

Trabajo recibido el 4 de mayo de 2020 y aprobado el 12 de mayo de 2020

## El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho Público en Europa, de José Esteve Pardo

CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN\*

En tiempos en que han surgido estallidos sociales y luego pandemias globales con severos impactos locales, aparece este texto que puede ayudar a comprender en clase política, sociológica y, por supuesto, jurídica algunos de los actuales debates que se están produciendo en nuestras actualmente convulsionadas sociedades.

Se presenta el penúltimo libro del Profesor José Esteve Pardo<sup>1</sup>, titulado *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho Público en Europa* (Madrid, Marcial Pons, 2019, 212 pp.), de los más reconocidos catedráticos de Derecho Administrativo en España, y con una presencia relativa en Chile. Este un libro complejo pues nos “habla” desde distintas perspectivas: es por una parte histórico pues se ubica y centra su atención de análisis en los desarrollos dogmáticos del período de entreguerras<sup>2</sup>; sociológico-político, pues explica ese tiempo, también en dicha clave; y al mismo tiempo es jurídico y muy actual, pues de lo analizado se derivaron varias cuestiones muy vigentes: las instituciones públicas —incluso la idea de ellas—, configuración de los derechos, la actual idea de democracia, y muchos aspectos maduros ya de los regímenes políticos vigentes, por lo que condensa una riqueza sin igual para comprender las crisis de algunas instituciones vigentes.

Desde la Introducción al libro —justificadora y esquematizadora del trabajo—, Esteve Pardo da las razones de una revisión de una época convulsa, previa a la gran hecatombe y caída de las democracias en general en Europa central y sur, pero con impacto en todo el mundo. En este contexto el antiparlamentarismo, se nos presenta como una respuesta, una resistencia si se quiere al avance democratizador y popular de los regímenes políticos —la democracia de masas—, y por lo mismo, estructurante con sus éxitos y fracasos de todo el actual Derecho Público europeo y —si se me permite la proyección—, de todo aquel tributario de aquel, el chileno entre ellos.

La monografía materia de este análisis crítico, si bien se configura sobre la base de seis capítulos, en realidad, es posible distinguir nítidamente dos grandes partes.

La primera parte, es esencialmente *descriptiva y caracterizadora*, donde se aportan numerosos datos, que muestran el conocimiento, a veces más a veces menos profundos del autor, sobre el desarrollo político, social y jurídico de una época muy relevante para el Derecho Público que se planta fundamentalmente como una crítica al parlamentarismo liberal burgués —que había

---

\* Profesor de Derecho Administrativo, Derecho de Aguas y Derecho del Medio Ambiente, de la Universidad Adolfo Ibáñez, RM, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas (1998), U. de Valparaíso; Abogado (2000); Magíster en Ciencia Jurídica (2008) y Doctor en Derecho (2011), P. U. Católica de Chile. Correo electrónico: christian.rojas@uai.cl.

<sup>1</sup> El último se titula *Hay jueves en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder* (Madrid, Marcial Pons, 2020, 93 pp.).

<sup>2</sup> Para un análisis estrictamente histórico, se recomienda a Stolleis, Michael (2017) *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*. Trad. F. Fernández-Crehuet. Madrid: Marcial Pons, 213 pp.

construido el Estado liberal de Derecho—, aunque quizá no quiso algunas de sus consecuencias, derivadas de esa crítica. En efecto, bajo el concepto de “antiparlamentarismo” se agrupan teorías muy diversas en cuanto a su objetivo o finalidad, pues por un lado, están todas aquellas que realizan una crítica del parlamentarismo y que denuncian su incompatibilidad con los nuevos tiempos, pero que defienden soluciones no democráticas —siendo Carl Schmitt su más reconocido representante—; y por otro, encontramos teorías cuyo objetivo principal no es acabar con el parlamentarismo sino, al contrario, garantizar su supervivencia mediante su limitación, lo que en palabras del autor “(es) el pensamiento que concibe toda una serie de teorías e instituciones con las que se pretende moderar y racionalizar el poder y la actuación de los parlamentos. Esta es la línea que acaba dejando una marcada impronta en el orden jurídico y constitucional en el que todavía seguimos instalados” (p. 17).

Para ello revisa el caso de Alemania (quizá el más representativo, con sus “mandarines”), y también el de Francia, Italia, Portugal y España, mostrando la evolución de las discusiones, y ubicando toda la crítica doctrinal al parlamentarismo, por un lado, y al positivismo legalista por otro. Son representantes de este antiparlamentarismo León Duguit en Francia; Gaetano Mosca, Vitorio E. Orlando y Santi Romano en Italia (los tres de Palermo); Gumersindo de Azcárate, Fernando de los Ríos y Adolfo Posada en España; el ya nombrado Schmitt y Heinrich Triepel en Alemania, entre otros (pp. 27-82).

En la segunda parte, de carácter fundamentalmente *sustantiva y dogmática*, el autor trata los temas asociados, y vincula a las críticas los aportes.

La crítica al parlamentarismo (con razón criticado en esa época por desbordado) determinó también la crítica frontal a la ley para suplantarla por otras nociones: la regla social de Duguit o la institución de Maurice Hauriou (alejado de los centros de poder, en Bordeaux), sobre todo, para limitarla. Para acabar con el absolutismo parlamentario se reivindicó el control de constitucionalidad de las leyes en el caso de Triepel; críticas muy fundadas a partir de las cuales se propusieron nuevas teorías en lo que puede considerarse la segunda —la primera derivó de la Revolución francesa— y muy relevante etapa de formación del Derecho Público en Europa (pp. 83-123).

Surgen así, las propuestas y aportes, concretados en la doctrina de las relaciones especiales de poder como espacio exento de la intervención del legislador parlamentario con Otto Mayer; la potestad del Gobierno de dictar normas con rango de ley o decretos-leyes de Romano<sup>3</sup>; la vinculación y limitación del legislador y la teoría de la institución (con origen en Francia pero desarrollo en Alemania); el control judicial de las leyes<sup>4</sup> especialmente por los aportes de Triepel (más que los de Schmitt); la renovación del Derecho administrativo como consecuencia del creciente intervencionismo estatal la teoría de la Administración como prestadora de Ernest Forsthoff; y la teoría del servicio público configurada de manera objetiva al modo institucional (pp. 124-165).

En fin, de sus realizaciones o logros —construidas en base al antiparlamentarismo crítico, y no el destructivo, antidemocrático, o de democracia “iliberal”—, es posible destacar una mejora al sistema democrático en general, y al sistema parlamentario en particular (como fórmula específica de gobierno); el reconocimiento de una conexión entre las generaciones discipulares de entreguerras (muy críticas) y la posterior (de realizaciones) en la dogmática alemana; muy significativamente la Ley Fundamental de Bonn como gran realización de la corriente correctora de los excesos del parlamentarismo; la concepción institucional de los derechos y garantías fundamentales, vinculando al legislador a unos contenidos dados, superador del positivismo

<sup>3</sup> Lo que podría considerarse base de nuestros reglamentos autónomos.

<sup>4</sup> Cuestión probablemente de especial relevancia entre nosotros dado el cuestionamiento al control previo de constitucionalidad que realiza el actual Tribunal Constitucional chileno.

meramente legalista; así como los mecanismos de control de abuso del poder y de la arbitrariedad del legislador, a partir del desarrollo de los tribunales constitucionales; y con dudas y cuestionamientos más que otra cosa, la teoría de las relaciones especiales de sujeción o relaciones especiales de poder, dado su marcada amplitud (pp. 167-193).

Afortunadamente —en esto se coincide claramente con el autor—, no quedaron de algunos aspectos de los desarrollos, como son el pensamiento corporativista y la democracia directa como formulas de una “democracia” asociada a los experimentos nazi y fascista, opuesta a la democracia representativa (pp. 193-198).

A la hora de los balances, como nos ya tiene acostumbrados Esteve Pardo, cabe señalar que el texto es claro, preciso, ameno, se lee fácilmente, y si bien es una obra no estricta o puramente jurídica —pues como se dijo combina o se mueve también con mucho acierto en la teoría política, la sociología e incluso la nota biográfica de algunos autores—, permite comprender muchas de las instituciones vigentes, así como las (varias) crisis que actualmente vivimos, que en parte se basan en la construcción y comprensión de un tipo de Derecho público configurado ya hace tantas décadas —quizá demasiadas—, explicable para su tiempo, pero que hacen necesaria sino urgente la revisión de sus bases.

Este libro, provee insumos poderosos para hacerlo, sobre todo en vistas que criticar a nuestras instituciones representativas —muchas veces fundadamente—, constituye casi un “deporte nacional”, sin detenernos en el hecho que lo que debe hacerse es criticarlas para perfeccionarlas, no para eliminarlas; cuestión que debe tenerse especialmente presente dadas las corrientes fascistas y/o populistas que regularmente se aprovechan de aquello. Con ello, ya se considere la época analizada, ya se consideren algunos ejemplos en el mundo hoy, se socava la democracia, se destruyen sus instituciones, y se minan las bases del Derecho público, que tanto ha costado construir.

No queda más que recomendar vivamente su lectura, especialmente pertinente para estos tiempos.