, Bruselas, 2008, p. 5.

79 La mayor parte de las acepciones de la neutralidad a continuación identificadas, han sido tomadas del imprescindible trabajo de PALOMINO LOZANO, R., *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2014.

80 Como señalaba la sentencia del TS norteamericano *Lemon vs Kurtzman* (1971), «la Constitución ordena que la religión debe ser una cuestión privada para las personas individuales, las familias y las instituciones de elección de cada cual».

trataría sí, de garantizar la paz civil entre religiones y de permitir el libre desarrollo de las creencias de los individuos y confesiones, pero también de hacer del Estado una casa habitable para todos los ciudadanos, en tanto en cuanto no se identificaría con ninguna causa trascendente⁸¹.

Por ello, en sentido contrario, la neutralidad «positiva» o de fondo sería un principio no obstaculizador de la religión, donde el Estado tendría que remover, en la medida de lo posible, los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de los derechos fundamentales (art. 9.2 y 16.3 CE). Esta neutralidad no haría sino converger las tradiciones constitucionales como la alemana, italiana o española, en las que la laicidad adquiere un sentido benevolente, abierto o cooperativo en atención al pluralismo cultural. La aplicación estricta del principio de igualdad no permitiría tomar en consideración las situaciones en las que la ley, aparentemente neutral, daña a una creencia: son múltiples los ámbitos urbanísticos, escolares o simbólicos, en los que el Estado debe ser permeable respecto a las creencias religiosas, tratando de evitar el trato discriminatorio⁸².

En la actualidad, hay quien apunta la inutilidad del concepto, sea en su versión negativa o positiva. Se habla entonces, cuando estamos en el contexto de la resolución de conflictos donde hay derechos e intereses en juego, de una neutralidad «desglosada» con una presencia testimonial, que no haría sino acompañar al clásico juego de la ponderación, en el que el peso de los factores en juego (la promoción de una creencia o bien su disuasión), alcanza un peso decisivo: puesto que toda acción u omisión estatal tiene necesariamente consecuencias a corto o largo plazo, no parece posible alcanzar un punto de equilibrio. Si la neutralidad opera en el sentido positivo, se decanta por uno de los intereses: si no actúa, se produce un silencio que tampoco es neutral, porque se presenta como hostilidad a la religión⁸³. Los conflictos entre las expresiones religiosas y la dimensión objetiva del espacio público, en ausencia de reglas claras, parecen mostrar una neutralidad informadora y no decisoria en la resolución de problemas prácticos en los que se produce una colisión entre derechos fundamentales⁸⁴.

En el caso de los símbolos religiosos, sería más productivo determinar la diferencia entre lo que se llama espacio estatal, donde el Estado realiza sus tareas de forma exclusiva (la defensa, la administración de justicia, la tributación, la

81 ROCA, M. J., «La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 48, 1996, pp. 252-253.

82 LAYCOCK, D., «Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality toward Religion», *DePaul Law Review*, Vol. 39, n.º 4, 1990, pp. 993-1018.

83 RUBIO LÓPEZ, J.I., «Una Cruz sin Cristo en el desierto de Mojave. A propósito de Salazar v. Buono (2010)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 24, 2010 y CINOTTI, D.N., «The Incoherence of Neutrality: A Case for Eliminating Neutrality from Religion Clause Jurisprudence», *Journal of Church and State*, Vol. 45, n.º 3, 2003, pp. 499-533.

84 BOROWSKI, M., «¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal», en ELÓSEGUI ITXASO, M. (Coord.): *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2012.

seguridad ciudadana) y el espacio público, noción mucho más compleja en la que la actividad en los foros públicos no es exclusiva del Estado, sino también de los particulares. En el caso del crucifijo en las escuelas italianas (*Lautsi v. Italia*, TEDH, 2012) o el patronazgo religioso del Colegio de Abogados de Sevilla (STC 34/2011), los símbolos estáticos se convierten en tradiciones secularizadas que han sido integradas en el tejido social y la aplicación estricta de la neutralidad serviría para demostrar que para el Estado la religión es un anatema. Lo mismo ocurriría con los símbolos pasivos de los funcionarios: la prohibición de atuendos religiosos podría hacer olvidar que la educación conforma una comunidad de sujetos con derechos fundamentales y que la «apariciencia de neutralidad» reclamada no sirve por sí sola para determinar los casos de prosetismo según el contenido de la cooperación religiosa (art. 16.3 CE)⁸⁵.

IX. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA NEUTRALIDAD INSTITUCIONAL

En los últimos años, en España, puede detectarse la aparición de un neologismo que trata de resolver conflictos que se producen en el seno de diversos órganos de la administración pública: la neutralidad institucional. Habría que comenzar señalando que el añadido «institucional» distorsiona la comprensión del vocablo, porque con ello se pretende englobar a todo el aparato administrativo del Estado, lo que puede hacer confundir entre órganos que pueden adoptar actos con contenido político —el gobierno de la nación, los ejecutivos autonómicos o los plenos municipales— y aquellos cuyas decisiones se tienen que someter estrictamente al sistema de distribución competencial. Por lo demás, en su acepción más estricta, la atribución de carácter institucional a la administración pública la haría poseedora de una serie de características que permitiría que el Estado funcionara cuando falla el impulso político: la apropiación de intereses, la fuerza propia para alcanzar ciertos fines y objetivos y la construcción de reglas informales propias de comportamiento⁸⁶.

Pero la alusión al término no es completamente fútil, porque desde hace un par de décadas se observa la proliferación de declaraciones y expresiones simbólicas *institucionales* que se pronuncian sobre temas que dividen a las sociedades en un contexto de la «infoxicación» y el populismo⁸⁷. No son pocos los plenos de ayuntamientos que muestran su posición frente a cuestiones generales que se

85 CASTRO JOVER, A., «Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas y poderes públicos», en Ferreiro Galguera, J. (Ed.): *Jornadas jurídicas sobre la libertad religiosa en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp. 798-799.

86 GARRIDO FALLA, F., *La Administración en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, p. 41 y ss.

87 Una síntesis básica del concepto infoxicación, en AGUADED, I., «Desde la infoxicación al derecho a la comunicación», *Comunicar: Revista iberoamericana de comunicación y educación*, n.º 42, 2014, pp. 7 y 8.

integran en el natural parecer de los partidos —declaración de persona *non grata*, violencia de género, política climática, secesión en Cataluña, política internacional— o que utilizan símbolos —banderas o pancartas— que ensanchan o cuestionan competencias que tienen una dimensión constitucional. Son todos actos sobre temas que obedecen a campañas amplias de partidos y grupos de presión que obligan a posicionarse no solo al parlamento, sino a todos y cada uno de los niveles administrativos donde puedan producirse expresiones de voluntad.

La tesis que sustenta la neutralidad institucional sería la siguiente: fuera de los foros parlamentarios las administraciones públicas no podrían utilizar su situación de privilegio e indudable *autoritas*, para, con la justificación de expresar el pluralismo, desnivelar la balanza y desequilibrar el igual peso que deben tener en el proceso de comunicación pública toda opinión que circula por él y puede hacerse predominante en la galaxia digital⁸⁸. Resultaría así relativamente sencillo que las declaraciones de voluntad se transformaran en propaganda, utilizándose el prestigio de determinados foros públicos frente a los ciudadanos para así desacreditar posiciones privadas fundamentadas en el art. 20 CE⁸⁹. La jurisdicción ordinaria ha venido enjuiciando desde hace bastantes años las llamadas «declaraciones institucionales» y otras actuaciones simbólicas⁹⁰. Para validar o anular las mismas se ha recurrido a argumentos que también han encontrado previo y posterior soporte doctrinal: la naturaleza de las decisiones (actos administrativos, actos políticos y uso del derecho de petición del art. 26 CE), los efectos de las declaraciones, el carácter de la autonomía del ente o el contenido específico de las decisiones (si vulneran derechos fundamentales, si chocan con principios o intereses de rango constitucional o si, simplemente, se declama la no aplicación del ordenamiento jurídico)⁹¹. En

88 VILLAVARDE, I., «¿Tienen opinión las instituciones políticas?», *Instituto de Derecho Público. Blog Observatorio de Derecho Público*, 18 de junio de 2018, disponible en: <http://idpbarcelona.net/tienen-opinion-las-instituciones-politicas>.

89 VÁZQUEZ ALONSO, V., «La neutralidad del Estado y el problema del Government Speech», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 177, 2017, pp. 13-55, en especial p. 49.

90 Véanse por ejemplo STS 4836/1998, caso persona *non grata* en Oleiros; STS 820/1987, acuerdo de desnuclearización del Ayuntamiento de Fernán Nuñez; STS 2088/2019, caso independencia de Cataluña Caldes de Montbui (con pronunciamientos similares en SSTS 2211, 2213 y 2218/2019); STS 1691/2008, adhesión del Ayuntamiento de Llodio a Udalbiltza; STS 7875/1988, hermanamiento de Santa Lucía con municipio saharauí; STS 1163/2020, Acuerdo Pleno de Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre enarbolamiento en Ayuntamiento de «bandera nacional de Canarias» distinta a banderas y enseñas oficiales. Muchas de las sentencias enjuician actos de administraciones públicas que se producen en periodo electoral, donde opera la neutralidad expresada en el art. 50 LOREG; ver, en tal sentido, STS 857/2021, sobre la exposición de símbolos partidistas —independentistas— durante la campaña electoral en edificios de la Generalitat de Cataluña y STS 464/2021, sobre Acuerdo del Claustro de la Universidad Pompeu Fabra referido a la sentencia del TS que condenaba a los miembros del Gobierno de la Generalitat tras proceso independentista. En ambas sentencias hay acuerdos impugnados de la Junta Electoral correspondiente.

91 Un resumen amplio sobre los distintos argumentos aludidos y las posiciones doctrinales mantenidas, sobre todo en el ámbito municipal, en MARTÍNEZ OTERO, J.M., «Las declaraciones simbólicas de los municipios: entre la autonomía local, el «postureo» inocuo y el abuso», *Revista de Administración Pública*, n.º 2011, 2020, pp. 186-216.

los últimos tiempos, en cualquier caso, predomina la identificación de la neutralidad de las administraciones públicas con el principio de objetividad del art. 103.1 CE.

Comencemos apuntando que la neutralidad de la administración pública ha tenido cierto reconocimiento en la jurisprudencia del TC. En la sentencia 77/1985, el Alto Tribunal identificó el principio de neutralidad de la administración con la objetividad del art. 103.1 CE, lo que implicaría «un mandato de mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales». La STC 151/1999 definió la neutralidad como regla ética del obrar de los cargos públicos, cuyo incumplimiento justifica la sanción penal en forma de inhabilitación, en especial aquellos que operan en el contexto de la representación política (art. 23 CE). En la STC 190/2001 se recordó que RTVE no es una empresa de tendencia, sino un servicio público obligado a mantener la neutralidad ideológica reconocida en el art. 103.1 CE. Por último, en la STC 80/2002 se afirmó que la «Administración Electoral debe ser neutral ejerciendo sus funciones al servicio de quienes concurren a los comicios». No se puede extraer de esta jurisprudencia dispersa, nos parece, un concepto constitucional de neutralidad administrativa.

La pregunta pertinente, en cualquier caso, es si cabe una identificación plena entre neutralidad institucional y objetividad administrativa, como se viene haciendo en sede jurisprudencial. La objetividad, como la imparcialidad del art. 103.3 CE, actúa como técnica para lograr que la intensidad de la vinculación de la administración al principio de legalidad sea plena, reduciendo a la mínima expresión el margen de apreciación que en la interpretación y aplicación de la legalidad siempre dispone el funcionario. A este se le impone la obligación de que sus labores hermenéuticas se ajusten en la medida de lo posible a la voluntad de la ley, prescindiendo de interés subjetivo del funcionario⁹². No hace falta recordar que el legislador no puede expresar con exactitud lo que una estructura administrativa debe hacer en un supuesto de hecho, sino que siempre se le atribuye a esta la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras, en función de factores como las circunstancias y estimaciones de oportunidad, evitando la arbitrariedad⁹³.

Planteando una posible identidad entre objetividad y neutralidad de la administración, Garrido Falla habla de «neutralidad política de la administración» y de «neutralidad administrativa del gobierno»⁹⁴. La primera noción encontraría sentido en el principio de objetividad del art. 103.1 CE, mientras que la segunda equivaldría a una función pública profesionalizada, a partir de lo dispuesto en el

92 Utilizamos la definición de GARCÍA COSTA, F. M., «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad», *Documentación Administrativa*, n.º 289, 2011, p. 35.

93 SÁNCHEZ MORÓN, M., «Legalidad y sometimiento a la ley y al Derecho», en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 64.

94 GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte general*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 68-70.

art. 103.3 CE. Se parte, como es obvio, de un poder ejecutivo en el que el gobierno, a través del principio de dirección política, dirige —porque encabeza— la propia administración. Santamaría Pastor, por su parte, encuentra una cierta continuidad —que no identidad— entre la objetividad y la neutralidad administrativa, que en este último caso significaría la disponibilidad de la burocracia frente a cualquier opción política que ostente el gobierno⁹⁵. Es decir, el deber de servicio leal y eficaz a las directrices provenientes del partido gobernante, cualquiera que fuese su coloración política. Sería incompatible con el Estado democrático un concepto de neutralidad administrativa que expresara una posición de autonomía de la estructura burocrática frente al gobierno, donde los criterios técnicos e independientes servirían de valladar ante cualquier inmisión política⁹⁶.

Estas aproximaciones preclaras evidencian que cuando la objetividad administrativa es neutralidad institucional, se alude a una limitación jurídica imprecisa sobre los rasgos políticos que podrían desarrollarse autónomamente en el seno de un sistema burocrático. Una solución alternativa al dilema planteado cuando se trata de observar el uso de la «voz política» por parte de las administraciones públicas, sería entonces revisar las decisiones de estas a través de la neutralidad del Estado como fin constitucional que debe respetar el fuero interno de la libertad de conciencia, reconocida en su vertiente negativa en el art. 16 CE. En este contexto, el poder público —sobre todo aquél que no pudiera expresar el principio de dirección política— no sería competente para imponer concepciones sistemáticas ideológicas, de pensamiento o ideología del ser humano, el mundo y la vida, precisamente por su posición privilegiada dentro del proceso político y en la formación de la opinión pública⁹⁷.

El problema de esta construcción es doble: por un lado, la dificultad de caracterizar y concretar aquellos actos —de contenido político en muchos casos— de la administración vulneradores de derechos fundamentales, sobre todo cuando se está ante libertades —como la de conciencia o ideológica— cuyos contornos positivos y negativos distan de estar claros. Por otro lado, existe el peligro de que la neutralidad del Estado se termine trasladando de forma indiscriminada a cualquier forma de expresión de las instituciones, también aquellas que adoptan una

95 SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 249-251.

96 Cuestión advertida en numerosas ocasiones por NIETO, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (Coords.): *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p. 2215.

97 MARTÍNEZ OTERO, J.M., *op. cit.*, p. 208. Véase la argumentación de la sentencia del TSJC 3028/2021, sobre Acuerdo del Claustro de la Universidad de Barcelona, consistente en la aprobación del «Manifiesto conjunto de las universidades catalanas en rechazo de las condenas de los presos políticos catalanes y a la judicialización de la vida política». Aquí el respeto de la neutralidad institucional no se asienta en el art. 103.1 CE, sino en el art. 16 CE y el respeto del derecho fundamental a la libertad ideológica de los miembros de la comunidad universitaria.

dimensión verdaderamente normativa (leyes y potestad reglamentaria), promoviendo la abstención del poder público en aquellos debates y cuestiones que afecten, siquiera tangencialmente, las ideas y creencias políticas, filosóficas y morales⁹⁸. De la neutralidad institucional se pasaría entonces a la neutralización política de las instituciones.

X. CONCLUSIONES

Como dijimos al inicio, hemos elegido discrecionalmente algunas parcelas sustantivas, no excluyentes, en las que se viene produciendo una relación entre el concepto de neutralidad y el derecho constitucional. Sin embargo, el esforzado lector debe saber que la logomaquia que emerge alrededor de la palabra «neutralidad» en un contexto constitucional, es casi inabarcable. Una simple búsqueda en la jurisprudencia de nuestro TC muestra un uso amplio y falto de concreción, pues pocas veces se sabe si estamos ante un canon de constitucionalidad decisorio o un simple *obiter dicta* para ahorrar otros argumentos de peso. De este modo, sin ánimo de ser exhaustivos, se habla de neutralidad en la transposición del derecho comunitario (STC 68/2021), neutralidad política de la jornada de reflexión electoral (STC 14/2021), neutralidad fiscal y del sistema tributario autonómico (SSTC 45/1989 y 65/2020), neutralidad tecnológica y de servicios a tenor de las telecomunicaciones (STC 8/2016), neutralidad de las fuerzas armadas (STC 101/1991), neutralidad del Estado en relación a los conflictos entre los trabajadores y el empresario (STC 48/1991) y, por supuesto, de reportaje periodístico neutral (41/1994). En la actualidad, la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales comienza a hablar de neutralidad carbónica para hacer cumplir a los órganos de decisión política los tratados internacionales sobre justicia climática.

Los ámbitos aquí analizados dan un resultado dispar, no pudiéndose establecer una línea doctrinal clara sobre la posición y el significado de la neutralidad en el derecho constitucional. Cuando funciona como sustantivo (por ejemplo, neutralidad religiosa, internacional o institucional) se estaría haciendo referencia a un mandato constitucional no explícito que funcionaría como una especie de principio objetivo. En tal caso, los poderes públicos deberían ejercer sus tareas teniendo en cuenta las esferas de protección de los derechos fundamentales o, como es el caso de las relaciones internacionales, respetando un espacio de actuación surgido de la autolimitación, pudiéndose presentar como auténtico canon de constitucionalidad, como se ha demostrado con la aconfesionalidad de nuestro art. 16.3 CE. Cuando funciona como un adjetivo (jefe del Estado, Constitución económica, Estado regulador o democracia militante neutrales), la neutralidad es

⁹⁸ Ver por ejemplo la postura de Díez-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 247.

un término secundario que ayuda a describir la relación entre poderes, la apertura institucional hacia el pluralismo, la despolitización o las insuficiencias del modelo liberal para adecuar el sistema político a la Constitución axiológica. En esta función adjetiva, la neutralidad busca prestigiar posiciones y a veces justificar procesos presentándose como un principio débil que, como se ha visto en el caso de la jurisprudencia norteamericana, esconde una realidad material de fondo. De ahí que sea un término sin un significado cerrado, compartido y cuyas aristas materiales conducen generalmente al plano de la polémica doctrinal y jurisprudencial.

Acaso esto sea así porque la neutralidad está íntimamente ligada a una teoría y praxis del constitucionalismo moderno, que avala su incorporación a nuestro lenguaje político y jurídico desde el punto de vista de la legitimidad. Sin necesidad de recurrir a las grandes construcciones de la metafísica del Estado (Bodino y Hobbes) o las narrativas del liberalismo clásico (Locke y Constant), resulta claro que la neutralidad es un concepto imprescindible para organizar las complejas relaciones entre el individuo, la sociedad y el Estado. La construcción jurídica de Kelsen supuso la aplicación implícita de una neutralidad constitucional que permitiera al sistema político abrirse al pluralismo social e ideológico de su tiempo y que iba a caracterizar la democracia de masas. Más recientemente, como señalamos en la introducción, las grandes teorías de la justicia apuntan la necesidad de consensuar algunos bienes públicos y dejar espacios a la libertad de acción, entendida esta como la posibilidad de que cada individuo lleve a cabo su desarrollo personal teniendo en cuenta los distintos planteamientos vitales. Por lo tanto, neutralidad y libertad tienen un vínculo que explica la dimensión polémica a la que aludíamos con anterioridad.

En tal sentido, como ya hizo Schmitt precisamente con su recuperación de la neutralidad en el periodo de entreguerras, cabe atribuir una función combativa a los conceptos constitucionales: las palabras, el lenguaje, pueden sustituir al conflicto real a la hora de resolver disputas y clivajes profundamente arraigados. La proliferación de la neutralidad en el aparato lingüístico del derecho constitucional podría obedecer a una grieta abierta como consecuencia del tiempo político que nos ha tocado vivir. Como hipótesis ello significaría que la igual libertad (arts. 9.2 y 14 CE) y la libre conciencia de los ciudadanos (art. 16 CE) se ven cada vez más asediadas por la profunda politización de unos órganos constitucionales y otros entes que, más allá de la resolución de problemas comunes, se transforman en una voz partidista de distintos valores e ideologías. No debe extrañar, entonces, que la neutralidad reaparezca como noción defensiva frente a un ámbito público cada vez más confesional en parcelas no religiosas, que usa, como hemos visto en el marco de la administración pública, instituciones comunes para desnivelar las distintas opciones políticas y prestigiar determinadas formas de desarrollar la personalidad libremente (art. 10.1 CE).

Lo que está en juego, en definitiva, es si el Estado y el derecho permanecen como instancias neutrales que resuelven conflictos y abren espacios de civilidad, o se presentan como sujetos portadores de intereses e ideologías que realizar: el

poder y la democracia entendida como ejercicio de libertad parecen filosofías incompatibles en un Estado constitucional construido sobre la premisa de un cierto reparto entre lo público y lo privado. Queda mucho trecho para delimitar un concepto útil de neutralidad que aún no está reconocido constitucionalmente y que pudiera servir, de algún modo, como parámetro preciso de limitación de actos normativos con pretensiones antipluralistas. En este trabajo hemos pretendido abrir vías de exploración para ulteriores desarrollos teóricos.

TITLE: *Neutrality and Constitutional Law*

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the presence of the concept of neutrality in constitutional law. To this end, several applications have been chosen to verify, in linguistic terms, connections and intersection between a broad Constitution Theory and neutrality: international law, democracy, separation of powers, the economic Constitution, administrations independent or religious freedom. The reason for making this preliminary examination is that neutrality is currently a controversial notion that has reappeared in the context of populism and the deep politicization of public and private life: with this, it seeks to give constitutional meaning to a term, that allows resolving controversies in which the fundamental rights of citizens are involved.*

RESUMEN: *El presente trabajo pretende llevar a cabo un análisis histórico y comparado de la presencia del concepto de neutralidad en el derecho constitucional. Para ello, se han elegido varias parcelas de aplicación en la que pueden identificarse, en términos lingüísticos, conexiones e intersecciones entre una Teoría de la Constitución amplia y la propia neutralidad: el derecho internacional, la democracia, la separación de poderes, la Constitución económica, las administraciones independientes o la libertad religiosa. La razón para llevar a cabo este examen previo, es que la neutralidad se presenta en la actualidad una noción polémica que ha reaparecido en el contexto del populismo y la profunda politización de la vida pública y privada: con ello, se intenta delimitar constitucionalmente un término que permitiría en el futuro resolver controversias en las que se vean envueltos los derechos fundamentales de los ciudadanos.*

KEY WORDS: *neutrality, constitutional law, constitutional language, objectivity and impartiality, confessional State.*

PALABRAS CLAVE: *neutralidad, derecho constitucional, lenguaje constitucional, objetividad e imparcialidad, Estado confesional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 13.11.2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 02.02.2022