



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

Poder, Constitución y Neutralidad



BOSCH CONSTITUCIONAL

En este trabajo colectivo se analiza la necesidad y el alcance de un principio de neutralidad en el constitucionalismo, es decir, los ámbitos en los que se impide adoptar decisiones o realizar actividad que favorezca determinadas y concretas posiciones ideológicas u opciones políticas, es decir, actividad de tendencia en ámbitos regidos por la idea de interés general o público. La mayoría de las Constituciones se limitan a reconocer el principio de neutralidad como un principio de carácter implícito, por lo que se hace necesario determinar cuáles son las ideas o los principios constitucionales que permiten derivar e integrar su contenido prescriptivo. La crisis de la democracia y el uso partidista de las instituciones implica que sean necesarios límites a movimientos y fuerzas políticas que proyectan una visión ideológica hegemónica en la sociedad. Las respuestas constitucionales y desde la Unión Europea y la defensa de sus valores no constituyen tan solo un parámetro que hay que respetar para formar parte de los Tratados y permanecer en la Unión, sino que son también la esencia misma del principio de neutralidad.



PODER, CONSTITUCIÓN Y NEUTRALIDAD

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

PODER, CONSTITUCIÓN Y NEUTRALIDAD

Barcelona
2023


BOSCH EDITOR

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

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

© ABRIL 2023

 **BOSCH**
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>


E-mail: editorial@jmboscheditor.com

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

ISBN papel: 978-84-19580-44-3

ISBN digital: 978-84-19580-45-0

D.L.: B 7366-2023

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

Printed in Spain – Impreso en España

AUTORES

JUAN CARLOS GAVARA DE CARA

Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat Autònoma de Barcelona

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Cantabria

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
UNED

ANTONIO CIDONCHA MARTÍN

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

JOSÉ CARLOS REMOTTI

Profesor de Derecho Constitucional
Universitat Autònoma de Barcelona

FRANCESCO BIAGI

Profesor de Derecho Público Comparado
Università di Bologna (Italia)

LAURA CAPPuccio

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Università degli Studi Federico II di Napoli (Italia)

Índice

Introducción	17
CAPÍTULO 1	
Neutralidad y lenguaje constitucional	21
Josu de Miguel Bárcena	
1. Introducción	21
2. La recepción constitucional de la neutralidad internacional ...	24
3. La neutralidad como principio relacional de los poderes del Estado	27
3.1. Benjamin Constant y la tesis del rey neutral	27
3.2. Carl Schmitt, la neutralidad y la defensa de la Constitución	29
4. De la democracia neutral a la democracia militante	31
5. La Constitución económica neutral	35
6. Neutralidad y reglas jurisprudenciales: el caso de Estados Unidos	37
7. La neutralidad de las autoridades independientes	40
8. El Estado neutral y la libertad religiosa	43
9. La administración pública y la neutralidad institucional	47
10. Conclusiones	52

CAPÍTULO 2

La relación entre el Derecho y la Política en el constitucionalismo europeo tras la Segunda Guerra Mundial 55

Daniel Capodiferro Cubero

1. Introducción 55
2. La constitucionalización de la democracia protegida en Alemania 58
 - 2.1. Breves notas sobre el sistema político de Weimar 58
 - 2.2. La configuración constitucional del principio de democracia «militante» 60
 - 2.3. Desarrollo normativo y aplicación de la prohibición de partidos políticos 65
3. Pluralismo y democracia abierta en el sistema italiano 69
 - 3.1. Antecedentes 69
 - 3.2. La limitación «unidireccional» del pluralismo en la Constitución italiana 71
 - 3.3. El desarrollo de la Disposición Final XII de la Constitución 74
 - 3.4. El sentido esencialmente político de la acción de gobierno 76
 - 3.5. El artículo 139 de la Constitución como cláusula defensiva de la democracia 78
4. La integración económica como forma de superación del conflicto político: la creación de las Comunidades Europeas 81
5. Reflexiones finales 88

CAPÍTULO 3

La delimitación conceptual de la neutralidad objetiva y subjetiva en la Constitución 93

Juan Carlos Gavara de Cara

1. El carácter implícito del principio de neutralidad en la Constitución 93

2.	La neutralidad política de la actividad administrativa y la neutralidad administrativa de la acción de gobierno	99
2.1.	La delimitación conceptual de los principios constitucionales en la actuación administrativa	100
2.2.	Los principios de objetividad y de imparcialidad en la actividad administrativa: la neutralidad objetiva y subjetiva	103
2.3.	La neutralidad administrativa del Gobierno.....	110
2.4.	El principio de neutralidad y la concreción de los intereses generales como instrumento de determinación de su alcance.....	117
2.5.	El alcance estricto de la neutralidad política en la Administración	124
3.	Las inelegibilidades de los cargos representativos como instrumento de aplicación de la neutralidad subjetiva en el proceso electoral	128
4.	Neutralidad, imparcialidad e independencia en la función judicial	132
5.	La neutralidad política subjetiva del juez	141

CAPÍTULO 4

Neutralidad y Jefatura del Estado

Antonio Cidoncha Martín

1.	A modo de introducción.....	145
2.	Neutralidad y Jefatura del Estado en Constant y Schmitt	146
2.1.	Neutralidad y Jefatura del Estado en Constant	146
2.2.	Neutralidad y Jefatura del Estado en Schmitt	151
3.	Neutralidad y Jefaturas de Estado en las formas de gobierno parlamentarias: apunte comparado.....	155
3.1.	Consideración introductoria	155
3.2.	Neutralidad y Jefaturas del Estado en las monarquías parlamentarias (europeas)	156

3.3.	Neutralidad y Jefaturas del Estado en las repúblicas parlamentarias: Italia y Alemania (por ejemplo).....	163
4.	Neutralidad y Jefatura del Estado en la Constitución española de 1978	168
4.1.	Consideraciones generales sobre la Jefatura del Estado de la Constitución española de 1978.....	168
4.2.	El Rey de la Constitución española de 1978 ¿Poder neutral y preservador? ¿Guardián de la Constitución? .	173
4.2.1.	Las condiciones del «poder» neutral.....	173
4.2.2.	Los «poderes» arbitrales y moderadores del Rey en la CE	174
4.2.3.	El Rey de la Constitución española de 1978 ¿Guardián de la Constitución?.....	179
5.	A modo de conclusiones.....	182
6.	Bibliografía	185
CAPÍTULO 5		
	Los límites a la neutralidad de la Constitución	191
	Paloma Biglino Campos	
1.	Introducción	191
2.	Grandezas y miserias de la neutralidad de la Constitución	193
3.	Los límites materiales a la reforma	199
3.1.	La pretendida ineficacia de las cláusulas expresas de intangibilidad	199
3.2.	La indefinición de los límites implícitos a la reforma de la Constitución	202
4.	Un posible criterio. Cláusulas de intangibilidad y constitución racional normativa	206
5.	Conclusión	212

CAPÍTULO 6

Constitución, Estado Social y Democrático de Derecho y neutralidad institucional. Un marco de convivencia ante el resurgir de proyectos ideológicos intolerantes, sectarios y totalitarios	213
José Carlos Remotti	
1. Introducción	213
2. Nuevo Constitucionalismo, viejas prácticas y trasnochadas ideologías	219
3. El Estado Social y Democrático de Derecho.....	227
3.1. El Estado Social.....	227
3.1.1. Principales características del Estado Social ...	229
3.1.2. Algunos problemas que obstruyen al Estado Social.....	231
3.2. El Estado de Derecho	243
3.2.1. Principios conformadores del Estado de Derecho.....	247
3.2.2. Otros elementos configuradores del Estado de Derecho.....	271
3.2.3. Intentos de desnaturalizar al Estado de Derecho	272
3.3. El Estado Democrático.....	276
3.3.1. Aspectos formales.....	276
3.3.2. Aspectos materiales	278
3.4. Neutralidad institucional como elemento esencial del Estado Social y democrático de Derecho.....	282
3.4.1. La neutralidad institucional como principio constitucional.....	284
3.4.2. La neutralidad institucional en los distintos niveles del ordenamiento	286
3.4.3. Un caso especial. La neutralidad institucional y las universidades públicas	294
4. A modo de conclusión	300
5. Bibliografía	305

CAPÍTULO 7

La neutralización de los Tribunales constitucionales en los regímenes populistas-iliberales: un análisis a partir de los casos de Hungría y Polonia 311
 Francesco Biagi

1.	Introducción	311
2.	La primera fase: los Tribunales constitucionales como blancos de los regímenes populistas-iliberales	314
3.	La segunda fase: los Tribunales constitucionales como aliados de los regímenes populistas-iliberales	320
4.	La jurisprudencia populista-iliberal de los Tribunales constitucionales	324
5.	¿Qué soluciones?	330
5.1.	Procesos de nombramiento y composición de los Tribunales constitucionales.....	330
5.2.	Modelos alternativos de justicia constitucional.....	332
5.2.1.	El modelo difuso	336
5.2.2.	La « <i>Weak-form of Judicial Review</i> ».....	342
6.	Conclusiones	345

CAPÍTULO 8

La Unión Europea y la defensa de los valores sancionados en el artículo 2 del Tratado. La ‘no neutralidad’ del proyecto de integración supranacional 347
 Laura Cappuccio

1.	Premisa	347
2.	Las condicionalidades políticas en las relaciones exteriores ...	348
3.	Las políticas de condicionalidad en los procesos de adhesión a la Unión Europea	352
4.	La crisis del estado de derecho en Europa: el Tribunal de Justicia y la reforma del sistema judicial polaco	356
5.	Los Tribunales supranacionales y la independencia de la magistratura	362

6.	El reglamento sobre la condicionalidad política y el progresivo surgimiento de un «principio de no regresión»	365
7.	Orden de detención, <i>Solange</i> invertida y tutela de los valores europeos	368
	Conclusiones	373

Introducción

En este trabajo colectivo nos hemos planteado analizar la necesidad y el alcance de un principio de neutralidad en el constitucionalismo, es decir, los ámbitos en los que se impide adoptar decisiones o realizar actividad que favorezca determinadas y concretas posiciones ideológicas u opciones políticas, es decir, actividad de tendencia en ámbitos regidos por la idea de interés general o público. No obstante, al mismo tiempo dada la frecuente inexistencia de un reconocimiento constitucional formalizado de dicho principio, se ha analizado si es necesario que sea explícito o si es suficiente que sea implícito dicho reconocimiento en el texto constitucional. La mayoría de las Constituciones se limitan a reconocer el principio de neutralidad como un principio de carácter implícito, por lo que se hace necesario determinar cuáles son las ideas o los principios constitucionales que permiten derivar e integrar su contenido prescriptivo. En este contexto, es necesario determinar si el principio de neutralidad es abierto en su contenido material y en los supuestos de hecho a los que se aplica o si, por el contrario, es un concepto cerrado sin un contenido previo.

En cualquier caso, conviene cuestionarse si los propios valores y principios del constitucionalismo son neutrales, es decir, la neutralidad de la propia ideología constitucional y sus efectos para el sistema jurídico y político. En este sentido, la aceptación y el consenso que requiere y que está detrás de una Constitución permite afirmar la neutralidad de una ideología constitucional, de modo que solo sería admisible la vía de la reforma para modificar el propio texto de la Constitución. Desde otra perspectiva, las relaciones entre democracia y neutralidad implica que las decisiones del poder legislativo en un Estado constitucional se base en una vinculación de dichas decisiones con la generalidad, es decir, en determinados contextos el principio de neutralidad cumple una función como limitación de la singularidad o especialidad de las decisiones legislativas, pero también se plantea una función como limitación y adecuación del pluralismo, es decir, el principio de neutralidad actuaría como limitador de decisiones de tendencia por parte del poder público.

En los distintos trabajos sobre el principio de neutralidad se analizarán sus orígenes teóricos, en los que existía una tendencia a tratar de determinar sus consecuencias en materia de aplicación a la composición y competencias de diversas instituciones generando una conexión entre neutralidad y función pública, pero también tratando de determinar su aplicación a la actuación de instituciones dando consistencia a los efectos de una necesidad de neutralidad frente a terceros o en general frente a los ciudadanos.

Una constante en el ejercicio del poder público consiste en establecer su relación con el principio de neutralidad. Frecuentemente en relación con la actividad pública de los distintos poderes de forma explícita en la Constitución se reconoce los principios de independencia, de incompatibilidad y de imparcialidad por lo que se hace necesario un análisis de sus diferencias con el principio de neutralidad para determinar los ámbitos de aplicación concretos, tanto desde la perspectiva constitucional interna como desde una análisis del Derecho comparado. En este sentido se abordará el análisis de la neutralidad institucional, así como las diferencias y los límites a las competencias de los poderes públicos derivados del principio de objetividad administrativa, del pluralismo político y del principio democrático.

Una parte importante de estos trabajos se sitúa en la determinación del alcance del principio de neutralidad constitucional, que implica el análisis de la institución de la Corona como poder moderador o neutro, en el sentido de determinar si como institución tiene entra en la lógica de la limitación de los excesos del legislador y del ejecutivo en un rol de defensor de la Constitución. Sin embargo, otros aspectos son incluidos en la lógica de la neutralidad constitucional como la incidencia de partidismo en la composición de órganos constitucionales electivos o la lógica de los órganos de protección de derechos fundamentales externos a la Constitución como pueden ser la administración electoral, la administración para protección de datos personales o los Consejos audiovisuales. Finalmente, se completará el análisis de los límites a la neutralidad de la Constitución y sus repercusiones en materia de la reforma de la misma.

Por último, se realiza un análisis del populismo y sus relaciones y conexiones con el constitucionalismo y el principio de neutralidad en materia de devaluación constitucional, el cuestionamiento abierto de la representación política, la incapacidad de los derechos prestacionales de garantizar el mínimo vital, el rechazo de la soberanía constitucional y la sustitución en la toma de decisiones por soberanía popular o democracia directa mediante decisiones inconstitucionales, así como la preferencia en la toma de decisiones por las instituciones del Estado antes de aplicar el Estado de Derecho (constitucionalidad, legalidad, interdicción de la arbitrariedad).

Estas relaciones del populismo han provocado una crisis democrática y constitucional para propiciar la necesidad del cambio constitucional, en una situación que a menudo ha recurrido a las mutaciones constitucionales para articular cambios ideológicos hegemónicos. El abuso de la Constitución y las Constituciones ideológicas es un fenómeno al que se ha recurrido tanto en Latinoamérica como en determinados países de la Unión Europea (Venezuela, Ecuador, Bolivia, Hungría, Polonia), que serán objeto de un análisis desde la perspectiva del principio de neutralidad. La crisis de la democracia y el uso partidista de las instituciones implica que sean necesarios límites a movimientos y fuerzas políticas que proyectan una visión ideológica hegemónica en la sociedad. En este contexto, la aparición de movimientos populistas con visión ideológica partidista y no pluralista se ha presentado como un desafío al principio de neutralidad. Las respuestas desde la Unión Europea y la defensa de sus valores no constituyen tan solo un parámetro que hay que respetar para formar parte de los Tratados y permanecer en la Unión, sino que son también la esencia misma de la Unión.

CAPÍTULO 1

Neutralidad y lenguaje constitucional

■ JOSU DE MIGUEL BÁRCENA ■

Profesor titular de derecho constitucional
Universidad de Cantabria

SUMARIO

1. Introducción. **2.** La recepción constitucional de la neutralidad internacional. **3.** La neutralidad como principio relacional de los poderes del Estado. **3.1.** Benjamin Constant y la tesis del rey neutral. **3.2.** Carl Schmitt, la neutralidad y la defensa de la Constitución. **4.** De la democracia neutral a la democracia militante. **5.** La Constitución económica neutral. **6.** Neutralidad y reglas jurisprudenciales: el caso de Estados Unidos. **7.** La neutralidad de las autoridades independientes. **8.** El Estado neutral y la libertad religiosa. **9.** La administración pública y la neutralidad institucional. **10.** Conclusiones.

1. Introducción

La proliferación de palabras es un indicador de las ideas que, alcanzando una connotación determinada, se convierten en conceptos que marcan el sentido social y político de lo jurídico como fenómeno histórico¹. La perspectiva analítica de este trabajo no se encajará propiamente en lo lingüístico, pero asumirá alguna

¹ Un buen ejemplo de lo que decimos, es la importancia que alcanzaron los conceptos revolucionarios en el devenir del derecho público moderno, como mostró GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

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 realidades². 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 tiempo³.

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 declaradas⁴.

2 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.

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

4 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.

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 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 oficiales⁵. 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 liberal⁶.

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 breviario o diccionario de la relación histórica entre el concepto

5 CELADOR ANGÓN, O., *Orígenes histórico 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.

6 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.

de neutralidad y el derecho constitucional. Comenzaremos por la neutralidad internacional, al fin y al cabo, la Real Academia Española señala en unas 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».

2. 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 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 un conflicto bélico⁷. 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 universal⁸.

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 convertir en ilegal

7 OPPENHEIM, L., *Tratado de Derecho internacional público*, J.M. Bosch Editorial, Barcelona, 1966, Tomo I, Vol. I, p. 257. Díez de Velasco añade 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.

8 SIMMONDS, K.R., «The Community and the neutral States», *Common Market Law Review*, Vol. 2, nº 1, 1964, p. 7.

todas las operaciones para las que materialmente se ha declarado neutral determinado tipo de política⁹. 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 neutral¹⁰. 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 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 Unidas¹¹.

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

9 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, nº 7, 1996, p. 114 y ss.

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

11 VERDROSS, A., «Austria, Neutrality and the United Nations», *India Quarterly*, Vol. 16, nº 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.

puede situarse en el reconocimiento previo del derecho internacional¹². 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 convertido en soberano en el Tratado de Londres de 1867, que además lo declaraba neutral y permanentemente desmilitarizado, abandonaba la neutralidad mediante reforma constitucional en 1948 e ingresaba en la OTAN con posterioridad¹³.

Pero es sin duda la Confederación Helvética la que 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 de 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, 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

12 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.

13 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 la 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, nº 3, 1982, pp. 13-26.

los procesos de integración regional y la propia reconfiguración de las relaciones económicas en la globalización¹⁴.

3. 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.

3.1. 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 lugares¹⁵. 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 política¹⁶.

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

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

16 «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»¹⁷. 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 Loes inglesa, finalmente se inclina por un órgano unipersonal preferentemente monárquico¹⁸.

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

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

18 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.

una autoridad sujeta a normas», como sería el caso de la actividad de jueces y magistrados¹⁹.

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 este último a quien 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 individual²⁰. 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 excesos²¹.

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 neutralidad, una positiva y otra negativa²². 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,

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

20 CONSTANT, B., *Una Constitución para la República de los Modernos*, op. cit., p. 234.

21 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*, Universidad Complutense de Madrid: 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*, nº 105, 2019.

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

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 XII²³. En cualquier caso, la presencia del principio de neutralidad en la *Teoría de la Constitución* estaba 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 fundamentales²⁴. 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 gubernamental²⁵.

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 parlamentarismo²⁶. De las facultades expresamente atribuidas al jefe del Estado, entre ellas la posibilidad de relacionarse directamente con el pueblo

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

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

25 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, 2ª edición.

26 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.