

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI: *Los derechos fundamentales económicos en el Estado Social*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 243 págs.

No muchos autores del panorama académico son capaces de asumir el reto de abordar en una misma obra cuestiones tan relevantes como la eficacia de los principios rectores del Estado social, la limitación de derechos fundamentales o las implicaciones para ello del principio de proporcionalidad. El profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Janini sale airoso del reto y nos presenta, además, en *Los derechos fundamentales económicos en el Estado Social*, un ensayo de plena actualidad. ¿Qué implicaciones tiene para los poderes públicos el reconocimiento de principios rectores en materia de *política social*? ¿Cómo interactúan dichos principios con la limitación de derechos fundamentales económicos, para avanzar en la construcción del Estado social? ¿Qué papel ha jugado el principio de proporcionalidad en dicha configuración? El autor de la obra trata de responder a dichas cuestiones, no sin adentrarse en cuestiones controvertidas, como el contenido esencial de los derechos fundamentales o el activismo judicial de las Cortes constitucionales.

De esta forma, y en el marco de lo que Víctor Ferreres denominó *teoría epistémica* de la democracia, *el juez debe actuar bajo la presunción de que la ley es constitucionalmente válida, pues esta se basa en un conjunto de razones que han obtenido el respaldo de una mayoría parlamentaria*. Este sería el esquema bajo el cual el autor de la obra reseñada defiende su tesis principal: justificar cómo la Constitución preestablece *las condiciones* para una mayor deferencia en la restricción de derechos económicos cuando se trata de desarrollar el principio de *Estado social*.

El primer capítulo, a modo de marco general, es dedicado a establecer la relación entre derechos fundamentales y principios rectores, así como las condiciones que precisan su restricción y/o delimitación. Así, una vez explicadas las implicaciones para los poderes públicos de los principios establecidos en el capítulo III del título I de nuestro texto constitucional, el autor reflexiona, en un escueto pero preciso análisis del régimen jurídico de los derechos fundamentales, sobre sus condiciones de restricción y/o delimitación.

De esta forma, el análisis no se limita solamente a enunciar las diferentes condiciones constitucionales para la restricción de los derechos fundamentales — véase la reserva de ley y el respeto al contenido esencial— sino que el autor *toma partido*, apostando por una teoría relativa sobre la determinación del contenido esencial: *dicho contenido esencial convendría con una barrera procedimental equivalente al principio de proporcionalidad* (pág. 49). La base expuesta —las implicaciones para los poderes públicos de los principios rectores y las condiciones de limitación de derechos fundamentales— será el esquema que utilizará el autor para analizar, en los restantes tres capítulos de la obra, la limitación de derechos económicos en base a principios sociales en los casos de Estados Unidos, España y de la Unión Europea.

Debemos advertir que gran parte de las cuestiones que analiza el profesor de la Quadra-Salcedo en el primer capítulo han resultado de máxima actualidad

en la reciente limitación de derechos provocada por el COVID-19. Si bien los debates entre restricción, delimitación o suspensión de derechos se convirtieron en un tema de máximo interés en el orden del día público, el Tribunal Constitucional, al enjuiciar dichas medidas, indicó que los derechos fundamentales «son eventualmente limitables [...] si bien cuentan adicionalmente con la defensa que aporta el principio de proporcionalidad» (STC 148/2021, FJ 3.III). Coincide en este punto la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional con la posición relativa del contenido esencial que expone el autor.

En el segundo capítulo se realiza un análisis del contenido constitucional del derecho a la propiedad y a la libertad de empresa en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español para, a continuación, analizar el contenido esencial de dichos derechos.

Precisamente la aplicación del principio de proporcionalidad como límite a las restricciones del derecho a la libertad de empresa ocupará la última parte de dicho capítulo: si bien hasta 2014 el Tribunal Constitucional aplicó el test de proporcionalidad de forma estricta a dichas restricciones, a partir de la STC 53/2014 se abandona dicho test estricto, aplicando, *en algunos supuestos*, un test de mera razonabilidad. Dicho enjuiciamiento más laxo se enmarca en el contexto de la *neutralidad económica de la Constitución* que, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal alemán, obedece al máximo respeto hacia el pluralismo político que debe guiar el principio de Estado social.

El capítulo III se dedica a analizar los derechos económicos en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. Partiendo de la base que la Constitución de los Estados Unidos no incluía inicialmente una declaración de derechos, el autor expone cómo se consolidó dicha carta de derechos, inicialmente con la inclusión de varias enmiendas y posteriormente con las teorías de la «incorporación». La cláusula del debido proceso jugó un papel fundamental: tanto en la expansión del alcance de los derechos desde el nivel federal a los diferentes Estados como en el reconocimiento de límites a los propios derechos. Dicha cláusula —que protegía la vida, libertad o propiedad asegurando un debido proceso legal— transcurrió de una interpretación puramente procedimental a una interpretación sustantiva, tanto por parte del Tribunal Supremo como de los tribunales de los Estados.

Así, los derechos que protegía la cláusula del debido proceso —especialmente la libertad de mercado, la libertad de contratar y el derecho de propiedad— podían ser restringidos si existía un objetivo legítimo, especialmente en los campos de la protección de la salud, seguridad o moral pública. Se reconocía la posibilidad de declarar inconstitucionales medidas públicas en base a dicho esquema, si bien los tribunales eran reacios a ello, *aplicando un escrutinio que actualmente entenderíamos de mera razonabilidad* (pág. 126). Se mostraba, por tanto, una amplia deferencia con el legislador, deferencia que se quebró a partir del caso *Lochner v. New York*.

El caso *Lochner* —donde se declaró inconstitucional una norma que limitaba la jornada laboral máxima de los panaderos por no afectar suficientemente

a la protección de la salud, pero restringir en exceso la libertad de contratar— se convertirá en el paradigma del *activismo judicial*, aplicando un test de proporcionalidad estricto —y no solo de mera razonabilidad, como habíamos visto hasta el momento—. ¿Estaba pasando el Tribunal Supremo de realizar su legítima función de control a imponer su propia teoría de lo que es una correcta política económica? El autor parece conducirnos hacia una respuesta afirmativa a dicha cuestión, tanto por los pronunciamientos del Tribunal Supremo que se exponen como por los datos que se presentan.

No obstante, el carácter intervencionista del Estado posterior a la Gran Depresión provocará un cambio de postura en el Tribunal, que terminará afirmando que «para la protección contra los abusos del legislador la gente debe acudir a las elecciones, no a los tribunales». Aunque dicha vuelta a la deferencia judicial fue criticada desde posiciones relacionadas con la teoría de la elección pública, «la jurisprudencia del TS sigue manteniendo la concepción que podemos denominar de neutralidad económica de la Constitución y continúa sometiendo las regulaciones que afectan a los derechos económicos a un mero test de razonabilidad» (pág. 168).

Así como hemos indicado en el caso español —y se expondrá posteriormente en el europeo—, en el marco de las restricciones al comercio entre Estados se seguirá aplicando un test ciertamente estricto, requiriendo que los estados produzcan «efectos diferenciados» con sus políticas para aplicar la proporcionalidad en su sentido estricto.

Por último, en el capítulo IV, el profesor De la Quadra-Salcedo analiza los riesgos de *lochmerización* del modelo europeo. De esta manera, los límites a las restricciones de los derechos fundamentales económicos en el marco comunitario transcurren en dos fases diferenciadas, marcadas por la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No sorprende que incluso en el periodo previo a la Carta el TJUE entendiera los derechos fundamentales como parte crucial de los principios generales del derecho de la Unión Europea. Desde esa posición, solo fue cuestión de tiempo que se convirtieran en parámetro de control de los Estados miembros en su tarea de aplicación del derecho de la Unión.

El reconocimiento de un catálogo escrito de derechos fundamentales comunitarios comportó novedades al panorama que acabamos de explicar: tanto en el reconocimiento del contenido esencial de los derechos como en el principio de proporcionalidad. No obstante, parecía que el TJUE seguía aplicando de forma laxa dicho principio, considerando especialmente «la función que pueden llegar a tener los derechos económicos en la sociedad» (pág. 205). Dicha jurisprudencia empieza a mostrarse dubitativa y a aplicar en algunas ocasiones —*sin un criterio claro de en qué casos*— el principio de proporcionalidad de forma estricta, aunque sin llegar a declarar ninguna regulación contraria a la Carta.

Es precisamente dicha aplicación errática del alcance del principio de proporcionalidad lo que despierta la atención del autor: ante una jurisper-

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