

dencia irregular, la posibilidad de avanzar hacia un escenario de *lochmerización* es mayor. Dichas dudas vienen confirmadas en lo relativo a las libertades básicas del mercado interior: el paralelismo que ha realizado el TJUE de las mismas con el derecho fundamental a la libertad de empresa provoca un mayor riesgo de avanzar hacia un modelo *lochmerizado*, donde *los jueces sustituyen a los representantes de los ciudadanos* (pág. 235).

Compartiendo la totalidad de lo expuesto en este punto por el autor, varias cuestiones parece que van a ser relevantes de cara al futuro: ¿va a caminar el TJUE, con dicho posicionamiento vacilante, hacia una aplicación gradual del principio de proporcionalidad como ha entendido el Tribunal Constitucional Federal alemán con la teoría de los tres pasos (*Dreistufentheorie*)? No sería descabellado pensar que la dirección en la que avanza el TJUE no es dubitativa con relación a la aplicación del principio de proporcionalidad, sino totalmente intencionada en la búsqueda de establecer gradualmente límites en los diferentes niveles de protección.

Por otra parte, resulta de interés valorar el papel que puede jugar la identidad nacional en el marco del principio de proporcionalidad: en un escenario en que los Estados, como indica Miguel Azpitarte, *pueden crear normas que de otro modo serían obstáculos a las libertades fundamentales*, resulta relevante analizar las interacciones con el principio de proporcionalidad.

Por último, consideramos que la respuesta expansiva en términos de gasto de la Unión Europea con relación a la situación provocada por el COVID-19, así como especialmente el desarrollo del Pilar Social Europeo, van a consolidar la temática expuesta en la obra por el profesor De la Quadra-Salcedo como un asunto prioritario. También a nivel estatal la cuestión será recurrente, al encontrarse dentro de los principios recogidos en el capítulo III del título I gran parte de las cuestiones que estarán en la agenda programática de cualquier opción política en los próximos años.

Por todos esos motivos, el ensayo que nos presenta el profesor Tomás de la Quadra-Salcedo constituirá una lectura *debida* para cualquier persona interesada en las cuestiones relativas a derechos fundamentales, restricciones de estos o la construcción del Estado social.

Carles López Picó

Universidad Nacional de Educación a Distancia

JEAN-ÉRIC SCHOETTL: *La démocratie au péril des prétoires. De l'État de Droit au gouvernement des juges*, Paris, Gallimard, 2022, 254 págs.

«Alegato» es, según el *DRAE*, el «argumento, discurso etc. a favor o en contra de alguien o algo». Pues bien, este libro es un alegato en contra de los jueces, más exactamente, en contra del protagonismo que los jueces han acabado asumiendo

en el sistema democrático. El autor se refiere a Francia, pero sus consideraciones pueden extenderse a otros ambientes.

Y ya que he citado al autor aclararé que Schoettl es *enarca*, consejero de Estado y ha sido desde 1997 a 2007 secretario general del Consejo Constitucional (como se sabe, el Tribunal Constitucional francés). Está presente constantemente en la prensa como comentarista polémico de la evolución del derecho público.

La tesis del libro es que el juez y la forma en que interpreta sus atribuciones han acabado por llevar al sistema representativo democrático a un estado de anemia. Se refiere al juez ordinario —en Francia, el civil, penal, etc.—, también al juez contencioso-administrativo, al constitucional, en fin, al juez de las instancias supranacionales, en concreto, al de Justicia de la Unión europea y al Europeo de Derechos humanos. Sus poderes se han ido afirmando con poco ruido pero de manera tan determinante que «podemos decir que cada vez es más claro que el capricho del príncipe se ha sustituido por el capricho del juez».

La ley —viene a explicar Schoettl— no domina ya el ordenamiento jurídico y la política invade las salas de audiencias. La ley promulgada ha dejado de ser un valor seguro sino un instrumento «precario y revocable» gravado por una doble hipoteca: la del derecho europeo y la «cuestión prioritaria de constitucionalidad». Aclararé que esta última, conocida en el país vecino con las siglas QPC, remite a la novedad introducida en 2008 según la cual toda persona que es parte de un pleito tiene derecho a sostener que una disposición legislativa atenta a sus derechos y libertades constitucionales. El asunto llega entonces al Consejo Constitucional si así lo autoriza el Consejo de Estado o la *Cour de Cassation*, en función de la materia que sea objeto de examen.

Es así como la ley ha dejado de tener un contenido duradero y previsible para convertirse en «una regla provisional, perpetuamente discutida, a merced de la habilidad litigiosa puesta al servicio de intereses y de pasiones privadas».

Sufre la soberanía nacional por el efecto de la legislación europea y sufre la soberanía nacional por efecto del poder del juez que se impone a los productos legislativos: «en nombre de los derechos del hombre, de la paz universal y del dulce comercio, Sieyès y Rousseau han sido relegados al almacén de pensadores obsoletos o de viejos demonios a confinar en una botella sólidamente sellada».

Y es que, a su juicio, el control jurisdiccional se ha ampliado de manera tan avasalladora —en extensión y en intensidad— que todo se ha hecho «justiciable», desde el simple acto administrativo producido en una institución escolar o en una cárcel hasta la ley, nada está fuera de la acción del juez que además ha sido dotado —en el caso del juez administrativo— de un poder de *injonction* (mandato, requerimiento) a través del *référé-liberté*, creado el año 2000, que se activa cuando la Administración puede haber violado gravemente el ejercicio por parte de un ciudadano de alguno de sus derechos fundamentales (este juez del *référé*, al tratarse de una cuestión de urgencia, ha de pronunciarse en un plazo de cuarenta y ocho horas).

Schoettl pone un ejemplo espectacular y es el que se conoce como «L'affaire du siècle», que muestra cómo la sala de audiencias se ha convertido, para los nuevos activistas, en el lugar central de su acción militante.

El Consejo de Estado fue llamado a pronunciarse, como consecuencia de una demanda interpuesta por un municipio y varias asociaciones privadas, sobre la actitud del Gobierno en relación con las medidas para atender el objetivo, fijado por los Acuerdos de París, de reducción de los gases de efecto invernadero en un determinado porcentaje. En noviembre de 2020, el Consejo de Estado pidió al Gobierno justificar, en el plazo de tres meses, que tal reducción podrá ser respetada. Los datos que aportó no convencieron al Consejo dando la razón a los demandantes porque, en efecto, las medidas tomadas eran débiles y por tanto los compromisos gubernamentales no podrían ser respetados si no se adoptaban otras complementarias «hasta el 31 de marzo de 2022 para alcanzar el objetivo de reducción de emisión de gases de efecto invernadero en un 40% de aquí a 2030».

«¿Qué medidas?», se pregunta Schoettl. Su determinación excede la capacidad técnica del juez y además han de ser de naturaleza reglamentaria porque el juez administrativo no ordena al legislador. «Los activistas piden al juez medidas sin especificar cuáles; el juez ordena al Gobierno medidas sin precisar cuáles; el Gobierno invoca medidas que tendrían su encaje en una ley que no ha sido aprobada ni evaluada. Pero todo ello no preocupa a los activistas: lo que les importa es haber obtenido una victoria simbólica en el escenario judicial».

Lo inquietante es que tal litigio no es un caso aislado pues la lucha contra la degradación climática es un vivero. Así, en septiembre de 2019, el Tribunal Correccional de Lyon puso en libertad a dos activistas que se habían apropiado de los retratos del presidente Macron que colgaban en unas oficinas municipales. El fiscal pidió una modesta multa de 500 euros. Para el juez, sin embargo, llevarse los retratos del jefe del Estado no podía ser sancionado penalmente porque los activistas, que eran ecologistas, se encontraban en un «estado de necesidad» frente a la inacción del Estado contra el calentamiento global. La supresión de la efigie de Macron debía ser contemplada como «el sucedáneo necesario del diálogo impracticable entre el presidente de la República y el pueblo [...] porque el modo de expresarse los ciudadanos en un país democrático no puede reducirse a emitir el voto con ocasión de unas elecciones sino que debe intervenir por medio de otras formas de participación en el cuadro de un deber de vigilancia crítica».

Un despropósito visto «como una conquista de la democracia, como una garantía contra la arbitrariedad y como una apoteosis del Estado de Derecho».

Se olvidan tres cosas —recuerda el autor—: que el juez no es omnisciente ni infalible; que tiene sus prejuicios, y que, contrariamente a una función pública que responde ante la autoridad ministerial; a un Gobierno que responde ante el Parlamento, y a un Parlamento que responde ante el pueblo, el juez es inamovible y no responde ni siquiera en vía disciplinaria ante el Consejo Superior de la Magistratura. *¿Quis custodiat ipsos custodies?* ¿Nos hemos olvidado del art. 15 de

la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «La sociedad tiene derecho a pedir cuentas a todo agente público de su administración»?

La sala de audiencias —viene a concluir Schoettl— es para el activismo un lugar más estratégico que el Parlamento.

El hecho de que, en este libro, las afirmaciones generales y teóricas sean completadas con casos prácticos, variados (y aun pintorescos), que el autor conoce bien por su experiencia, convierte la lectura de este alegato en un ejercicio intelectual vibrante, habitado como está todo él por un tono polémico y desafiante.

«Resulta que es el juez, influido por los guardianes del Templo (autoridades administrativas independientes como el Defensor de los derechos, instancias europeas, asociaciones militantes dotadas de la capacidad de actuar en juicio, una doctrina jurídica ganada para la causa de la expansión indefinida de los derechos individuales...), quien prescribe a la postre el contenido de las políticas públicas». «Se produce así un desplazamiento del centro de gravedad de la vida pública desde los dos primeros poderes al tercero, despojando a los representantes directos de la soberanía popular (Gobierno y Parlamento) en beneficio de un poder jurisdiccional policéfalo y de otras instancias no elegidas...».

A lo que añade un corolario especialmente provocador: «esta apoteosis del juez es saludada por la nueva ortodoxia jurídica, con acentos escatológicos, como la culminación del Estado de Derecho. Un republicano tradicional lo que ve, sin embargo, es una regresión, a saber, la vuelta a los Parlamentos del Antiguo Régimen, contra los cuales la Revolución reaccionó virulentamente».

La soberanía popular —insiste Schoettl— es la democracia representativa delante de la jurisprudencia, la elección delante del poder jurisdiccional... La misión del juez es aplicar la ley, también interpretarla, ciertamente, pero sin desnaturalizarla ni reducir su importancia ni completarla indebidamente. Hace años tanto el Consejo de Estado como el Constitucional resistieron moviéndose en el terreno del interés general, de la concepción francesa de la igualdad —especialmente en materia de discriminaciones positivas— y en contra de una aplicación ilimitada de la libertad individual, pero ya desde hace mucho tiempo han abatido estas barreras defensivas y hoy «juegan el papel de buenos alumnos de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo [...] lo que encuentra un motor suplementario en la embriaguez que el juez padece a la hora de officiar como gran sacerdote de la nueva religión, acogiendo bajo sus alas las quejas de las víctimas del sistema y sometiendo a este a sus censuras y requerimientos, siempre con el aplauso mediático».

Y, frente al juez, los políticos observan el silencio de los corderos, temblando ante una acusación de faltar al respeto del Estado de derecho: «el juez era para Montesquieu la boca que pronunciaba las palabras de la ley, hoy es la ley la boca del juez».

Los capítulos dedicados al juez que protege a unos a costa de todos, al uso de la responsabilidad penal de los políticos, a las motivaciones ideológicas y corporativas que son moneda común en los juzgados y tribunales, más las invectivas contra la justicia europea, forman otras tantas partes de este libro trepidante

escrito por quien, a los setenta y cinco años, ejerce con la pluma el papel de maduro guerrero frente a lugares comunes.

Cuando, tras la lectura del alegato de Schoettl, restauro en mis interiores el equilibrio, hago balance de mis coincidencias y de mis discrepancias respecto de su análisis y de su mensaje.

Y lo que debo asegurar ante todo es mi admiración por quien se atreve a arremeter con valentía contra los tópicos dominantes en la sociedad y lo hace pertrechado con las armas de sus conocimientos y de sus convicciones asentadas en las experiencias de una vida dedicada, desde lugares prominentes, a participar en la aplicación del derecho público. Y a observar su evolución en medio siglo.

Entiendo que hay una buena dosis de exageración en sus planteamientos, pero esto no los descalifica porque a un buen alegato nunca le sobran ni los aspavientos ni una dosis de truculencia.

En la medida en que Schoettl nos hace ver sin contemplaciones el deterioro del Estado de derecho, sus desconchones y las averías en sus hechuras, creo que está rindiendo un servicio a los iuspublicistas a quienes no nos viene mal que, de cuando en cuando, alguien nos limpie las legañas y nos ajuste nuestras lentes.

Ahora bien, precisamente ese estudio de los desconchones, que con tanto énfasis realiza respecto de la labor de los jueces, debería completarlo con los que afectan al Parlamento, corazón para él de la vida política y regazo de la voluntad popular, el «actor mayor» de la democracia.

Quien escribe esta reseña no ha tenido experiencia como miembro de tribunales de justicia, pero sí la ha tenido como diputado. Por eso puedo asegurar que la expresión de esa voluntad popular está permanentemente distorsionada por el hecho de la desaparición práctica, consecuencia de la partidocracia, de la libertad de voto del diputado, una vez que se ha vaciado de contenido la vieja prohibición del mandato imperativo.

Un problema mayúsculo que Schoettl, aficionado a desempolvar las conquistas de la Revolución, debería airear. Releer algunas páginas de un clásico llamado Léon Duguit sería pertinente.

Destaco asimismo la diligencia agobiante de tenaces grupos de presión. Y no me refero a los que puedan representar intereses económicos propiamente dichos, sino a otros más difusos y «transversales», como son organizaciones de fuerte contenido ideológico, caso —entre otros— de algunas de feministas o de homosexuales, cuyas laboriosas cúpulas dirigentes controlan de forma implacable los votos de los diputados, desencadenando contra ellos las más severas persecuciones cuando no coinciden con sus planteamientos.

Restablecer, en esta hora pegajosa de las redes sociales, la libertad de expresión de los diputados a la hora de ejercer su derecho al voto es condición indispensable para reivindicar el Parlamento como la clave de bóveda del sistema democrático y el baluarte del Estado de derecho.

Francisco Sosa Wagner
Universidad de León