



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.



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.

Consejo editorial

Director de la Colección

Juan Carlos Gavara de Cara

Consejo Editorial

José Carlos Remotti Carbonell, Josu de Miguel Bárcena, Daniel Capodiferro Cube-ro, Francesc Guillén Lasierra, José Algarrada Mengual, Eva Soria Puig

Comité Evaluador

Francesc de Carreras Serra, Presidente

Teresa Freixes Sanjuán (Universidad Autónoma de Barcelona). Ricardo Chueca Rodríguez (Universidad de la Rioja), José María Morales Arroyo (Universidad de Sevilla), Ignacio Torres Muro (Universidad Complutense de Madrid), Piedad García Escudero (Universidad Complutense de Madrid), Germán Gómez Orfanell (Universidad Complutense de Madrid), Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco), Josep M. Castellà Andreu (Universidad de Barcelona)

Comité Científico Internacional

Lucio Pegoraro (Università degli Studi di Bologna), Laura Cappuccio (Università Federico II di Napoli), Pasquale Policastro (Szczecin University), David Marrani (Institute of Law – Jersey), Pascal Richard (Université du Sud – Toulon et Var), Giorgia Pavani (Università degli Studi di Bologna)

Proceso de evaluación y selección de obras

Las colecciones «Cuadernos de Derecho Constitucional» y «Bosch Constitucio-nal» tienen por objeto dar difusión a los trabajos de investigación relativos a las materias de Derecho Constitucional, Derecho Público Europeo y Derecho Público Comparado. En su proceso editorial, respeta los principales criterios de calidad,

tales como la homogeneidad en su línea editorial, centrada en publicaciones científicas, la regularidad de las obras publicadas y la existencia de un proceso de evaluaciones previas por parte de expertos en la materia, así como la presencia de un consejo editorial formado por profesionales del Derecho e investigadores de reconocido prestigio.

Los criterios para la evaluación y selección de las obras publicadas en la Colección de Cuadernos de Derecho Constitucional y Bosch Constitucional son los siguientes:

- La Colección de Cuadernos de Derecho Constitucional y Bosch Constitucional publica exclusivamente obras inéditas que versen sobre las materias de Derecho Constitucional, Derecho Público Europeo y Derecho Público Comparado en el ámbito europeo, estatal o autonómico, o bien desde la perspectiva internacional, comparada y federal, y que posean un carácter de investigación científica.
- Las obras deben estar escritas en lengua castellana y deben contener el título del trabajo, el nombre del autor o autores y su situación académica o profesional, con referencia, en su caso, a la institución a la que pertenezcan.
- La obra debe respetar la estructura común de los trabajos de investigación, realizando las correspondientes citas a pie de página e incorporando una bibliografía y un índice del trabajo. Los trabajos presentados deberán ser inéditos. Los trabajos de la colección Cuadernos de Derecho Constitucional tendrán una extensión máxima de 75 páginas, a espacio simple, en letras Times New Roman 12 (texto) y 10 (notas), y se enviarán en formato word. La estructura del trabajo deberá realizarse mediante números: 1, 2, 3, etc. Y dentro del 1: 1.1, 1.2, 1.3, etc. Y dentro del 1.1: 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3, etc. Y así sucesivamente. En la redacción procurará no usarse negrita ni subrayado.
- Las citas deberán ir a pie de página. La bibliografía se citará con el siguiente orden: autor (al menos apellidos), título de la obra en cursiva, ciudad, año y páginas citadas. Para separar estos datos se utilizará la coma. Los títulos de revista no irán abreviados y deberá constar el año y número de la revista. Cuando se cite la misma referencia varias veces, se hará completa la primera vez y abreviada en las restantes. Si se citan recursos electrónicos deberá indicarse la dirección electrónica donde se ha obtenido la información y la fecha de impresión o lectura (ejemplo: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia; fecha de consulta: 16/02/2012). Y si se citan resoluciones judiciales deberán destacarse todos los datos necesarios para su localización (ejemplo: STC 112/2011, de 4 de octubre; STS –Sala 1ª– de 17

de septiembre de 2011, RJ\2011\7132; o SAP de Madrid –Sección 7ª– de 23 de octubre de 2011, JUR\2011\31149), con indicación del fundamento jurídico citado (FJ).

- Debe acompañarse la obra de un breve resumen del contenido del trabajo en castellano y en inglés de una extensión máxima de cien palabras, acompañado de las palabras clave correspondientes (en castellano y en inglés).
- Las obras deben enviarse por correo electrónico a la dirección del director de la Colección de Cuadernos de Derecho Constitucional y Bosch Constitucional (juancarlos.gavara@uab.es). Se acusará recibo de los originales, que serán sometidos al proceso de evaluación.
- El Consejo editorial de la Colección de Cuadernos de Derecho Constitucional y Bosch Constitucional enviará los originales de las obras, garantizando el anonimato de las mismas, a dos expertos en la materia que no tengan vinculación con la Editorial, para que realicen, en un plazo no superior a dos meses, un informe de valoración sobre la idoneidad de la publicación de la obra y efectúen los comentarios que estimen oportunos sobre la misma.
- Los informes motivados de la evaluación de los expertos serán comunicados a los autores de las obras, por escrito, para que éstos, si lo estiman oportuno, realicen las modificaciones procedentes, en un plazo no superior a un mes.
- El Consejo editorial de la Colección de Cuadernos de Derecho Constitucional y Bosch Constitucional, a la vista de los informes de los expertos, realizará una valoración final sobre la idoneidad de la publicación de la obra y comunicará por escrito su decisión a los autores, en un plazo no superior a un mes, motivando las razones del rechazo, revisión o aceptación de la obra, así como, en su caso, la fecha aproximada de su publicación. Su publicación podrá ir condicionada a la introducción de modificaciones. El Consejo Editorial y su director no se hacen responsables del contenido de los trabajos ni de las opiniones y comentarios de los autores.

Bosch Constitucional

Director: Juan Carlos Gavara de Cara
Catedrático de Derecho Constitucional

- Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos. *Juan Carlos Gavara de Cara* (Ed.). 2010
- La autoregulación de los medios de comunicación como sistema de control. *Juan Carlos Gavara de Cara* y *Josu de Miguel Bárcena* (Eds.). 2013
- Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual. *Juan Carlos Gavara de Cara* (Ed.). 2013
- El control de los cibermedios. *Juan Carlos Gavara de Cara*, *Josu de Miguel Bárcena*, *Sabrina Ragone* (Eds.). 2014
- El control judicial de los medios de comunicación. *Juan Carlos Gavara de Cara*, *Josu de Miguel Bárcena*, *Daniel Capodiferro Cubero* (Eds.). 2015
- La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva. *Mercè Sales i Jardí*. 2015
- Modelos de policía. Hacia un modelo de seguridad plural. *Francesc Guillén Lasierra*. 2016
- La autonomía universitaria. Un reconocimiento constitucional entre la aplicación práctica y la configuración legislativa. *Juan Carlos Gavara de Cara* (Ed.). 2018
- El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especial consideración de su aplicación en España y Nicaragua. *Byron G. Cárdenas Velásquez*. 2018
- El Gobierno de la Universidad. *Juan Carlos Gavara de Cara* (Ed.). 2018

- Las garantías frente a las decisiones automatizadas. Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. *Antoni Roig*. 2020
- Poder, constitución y neutralidad. *Juan Carlos Gavara de Cara y Josu de Miguel Bárcena* (Eds.). 2023