

LA REPRESENTACIÓN: EXISTENCIAL EN LO PÚBLICO Y FICCIÓN EN LO PRIVADO

Jorge Edmundo BARBARÁ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La representación en Carl Schmitt*. III. *La singularidad política y jurídico-política del concepto de representación*. IV. *La representación y el sistema parlamentario del “Estado burgués de derecho”*. V. *La representación en Hans Kelsen*. VI. *El ideal de la democracia y las metamorfosis de la idea de la libertad*. VII. *El parlamento y la representación*. VIII. *El principio de la mayoría y la realidad de la democracia*. IX. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la representación política es un problema para la teoría política y para la teoría constitucional. Así lo he considerado con anterioridad (2016). En la filosofía política ese fenómeno ha sido considerado instrumento de la libertad, pero también de la esclavitud. Es por ello que no me parece apropiado hablar de “crisis de la representación”, sino del *problema* que esa institución presenta al momento de reflexionar sobre su concepto. El *problema* es tanto más complejo y mayor cuanto que las cartas constitucionales propias del Estado de derecho, de manera unánime, adoptan la “forma de gobierno representativa” como correlato institucional del principio de soberanía del pueblo. Y el *problema* se complejiza aún en mayor grado cuando se fusiona la soberanía del pueblo con la democracia, y se espera que la institución de la representación otorgue satisfacción a las demandas sociales que se invocan en nombre de la idea de un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, idea que excluye, precisamente, la existencia de la representación. Ciertamente que las demandas

* Profesor titular de derecho político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesor catedrático de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina).

sociales insatisfechas exceden las reflexiones académicas y son susceptibles de plantearse en un escenario de violencia.

¿Es la representación una aporía, o podemos superar la dificultad y torlarla compatible con el orden estatal democrático?

Es por ello que considero de interés detenerme en el concepto que de representación les merece a Carl Schmitt y a Hans Kelsen, pensadores ambos de rigor y entidad indiscutidos, ambos contemporáneos en una época europea de profunda inestabilidad y de profundos ataques, desde la izquierda y desde la derecha, al Estado de derecho.

La oposición entre ambos pensamientos, señalada por Pablo Riberi en su excelente *Teoría de la representación política*, es precisamente el motivo de la selección de esos dos autores.¹

El antagonismo de sus posiciones intelectuales y de sus consecuentes conceptos sobre la representación contribuirá a formarnos nuestra propia idea sobre el concepto de la representación y su eventual viabilidad en el Estado de derecho.

Schmitt, crítico del Estado de derecho y al que denomina “Estado burgués de derecho”. Kelsen, defensor del Estado de derecho, al que concreta en el sistema parlamentario.

II. LA REPRESENTACIÓN EN CARL SCHMITT

En Carl Schmitt el concepto de representación abarca un todo superior.

Ese todo superior sería el pueblo existente como una unidad política que llega a configurar un ser superior en relación con cualquier otro grupo humano.

Si no se representara a esa categoría social superior llamada pueblo, no estaríamos en presencia de una genuina representación política.

Para arribar a esa idea de representación, es conveniente seguir el propio camino que recorre Carl Schmitt. En otras palabras, una mirada que pretende ser rigurosa en la comprensión del concepto schmittiano de representación requiere detenernos en su propia mirada.

1. *El Estado de derecho y las formas políticas*

Antes de ingresar en el concepto de representación, Carl Schmitt advierte que el Estado de derecho desvirtúa los principios político-formales

¹ Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, Rubinzal-Culzoni, 2014.

que permiten comprender al Estado como un estatus del pueblo en el sentido de una unidad política.

Según fuere la manera de configurarse una unidad política del pueblo, estaremos en presencia de una forma política. Monarquía, aristocracia y democracia son formas políticas cuyos criterios de diferenciación serán desarrollados al momento en que Schmitt se ocupe de la representación como uno de esos criterios de diferenciación.

Schmitt entiende que, en el Estado de derecho, al incorporar los principios de derechos fundamentales y de división de poderes, las formas políticas quedan resignificadas a través de una Constitución.

En ese sentido, nos dice Schmitt que

...la introducción de estos principios (derechos fundamentales y división de poderes) transforma toda monarquía en una monarquía constitucionalmente limitada, es decir, en la llamada monarquía *constitucional*, en que ya no es definitivo lo monárquico, sino lo constitucional. De igual manera, se cambia el principio político de la democracia y se hace de un Estado democrático puro una democracia *constitucional*...² (cursivas del propio autor).

Ello significa que para Schmitt el Estado de derecho no constituye, en sí mismo, ninguna forma de gobierno, sino “sólo una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y de relativización del poder del Estado”.³

Por lo tanto, los principios de la libertad burguesa determinan que cualquier Estado debe ser *limitado* en el ejercicio del poder, con prescindencia de la forma política que adopte como vestidura.

Schmitt señala que, para los teóricos del Estado liberal burgués, el concepto de soberanía se adscribe a la Constitución en sí misma —“soberanía de la Constitución”—, lo cual significa la soberanía de los principios del Estado de derecho, o en abstracto, la “soberanía de la razón y justicia”, “en lugar de una soberanía con existencia concreta”.⁴

Ello significa que el concepto de soberanía del pueblo queda subordinado a la exigencia de incolumidad de los derechos fundamentales y de la división de poderes, aun en una democracia.⁵

² Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011, p. 266.

³ *Ibidem*, p. 265.

⁴ *Ibidem*, p. 266.

⁵ Martín Kriele, de manera emblemática, sostiene que “En el Estado constitucional no puede haber un soberano... En el Estado constitucional no hay soberano: se trata, en cambio —histórica y conceptualmente—, de la división de la soberanía estatal entre la totalidad

Es de advertir que cuando Schmitt entiende que la soberanía es una “soberanía con existencia concreta” es consecuente con su idea de que la soberanía se adscribe a un sujeto con capacidad de decisión en la medida en que el pueblo se haga presente como unidad política. Y ello ocurre cuando un pueblo alcanza un grado de una conciencia política propia y voluntad nacional, con aptitud para distinguir entre amigo y enemigo.

Si la esencia de lo político radica en que el reagrupamiento real amigo-enemigo sea intenso y exclusivo, superando la mera diferenciación religiosa o cultural o de cualquier otro carácter, aparece entonces una unidad decisiva y, además, soberana, en el sentido de una capacidad real y efectiva que asume la decisión sobre el caso decisivo.

En *El concepto de lo político*, Schmitt nos dice:

Todo enfrentamiento religioso, moral, económico, étnico o de otro tipo se transforma en un enfrentamiento político si es lo bastante fuerte como para reagrupar efectivamente a los hombres en amigos y enemigos. Lo “político” no consiste en la lucha misma, que tiene sus propias leyes técnicas, psicológicas y militares, sino, como se ha dicho, en un comportamiento determinado por esta posibilidad real, en el claro conocimiento de la situación particular de ese modo creada y en la tarea de distinguir correctamente amigo y enemigo... En todo caso es siempre, por eso, el reagrupamiento humano *decisivo*, y como consecuencia de ello la unidad política, todas las veces que existe, es la unidad decisiva y “soberana” en el sentido de que la decisión sobre el caso decisivo, aun cuando éste sea el caso de excepción, por necesidad lógica debe corresponderle siempre a ella. El término “soberanía” es aquí usado en un buen sentido, como el término “unidad”⁶ (cursivas del propio autor).

Pero además de subordinar los principios del Estado de derecho al concepto de la soberanía del pueblo, el Estado de derecho modifica y desvirtúa los principios político-formales que permiten distinguir las tres formas tradicionales de gobierno: monarquía, aristocracia y democracia.

Esto último, porque el Estado de derecho se presenta como un Estado mixto, y la Constitución burguesa del Estado de derecho es también una Constitución mixta, porque en la estructuración de los poderes se encuentran recíprocamente vinculados distintos principios político-formales.

Ciertamente que Schmitt advierte que la larga tradición clásica del *status mixtus* fue desplazada por el absolutismo monárquico que puso en vigen-

de los órganos del Estado y del derecho público” (Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 156 y 157).

⁶ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984, pp. 34 y 35.

cia el ideal de una Constitución pura —no mixta—, apareciendo la teoría de la Constitución pura como teoría del absolutismo.

Sin embargo, Schmitt afirma que la mixtura del Estado de derecho y de su Constitución no configuran una forma política propia, y no configuran una unidad política.

De allí que el Estado de derecho no puede resolver exitosamente la cuestión referida al poder constituyente. Esa cuestión no puede, pues, resolverse ni desde el punto de vista teórico ni práctico, por los principios y elementos propios del Estado de derecho.

La mezcla de ideas liberales y democráticas y las abstracciones tales como “soberanía de la Constitución” o “soberanía de la justicia” oscurecen y obstruyen una inteligencia rigurosa y correcta del poder constituyente, núcleo crucial a partir del cual puede entenderse la cuestión referida a la forma política.⁷

⁷ La diferenciación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado y la consecuente limitación de este último a la matriz del Estado de derecho se encuentra en línea con la observación de Schmitt. En tal sentido, la circunstancia de que el artículo 30 de la Constitución Nacional de la República Argentina autorice la posibilidad de reforma no sólo parcial, sino total la Constitución, unido a la necesidad de una previa declaración de una mayoría calificada de los miembros del Congreso, cercana a la unanimidad, y el requerimiento de que una convención constituyente constituida por representantes extraordinarios del pueblo lleven adelante una reforma total, se encuentra en oposición con la exigencia de supuestos contenidos pétreos del texto constitucional a reformar y, con ello, en oposición con la *idea* de que esos representantes extraordinarios no son mandatarios del pueblo, sino que es el propio pueblo que se expresa al momento de ejercer el Poder constituyente. Tal es la doctrina de Sieyès (Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, Madrid, Alianza, cap. V, 2003, pp. 141-145) y del propio Hamilton: “...debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios” (Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 340). Asimismo, el principio de “soberanía del pueblo” que nuestra Constitución adopta no parece autorizar a distinguir dos clases de pueblos cualitativamente diferentes: uno, el que efectivizaría el poder constituyente originario, siempre superior; otro, el que ejercería el poder constituyente derivado, siempre subordinado al primero. La circunstancia de que se desconfíe de un ejercicio del poder constituyente por un pueblo no propenso a mantener las libertades individuales y la limitación del poder no puede encontrar fundamento en criterios doctrinarios contradictorios con la propia doctrina ideológica que luchó por aquellas libertades y por el significado del poder constituyente. Antes bien, el fundamento de negarle idéntica potestad soberana a un pueblo habría que buscarlo en el esfuerzo de encubrir actores institucionales envilecidos que descuidaron el poder que el propio pueblo les había confiado, particularmente al momento de atender el crucial problema de la ejemplaridad ética y de la educación. Por lo demás, el desconcierto en la comprensión del poder constituyente puede advertirse en los pronunciamientos contradictorios de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en los respectivos casos “Fayt” (Fallos: 322:1616) y “Schiffrin” (fallo del 28 de marzo de 2017).

En este marco conceptual del “Estado burgués de derecho”, como lo denomina Schmitt, al cual le ha formulado severas críticas que no sólo lo llevan a advertir que carece de identidad en cuanto forma política propia, sino, y lo que es aún más grave, distorsiona y desvirtúa los supuestos cruciales de conformar una unidad estatal, tales como el poder constituyente y la soberanía, el autor se va a ocupar de los principios estructurales de las diversas formas políticas. Y aquí encontramos su concepto de representación.

2. *Los principios estructurales de las formas políticas: identidad y representación*

Schmitt sostiene que existen dos principios de estructura política “contrapuestos, de cuya realización ha de recibir su forma concreta toda unidad política”.⁸

Cuando Schmitt sostiene que estos principios son “contrapuestos”, no necesariamente debe entenderse que son opuestos o contradictorios, sino que se trata de polarizaciones de tipos puros.

Tales principios son el principio de identidad y el principio de representación.

Antes de ingresar en la conceptualización y caracterización de estos dos principios, Schmitt dice que el “Estado es un determinado status de un pueblo, y, por cierto, el status de la unidad política. Forma política es la manera especial de conformación de esa unidad. Sujeto de toda determinación conceptual del Estado es el pueblo. Estado es una situación, la situación de un pueblo”.⁹

Por tanto, para Schmitt, el Estado es el reflejo de un pueblo que ha alcanzado una situación de unidad política.

Entiendo que el concepto que de pueblo sostiene Schmitt en cuanto “status de la unidad política” es compatible con las ideas del romanticismo alemán, toda vez que “el pueblo”, como tal, es insusceptible de adquirir una capacidad de acción unitaria de cuyo reflejo aparezca el Estado. Aun en situaciones de profunda homogeneidad, el colectivo social que llamamos “pueblo” se caracteriza por el carácter plural, cuando no antagónico, del acontecer social.

Ello no significa que para arribar a la condición de pueblo no se requiera cierto grado de homogeneidad a través de lazos culturales, de religión,

⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la..., op. cit.*, p. 270.

⁹ *Idem.*

étnicos, lingüísticos o de cualquier otra índole, que va alcanzando un grupo humano, que se ha hecho sedentario, a través de las generaciones.

Pero de allí a configurar el pueblo una “situación de unidad política” dista mucho trecho.

Hermann Heller, en su *Teoría del Estado*,¹⁰ en el capítulo que denomina “Condiciones naturales y culturales de la unidad estatal”, desarrolla, como una de tales condiciones, “Las condiciones de la actividad estatal que se relacionan con el pueblo”. En el marco de este tema, diferencia a “El pueblo como condición natural” del “Pueblo como formación cultural”. Dentro de este último concepto es por demás riguroso y terminante en sostener la falacia de una supuesta “unidad del pueblo”, “unidad” que sería susceptible de explicar la unidad estatal.

A este respecto, sostiene Heller:

Los pensadores románticos, nacionales y demoliberales elaboraron con los más varios matices políticos, y en evidente oposición con la realidad social, la ficción de una comunidad del pueblo homogénea social y políticamente, con un espíritu y una voluntad política unitaria, cuyo producto más o menos automático o aun mero epifenómeno, se decía que era la unidad estatal... La realidad del pueblo y de la nación no revela, empero, por lo general, unidad alguna, sino un pluralismo de direcciones políticas de voluntad, y, aun en los casos de pleno apogeo nacional, existe siempre, frente a la unidad nacional que tiene su expresión en el Estado, un grupo en el pueblo que disiente de ella en los fines o en los medios...

No puede, pues, considerarse el Estado como simple función de la unidad del pueblo o de la nación. Su peculiar legalidad no consiste tampoco en ser una legalidad cualquiera del pueblo, aun cuando ésta sea de carácter político. La concepción que, bajo nuevas formulaciones, vuelve una y otra vez, según la cual bajo Estado popular debe entenderse la “absoluta identidad del Estado con el pueblo políticamente organizado” (como Preuss, “Das deutche Volk und die Politik”, 1916, p. 110) ignora la autonomía específica del Estado. Pueden concebirse organizaciones políticas del pueblo y de la nación que se diferencien del Estado no sólo cuantitativa sino también cualitativamente... Hay, pues, que distinguir radicalmente entre organización del pueblo y organización estatal.¹¹

La unidad de acción y decisión es, pues, un atributo del Estado y de su consecuente poder en cuanto institución organizada, no del “pueblo” o de

¹⁰ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

¹¹ *Ibidem*, pp. 212-214.

la “nación” en cuanto homogeneidad social real, por profunda que ésta se mostrara.

También Kelsen, y más específicamente en relación con la democracia, cuestiona la idea de la democracia como identidad de dirigentes y dirigidos y el consecuente supuesto de que la democracia reduce una pluralidad de hombres a una unidad. Y así sostiene Kelsen:

La democracia es la idea de una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el *pueblo*. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo. Ahora bien, ¿qué es el pueblo? Parece ser un supuesto fundamental de la democracia que una pluralidad de hombres se reduzca mediante ella a una unidad. Para la democracia, el pueblo, como unidad, es tanto más importante cuanto que actúa, más bien que como objeto, como sujeto del poder o, por lo menos, así ocurre en teoría. Sin embargo, para una investigación atenta a la realidad de los hechos, no hay precisamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de “pueblo”. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa —según el criterio sociológico— más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea. Sólo puede considerársele como unidad en sentido normativo, pues la unidad del pueblo como coincidencia de los pensamientos, sentimientos y voluntades y como solidaridad de intereses, es un postulado ético-político afirmado por la ideología nacional o estatal mediante una ficción generalmente empleada y, por ende, no sometida a revisión. En definitiva, la unidad del pueblo es sólo una realidad jurídica que puede ser descrita con alguna precisión en los siguientes términos: Unidad de ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella¹² (cursivas del propio autor).

He considerado pertinente confrontar la idea de “unidad del pueblo” en cuanto determinante de la unidad estatal que sostiene Schmitt, con las posiciones —las cuales comparto— que suponen rigurosas objeciones a esa idea formuladas, de manera precisa, por dos autores de, al menos, rigor intelectual similar a la de Schmitt, ambos contemporáneos a este último.

Está claro que las posiciones de Heller y de Kelsen no le son desconocidas para Schmitt, ni tampoco las dimensiones del romanticismo nacional opuesto a los principios analíticos que la Revolución francesa representaba ni al romanticismo demoliberal de base contractual.

¹² Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Punto Omega-Guadarrama, 1977, pp. 30 y 31.

Pero también resulta claro que los principios estructurales de identidad y representación, como sustentos de la unidad política del pueblo, constituyen elementos conceptuales imprescindibles para la construcción lógica del concepto schmittiano de lo político en cuanto reagrupamiento decisivo de los hombres en amigos y enemigos que antes he referido.

Y ello porque sólo una concepción del pueblo con homogeneidad tan profunda que le permita alcanzar una conciencia política unitaria supone la existencia también de una voluntad con aptitud para distinguir entre el reagrupamiento propio —los amigos— y el extraño —los enemigos— y, en el caso extremo o de excepción, efectivizar la decisión soberana susceptible de dirimir el conflicto entre tales grupos.

Considero que ésta, y no otra, es la culminación de la construcción conceptual de los principios de identidad y de representación. El primero de los principios —el de identidad— lo considero imprescindible para comprender el agrupamiento intenso y unitario susceptible de distinguir entre el grupo propio, normalmente fronteras adentro, y el extraño, normalmente fronteras afuera. El segundo —la representación— que posibilita personificar el sujeto de la decisión —el gobierno—.

No considero que ésta sea una interpretación caprichosa. Por el contrario, se fundamenta en las propias palabras de Schmitt.

En efecto, al pretender resumir los conceptos desarrollados a lo largo de toda su exposición sobre los principios de identidad y de representación, de manera aparentemente accesoria —inclusive entre paréntesis—, Schmitt introduce, por única vez en la temática que está desarrollando, su concepto sobre la esencia de lo político. Sin embargo, esa apariencia encierra, de manera inequívoca, dar por supuesto o sobrentendido que ese concepto es inherente a la construcción conceptual de los dos principios de que se trata. Y así Schmitt nos dice:

En resumen, puede decirse: El Estado se basa como unidad política en una vinculación de dos contrapuestos principios de formación, el principio de identidad (del pueblo presente consigo mismo como unidad política, cuando, por virtud de propia conciencia política y voluntad nacional, *tiene aptitud para distinguir entre amigo y enemigo*) y el principio de representación, en virtud del cual la unidad política es representada por el *Gobierno*¹³ (cursivas me pertenecen).

Una vez precisadas las ideas, sus objeciones y sus implicancias, veamos ahora cómo juegan los principios de identidad y de representación en relación con la situación de unidad política de un pueblo.

¹³ Schmitt, Carl, *Teoría de la..., op cit.*, p. 281.

Para Schmitt, “el pueblo puede alcanzar y mantener de dos modos distintos la situación de unidad política”.¹⁴

Por el primer modo, el pueblo habría alcanzado un grado tan profundo de homogeneidad que ese colectivo podría actuar de manera unitaria y real. El pueblo actuaría, por sí mismo y no a través de otro u otros, con capacidad política de acción y decisión.

Schmitt ilustra esta posibilidad de que un pueblo arribe a esa capacidad real e inmediata —como si fuera un organismo único— en el caso de un pueblo que habitara un espacio delimitado por fronteras naturales infranqueables. En ese caso, suponemos, a través de las generaciones, ese grupo sedentario y encerrado dentro de tales fronteras habría adquirido aquel profundo grado de homogeneidad, siendo plenamente consciente de las dependencias recíprocas que esa homogeneidad supone, y de los medios y fines que ese colectivo se plantea y resuelve de manera armónica, unitaria y satisfactoria.

El grupo habría arribado, pues, a un grado tan complejo de relaciones recíprocas y de división de trabajo social, que, por sí mismo, deliberaría y decidiría sobre sus necesidades, su existencia, su permanencia y, de ser necesario, en última instancia, sobre su expansión. Y, particularmente, observaría con sus conductas aquello que habría decidido. El grupo o pueblo que manda y obedece sería el mismo, sería idéntico.

Tal situación es la que expresa Schmitt cuando dice que el pueblo

...puede ser capaz de actuación política, ya en su realidad inmediata —por virtud de una homogeneidad fuerte y conciente a consecuencia de firmes fronteras naturales, o por cualesquiera otras razones—, y entonces es una magnitud política como magnitud real —actual en su *identidad inmediata*— consigo misma. Este principio de identidad del pueblo, existente en un momento dado, consigo mismo, como unidad política, se basa en que no hay ningún Estado sin pueblo, y, por ello, un pueblo ha de estar siempre realmente presente como magnitud efectiva¹⁵ (cursivas del propio autor).

Prescindiendo de una visión de la geopolítica de principios del siglo XX, propia de una organología biológica afín con el romanticismo alemán, que se muestra en las palabras arriba transcritas, se advierte aquí de manera nítida el significado de una organización política que no requiere de otros conceptos más que el de pueblo para comprender el ejercicio práctico y la

¹⁴ *Ibidem*, p. 270.

¹⁵ *Ibidem*, p. 271.

justificación ética del ejercicio del poder. Quien lo crea y ejerce es idéntico de quien se encuentra sometido a él.

La imagen de una democracia directa extrema se compadece con esa imagen. Es una imagen de identidad que se revela a sí misma.

Y es por ello que esa imagen, cuando no se revela por su propia identidad, requiere de otro u otros que la revelen. Y aquí aparece el principio contrapuesto de representación. Schmitt establece que “El principio contrapuesto parte de la idea de que la unidad política de un pueblo como tal nunca puede hallarse presente en identidad real, y por ello tiene que estar siempre *representada* por hombres”.¹⁶

Todas las auténticas formas políticas (democracia, monarquía, aristocracia, república) se reducen a este “contraste decisivo” entre identidad y representación.

Para Schmitt, ello se vincula directamente con el sujeto del poder constituyente. Si el sujeto es el pueblo, la forma política se encuentra definida por el principio de identidad. Si el sujeto es *de legibus solutus*, una monarquía absoluta, estamos en presencia de una representación absoluta, ya que ello se fundamenta en la idea de que la unidad política del pueblo sólo puede hacerse a través de la representación: “La frase L’État c’est moi significa: yo sólo represento la unidad política de la nación”.¹⁷ Más abajo me detendré en el pensamiento que Schmitt sostiene, acerca de que la representación genuina de un monarca no debe, ni puede, fundamentarse en componente normativo alguno; esto es, en la necesidad de que el monarca se encuentre absuelto de las normas para que exista una representación absoluta, esto es, el sujeto debe ser *de legibus solutus*.

Schmitt señala que no existe Estado alguno en el cual cualquiera de estos principios pueda ser renunciado totalmente. En cualquier Estado estructurado a través del principio de identidad, aparecen elementos del principio de representación. Y a la inversa, ocurre lo mismo.

De allí que esos dos principios no son excluyentes entre sí, sino referencias de orientación contrapuestas para la conformación de la unidad política del pueblo.

Para comprender el concepto de representación en Schmitt es esencial advertir esta determinación que asume la unidad política del pueblo para la idea de representación.

En otras palabras, el sentido mismo de la representación política se define en el escenario del “pueblo”, es decir, sólo en el marco referencial de lo público, y no en lo privado.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

No existe aquí delegación alguna por parte de una persona de su voluntad individual a otra persona; tampoco en el caso de que esta última persona esté configurada por uno, varios o muchos actores institucionales. Es decir, tampoco habría esa delegación para fundamentar la representación en una monarquía, en una aristocracia ni en una democracia.

No existe en la idea schmittiana de representación fundamento contractual alguno.

La persona representada es un todo definido como unidad política del pueblo, y el ser que efectiviza la voluntad de ese colectivo es el representante.

En verdad, la idea que Schmitt sostiene de representación muta de tal forma el origen privado y contractual de ese concepto, que esa mutación permite que aquella idea sea compatible con la idea rousseauiana de rechazo a la representación. Ello, si la representación fuera el resultado o consecuencia de una unidad política del pueblo de antemano configurada.

Pero en el caso de que la unidad política del pueblo fuera creada a partir de la polarización extrema del principio de representación, tal el caso de un monarca absoluto —*de legibus solutus*—, la unidad del pueblo sería un resultado o consecuencia de la representación.

En efecto, Schmitt señala, en el pensamiento de Rousseau, la diferencia entre ciudadano individual concebido “en su humanidad natural de individuo”, y el ciudadano como *citoyen*. Sostiene, entonces, que cuando en una democracia la persona vota a través de un sufragio individual secreto, *sin asamblea popular*; esto es, debemos entender sin que sea el caso de democracia directa, ese voto no lo emite como persona privada ni para su propio beneficio ni de la lista del partido, “sino como medio de alcanzar una representación de la unidad política, única cosa esencial”.¹⁸ Es por ello que los diputados son representantes de todo el pueblo, configurando, por ello la sustancia pública, de la representación: “Todo diputado se considera como representante de *todo* el pueblo, es decir, como representante en sentido público”¹⁹ (destacado del propio autor).

Schmitt constata su posición en la propia Constitución de Weimar, en el artículo 21, en cuanto establece que “los diputados son representantes de todo el pueblo”, norma similar a la del artículo 44 de la Constitución Nacional de la República Argentina, en cuanto establece, con relación a la Cámara de Diputados, “...diputados de la Nación...”.

La circunstancia de considerar al ciudadano y a su representante como, respectivamente, parte de un todo y como imagen o representación de ese

¹⁸ *Ibidem*, p. 272.

¹⁹ *Idem*.

todo, le permite a Schmitt, siguiendo “la idea inspiradora” de Rousseau, conciliar al pensamiento de Rousseau con la representación.²⁰

En este caso nos encontramos, pues, con un concepto de representación que es *resultado o consecuencia* de un pueblo que ha configurado previamente su unidad política, representación que aparece como elemento complementario, pero imprescindible, al principio de identidad, ya que éste es el principio que ha permitido arribar a esa unidad política.

Pero la representación no requiere que exista, *ex ante*, la unidad política, sino que, por el contrario, la existencia de dicha unidad puede ser producida por la representación. Éste es el caso de la representación absoluta, es decir, el caso de la monarquía absoluta. Y así, dice Schmitt:

...en todo Estado ha de haber hombres que puedan decir: L'État c'est nous. Pero representación no necesita ser creación de la unidad política. *Es posible que la unidad se produzca mediante la representación.* Esto ocurre en la medida en que la forma política se aproxima a la representación absoluta...²¹ (cursivas me pertenecen).

A poco que se repare que la unidad estatal, como fenómeno político de la modernidad, aparece de la mano de la monarquía absoluta a través de la concentración, en esas manos, de los medios reales de poder y de la *ultima ratio* del establecimiento y aseguramiento del orden jurídico positivo, podemos advertir el rol protagónico del absolutismo al momento de definir una unidad política que actúe y decida como tal. La persona del monarca posibilita la unidad estatal.

Esa representación que produce la unidad, Schmitt la encuentra claramente en Hobbes: “...como Hobbes dice, el Estado tiene «su unidad en la

²⁰ Rousseau, en su *Contrato social*, señala que la esencia misma de ese contrato consiste en que “cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo. Al instante, este acto de asociación transforma la persona particular de cada contratante en un ente normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su *unidad*, su yo común, su vida y su voluntad. La *persona pública* que así se constituye, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad y hoy el de República o cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, potencia en relación con sus semejantes. En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *Pueblo* y particularmente el de *ciudadanos*, como *participes de la autoridad soberana* y el de súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado” (Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1985, pp. 42 y 43, destacado me pertenece). De la transcripción expuesta pueden advertirse los conceptos centrales rousseauianos que considero constitutivos de la “idea inspiradora” que refiere Schmitt. Para el enérgico rechazo de la representación y la idea de representación en Rousseau, véase libro III, cap. XV de su *Contrato social*.

²¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la... op. cit.*, p. 273.

persona de un soberano»; es «united in the Person of one Sovereign». La representación produce la unidad...”.²²

Pero aun en ese extremo, la invocación “L’État c’est nous” que Schmitt hace valer para “todo Estado”, supone la necesidad complementaria de una cierta homogeneidad social y, con ello, también en ese extremo se encuentra el principio de identidad que la existencia de un pueblo conlleva.

Los principios de identidad y de representación permiten, pues, alcanzar y mantener dos distintas situaciones de unidad política del pueblo, cuya polarización se muestra en la democracia y en la monarquía absoluta, advirtiendo que aun en esos extremos contrapuestos están presentes ambos principios, aunque uno de ellos en forma complementaria.

III. LA SINGULARIDAD POLÍTICA Y JURÍDICO-POLÍTICA DEL CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

La concepción de Schmitt sobre representación política descansa sobre un supuesto esencial, que consiste en diferenciarla de cualquier concepto derivado del derecho privado y de intereses sectoriales.

Por ello, es necesario consultar las distinciones que Schmitt entiende que son indispensables para caracterizar y, por ende, precisar su concepto de representación.

Es, pues, crucial partir del pensamiento de Schmitt en cuanto sostiene:

El principio formal de la representación no puede ser ejecutado nunca pura y absolutamente, es decir, ignorando al pueblo, siempre presente en alguna manera. Esto es ya imposible, porque no hay representación sin la condición de lo público, ni publicidad sin pueblo. Por lo demás, el concepto de representación puede ser captado en su singularidad política y jurídico-política, liberándolo del amontonamiento con otros conceptos, como mandato, representación (en el sentido alemán de *Vertretung*), encargo de negocios, comisión, etc., porque, si no, romperían su singularidad ideas de Derecho privado y de técnica económica.²³

Veamos, pues, las precisiones que formula Schmitt para precisar la singularidad del concepto de representación.

En primer lugar, señala que la representación tiene lugar, de manera exclusiva y excluyente, en la *esfera de lo público*. No existe lugar para asuntos

²² *Ibidem*, p. 281.

²³ *Ibidem*, pp. 273 y 274.

particulares ni secretos. Se excluyen, por ello, ideas que son propias del derecho privado y de la economía, tales como gestión de negocios o de representación de intereses privados. Por ello resultan incompatibles, asimismo, “las decisiones que recaen a espaldas de lo público”.²⁴

En segundo lugar, advierte que la representación es “algo existencial”. Se trata de hacer perceptible un ser de existencia o presencia pública. La superioridad de ese ser, según ya se advirtió antes en nota a pie, hace posible que sea elevado a un ser público. Por ello, grandeza, alteza, majestad, gloria, dignidad y honor, son palabras apropiadas para caracterizar esa existencia. Ello permite a Schmitt que se diferencie aquello que sirve “tan sólo” a cuestiones o intereses privados; por ejemplo, la representación que inviste un

²⁴ En su *Catolicismo y forma política*, Schmitt formula apreciaciones que considero pertinentes e ilustrativas para su concepto de representación. Allí también se preocupa en desagregar, en el concepto de representación, elementos propios del pensamiento económico, ciertamente con relación al principio de representación que aplica a la Iglesia católica y que define su ser. El poder de la Iglesia católica, señala, no reside en medios de poder económicos ni poder militar. Su fuerza emana de su fuerza representativa: “... tiene la fuerza de la representación. Representa la Civitas humana, representa en cada momento el nexo histórico con la encarnación y crucifixión de Cristo, representa al propio Cristo, personalmente, al Dios hecho Hombre en la realidad histórica. En su capacidad representativa radica su ventaja sobre una era de pensamiento económico” (Schmitt, Carl, *Catolicismo y forma política*, Buenos Aires, Areté, 2009, p. 67). Asimismo, el contenido del valor superior y de la alta dignidad que inviste la *persona* del representante, contenido que también se requiere de la persona o idea representada, por ejemplo, Dios o el pueblo, y, que inclusive, alcanza ese contenido al destinatario al que se dirige, advierte sobre la diferencia que ocurre con la representación privada. Las expresiones que en relación con estos últimos conceptos emplea Schmitt, permiten también apreciar la posibilidad de acceder de manera más directa a esos conceptos en razón de las propias expresiones de la lengua alemana para referirse a la representación específica de carácter público —*Repräsentation*— y a la representación privada —*Stellvertretung*—. Y, así nos dice Schmitt: “...La idea de representación (*Repräsentation*) se halla tan dominada por el pensamiento de una autoridad personal que tanto el representante como el representado deben afirmar una dignidad personal: no se trata, por tanto, de un concepto cosificado. En un sentido eminente, sólo una persona puede representar, y ciertamente (a diferencia de lo que ocurre con la simple representación privada —*Stellvertretung*—) sólo pueden hacerlo una persona que goce de autoridad o una idea que, en la medida en que sea representada, quede personificada. Dios, o en la ideología democrática el Pueblo, o ideas abstractas como la Libertad y la Igualdad, son contenidos susceptibles de representación, pero no la Producción o el Consumo. La representación otorga a la persona del representante una dignidad propia, porque el representante de un valor importante no puede ser alguien privado de valor. Pero no solo el representante y el representado reclaman un valor, sino que incluso también lo reclama el destinatario, el tercero al que se dirigen...” (Schmitt, Carl, *Catolicismo y forma política*, Buenos Aires, Areté, 2009, p. 70). En sentido coincidente y en lo terminológico, en su *Teoría de la Constitución*, nos dice “...Repräsentation o Vertretung” (es decir: las dos raíces de la palabra representación, que en alemán se emplean para distinguir la representación en ambas ramas del Derecho, pública y privada)...” (Schmitt, Carl, *Teoría de la... op. cit.*, p. 275).

abogado o un encargado de negocios. Aquí debe prestarse atención que no se trata de que Schmitt caracterice con términos grandilocuentes al representante público en desmedro de un menor valor prejuicioso que supondría una representación privada. Por el contrario, aquello que da gloria y honor al representante es la grandeza de la idea o persona representada, y es por ello que Schmitt afirma que “el pueblo existente como unidad política tiene una alta y elevada, intensiva, especie de ser, frente a la realidad natural de cualquier grupo humano con comunidad de vida”.²⁵

Tratándose del pueblo como un todo, su representación es superior a aquella que se representa intereses privados o económicos.

El carácter existencial de la representación significa que esa existencia no depende de ningún procedimiento ni sistema normativo.

La intensidad de la representación se realiza, por tanto, cuando el monarca es absoluto, no existe limitación normativa para su poder. Es, pues, *de legibus solutus*, no requiere legalidad ni de legitimidad alguna.

De manera precisa y consecuente con ese carácter representativo, Schmitt cita al antiguo *Tratado de derecho internacional (Droit de gens)* de mediados del siglo XVIII del jurista suizo Emer de Vattel, en los siguientes términos: “El carácter representativo del soberano se basa en que representa a su nación; con esto, *reúne el monarca en su persona toda la majestad que compete a la nación como cuerpo unitario*”²⁶ (cursivas me pertenecen).

He destacado en la cita aquello que entiendo sintetiza, con precisión, el concepto de representación de Schmitt, y a través de un autor cuya existencia se enmarca en el momento histórico de la monarquía absoluta, particularmente en Francia.

La subsistencia de la monarquía en el siglo XIX, que para esa permanencia debió fundamentarse en la legitimidad, supuso trasladarle a la monarquía principios cuya esencia son de derecho privado —posesión, familia, derecho hereditario—.

Como forma viva de representación, significó la muerte de la monarquía.

En tercer lugar, nuestro autor destaca que “la *unidad política* es representada *como un todo*”²⁷ (cursivas del propio autor).

Aquí debemos entender tanto que no a cualquier órgano estatal le corresponde el atributo de la representación cuanto que si el representante no abarca la totalidad no será un genuino representante.

²⁵ Schmitt, Carl, *Teoría de la..., op. cit.*, p. 276.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Ibidem*, p. 278.

La representación corresponde, por tanto, a quien gobierna, no a quien meramente administra. De allí que la administración carece de atributo representativo.

En este último sentido, Schmitt destaca que la idea de la representación propia de la monarquía se trasladó al derecho constitucional de la Revolución francesa. En esa línea, puede entenderse la disposición de la primera Constitución revolucionaria de 1791, que expresamente establece el sistema representativo, siendo representantes el cuerpo legislativo y el rey, mientras que también expresamente se dice que los administradores no tienen carácter representativo.²⁸

Es el gobierno, entonces, quien representa y concreta la unidad política. Es de su esencia el carácter político de su función, porque efectiviza el principio espiritual de la existencia política de un pueblo.

En cuarto lugar, Schmitt establece que “el representante es *independiente*; por eso, no es ni funcionario, ni agente, ni comisario”²⁹ (destacado del propio autor).

Aquí, acentúa la esencial diferencia entre un representante y un agente. Reiterando la cita de la Constitución francesa de 1791, la disposición respectiva en cuanto establece: “Las personas a quienes se confía la administración del Estado no tienen carácter representativo. Son agentes...” (título III, capítulo IV, sección 2, artículo 2o.).

La preocupación de distinguir entre representante y agente, mandatario o comisionado, reviste particular trascendencia para Schmitt.

Y ello porque según sean los fundamentos que se sostengan para conceptualizar el carácter independiente del representante, estaremos en presencia de una idea de la esfera de lo público o, por el contrario, de la esfera de lo privado y del derecho privado.

En efecto, si el fundamento de la independencia reside en razones prácticas, tales como la imposibilidad de reunirse todo el pueblo siempre y al mismo tiempo en el mismo lugar, aquel que resulte elegido por los electores sería un mero representante de derecho privado que tomaría a su cargo los intereses de los electores. Por ello, es dependiente de esos intereses y de esos electores.

Por el contrario, si el fundamento de la independencia reside en que el representante tiene sentido porque es una persona pública que es elevada a ese rango superior por la superioridad que significa el pueblo como un todo, y aquello que como tal ejerce no es sólo una función sino un “poder” que

²⁸ *Ibidem*, p. 277.

²⁹ *Ibidem*, p. 270.

se explica por la unidad política que le da existencia, entonces estaremos en presencia de la esfera de lo público. Por ello, el representante es independiente de organizaciones de electores y de sus intereses.

Por lo expuesto, Schmitt ilustra con las siguientes palabras: “Una *comisión* no representa, sino que es exponente sujeto a dependencia respecto de un grupo mayor que la ha formado por razones técnicas y prácticas. El Parlamento, como representante del pueblo, no es una comisión del pueblo o del cuerpo electoral”³⁰ (cursivas del propio autor).

Ciertamente que en este carácter independiente en que reside la diferencia entre representantes y agentes, la “idea inspiradora” también la encuentra en Rousseau: “Ya habló Rousseau en el Contrato social de agentes y comisarios, que sólo tienen una comisión de negocios (*emploi*), y son simples funcionarios (*officiers*), a diferencia de un representante”³¹ (cursivas me pertenecen).

Resulta aquí palmario el entronque de la idea schmittiana de representación con los conceptos de Rousseau en su *Contrato social*.³²

No resulta un pensamiento precisamente menor conciliar a Rousseau con la representación, a pesar de que éste sostiene que la representación hace caer al pueblo “en su condición de esclavo”.³³ Ciertamente que Schmitt ubica ese rechazo de Rousseau en el sentido de una mera representación de intereses privados.

Sin embargo, la singularidad del concepto schmittiano permite esa conciliación sin forzar el texto rousseauiano. Antes bien, aquella “idea inspiradora” es desarrollada con la mira puesta en la crítica al sistema parlamentario propio de aquello que denomina “Estado burgués de derecho”.

³⁰ *Ibidem*, p. 280.

³¹ *Ibidem*, p. 212.

³² En el libro primero, en el trascendente y breve capítulo V de su *Contrato social*, Rousseau sostiene “...Que muchos o pocos hombres, cualquiera sea su número, estén sojuzgados a uno solo, yo sólo veo en una sociedad un señor y unos esclavos, jamás un pueblo y su jefe; *representarán en todo caso una agrupación, pero nunca una asociación, porque no hay ni bien público ni una entidad política.* Ese hombre, aunque haya sojuzgado a medio mundo, *no es más que un particular; su interés, separado del de los demás, será siempre un interés privado.* Un pueblo, dice Grocio, puede darse un rey. Según Grocio, *ese pueblo existe antes y como consecuencia de poder darse un rey.* Ese don *representa*, pues, un acto civil, *desde el momento que supone una deliberación pública.....*” (Rousseau, Jean Jacques, *El contrato...*, cit., p. 39, destacado me pertenece). La diferencia entre lo público y lo privado, el concepto de una asociación política cuya existencia es inherente al bien público, la idea de pueblo y el concepto mismo de representación vinculado a la deliberación pública y repulsiva de los intereses privados, los cuales son susceptibles de convertir a los hombres en esclavos y a los que se refiere en el libro tercero, capítulo XV del *Contrato*, amén de las expresas citas de Schmitt a Rousseau, muestra la influencia fundamental de Rousseau en Schmitt, al construir su concepto de representación.

³³ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato...*, cit., libro tercero, cap. XV.

IV. LA REPRESENTACIÓN Y EL SISTEMA PARLAMENTARIO DEL “ESTADO BURGUÉS DE DERECHO”

Schmitt sostiene que cuando la burguesía luchaba en Europa por “su” Estado de derecho, lo hacía contra todo tipo de absolutismo estatal, tanto el de la monarquía absoluta cuanto el de la democracia absoluta, tanto contra la representación extrema cuanto contra la identidad extrema.

- El objetivo de la burguesía era el sistema parlamentario.
- Ésa fue la exigencia de carácter político de la burguesía liberal.
- Ese sistema adoptó el nombre de “sistema representativo” o de “Constitución representativa”.

Para Schmitt, el Parlamento, en cuanto asumió una representación del pueblo, de la unidad política del pueblo, luchó contra la representación absoluta del monarca. El componente democrático del parlamento sólo se restringe a la lucha contra la monarquía absoluta. Sólo en contraste con la monarquía aparece el Parlamento como algo democrático.

Sin embargo, la idea liberal acerca de los diputados que debían configurar el Parlamento era una idea rigurosamente aristocrática. Debían reunir las condiciones de inteligencia y de preparación, es decir, por sus conocimientos, su cultura y su probidad, que los hicieran dignos de ser seleccionados por elección para representar a todo el pueblo y velar por los intereses públicos, no los sectoriales ni particulares.

Tanto por la calidad de los actores —los *mejores*— cuanto por el método de su selección —la *elección*—, el Parlamento se erigió como una asamblea aristocrática.

Ese tipo de representación superior resultaba consecuente con el concepto de representación genuina, capaz de oponerse, con éxito, a la representación absoluta del monarca absoluto.

Resulta, pues, claro, que en cuanto esa representación es representación de la unidad política, se opone a la democracia.

Por tanto, no es exacto tratar a la “democracia representativa” como una subespecie de la democracia, toda vez que “lo representativo es precisamente lo no-democrático de esa democracia”.³⁴

Es precisamente el advenimiento de una creciente democratización la causa del debilitamiento del carácter aristocrático y representativo del Parlamento.

³⁴ Schmitt, Carl, *Teoría de la..., op. cit.*, p. 285.

En este caso la elección se torna un nombramiento de representantes de intereses, transformándose éstos en agentes. La dirección es inversa, porque va de arriba hacia abajo, el elegido está subordinado al elector, aquél es su inferior, no su superior, como en el caso de la representación de la unidad política como un todo.

“En tanto que organizaciones permanentes de partido dominan al Parlamento, como entidades firmes siempre presentes, se encuentra aquél sometido a las consecuencias de la democracia directa, y ya no es representante”, establece nuestro autor.³⁵

Por todo ello, Schmitt sostiene que el sistema parlamentario no es una forma política propia. Es un simple contrapeso de formas opuestas que utiliza elementos formales de la democracia y de la monarquía para el fin de la distinción de poderes.

Desvirtuaría, entonces, la pureza de las formas políticas puras, con el fin de dividir el poder para mejor controlarlo y, consecuentemente, garantizar las libertades de la burguesía.

La conclusión aparece adelantada al momento de iniciar el tratamiento del tema que hemos abordado: el Estado de derecho —Estado burgués de derecho— no constituye forma política alguna. Consiste sólo en una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías para la libertad burguesa y de la relativización del poder del Estado.

Si ello fuera así, deberíamos entender, entonces, que esta conclusión lleva ínsita la desaparición de la prioridad de la idea del pueblo en cuanto unidad política y la desaparición del carácter existencial de lo público como contenido esencial del concepto de la representación y, por tanto, el triunfo de lo privado a través de meros agentes.

La crítica profunda al Estado de derecho no proviene desde la izquierda, sino desde la derecha antiliberal, aunque la calidad de su pensamiento ejerciera influencia, también para esa crítica, en esa misma izquierda.³⁶

³⁵ *Ibidem*, p. 286.

³⁶ Kennedy, Ellen, en “Schmitt y la escuela de Frankfurt. La crítica alemana al liberalismo en el siglo XX”. Asimismo, en cuanto la afinidad conceptual de C. Schmitt y René Capitant, respecto del concepto de representación, Xavier Marchand en “Parlamentarismo y democracia. Las doctrinas de Carl Schmitt y René Capitant”. Ambos ensayos en *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, de Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.), Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007. Asimismo, la “Presentación” de José Aricó a *El concepto de lo político. Teoría del partisano. Notas complementarias al concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984.

V. LA REPRESENTACIÓN EN HANS KELSEN

Resulta de particular interés advertir que el pensamiento de Kelsen abreva en Rousseau en grado no menor que el de Schmitt no obstante la sustancial diferencia y oposición de pensamientos que media entre uno y otro.

Kelsen expresa su idea sobre la representación política en el marco del significado de la ideología y de la realidad de la democracia parlamentaria.

Veamos, pues, este marco y aquella idea.

VI. EL IDEAL DE LA DEMOCRACIA Y LAS METAMORFOSIS DE LA IDEA DE LA LIBERTAD

Kelsen sostiene que la democracia se fundamenta en la idea de la libertad, la cual deriva de la idea de la igualdad.

Ello así porque la conciencia del propio valer rechaza soportar el peso de una voluntad ajena impuesta por el orden social: “si él es un hombre como yo, y todos somos iguales, ¿de dónde emana su derecho a mandarme?”.³⁷

Para Kelsen, este sentimiento lo impone la “misma Naturaleza que en su ansia de libertad se subleva contra la sociedad”.³⁸

Niego, pues, que exista en la otra condición alguna que suponga superioridad —por ejemplo, heroicidad— susceptible de legitimar su dominación sobre mi persona, y es por ello que soy plenamente libre en el sentido de la más plena y natural autodeterminación.

Y así, dice Kelsen que “la idea absolutamente negativa y antiheroica de la *igualdad* presta base a la aspiración, también negativa, hacia la *libertad*. Del supuesto de nuestra igualdad —ideal— puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie”³⁹ (destacado del propio autor).

Kelsen sitúa, pues, estos ideales de libertad e igualdad en un estado de naturaleza, ya ellos suponen la sublevación contra la sociedad, la negativa contra todo orden social.

Sin embargo, la experiencia demuestra la existencia de la sociedad y del Estado, y, por tanto, la existencia de un dominio ajeno.

Pero ello no significa que renunciemos a aquellos ideales inherentes al estado de naturaleza.

³⁷ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 15.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

Por tanto, la compatibilidad de aquella idea de libertad con los principios que la realidad social impone requerirá de un cambio o metamorfosis del significado de la palabra *libertad*.

Ello supone que la aceptación del dato empírico de un orden obligatorio para la convivencia social y de una consecuente autoridad conlleva la aspiración de, al menos, gobernarnos por nosotros mismos.

La aspiración de participar en la creación del orden colectivo que se nos va a imponer significa que la libertad natural se convierte en libertad política o social: “Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena”.⁴⁰

Kelsen entiende, a través de este postulado, planteada la principal diferencia entre las formas de Estado y de sociedad, entre democracia y autocracia.

Este paso del estado de naturaleza al Estado social y político lleva en sí un cambio esencial en la legalidad peculiar de cada uno de ellos: a la ley de la causalidad propia del estado de naturaleza se le opone la norma, el principio de la normatividad.

En tal sentido, afirma Kelsen:

Desde el punto de vista de la Naturaleza, y en un sentido primitivo, libertad significa la negación de las leyes sociales, y desde el punto de vista de la Sociedad, la negación de las leyes naturales. El “retorno a la Naturaleza” (o la “libertad natural”) sólo significa ruptura de los vínculos sociales, mientras que el acceso a la Sociedad (o sea la libertad social) significa ruptura con las leyes naturales. Esta antítesis se resuelve tan pronto como el concepto de “libertad” se interpreta en el sentido de una ley específica, principalmente referida a lo social (esto es, a lo ético-político y jurídico-estatal), y en cuanto la contraposición entre Naturaleza y Sociedad, se reduce a una dualidad de leyes distintas y, por consiguiente, de diversos puntos de vista.⁴¹

El paso del estado de naturaleza al Estado social significa, entonces, el paso de la “libertad natural” a la “libertad social” y el consecuente abandono de la ley de la causalidad e ingreso al mundo de la normatividad.

Aquí se ha producido una primera modificación en el concepto de libertad: la libertad natural que tiene su origen “en una recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al Estado” se transforma “en un mero anhelo hacia una determinada posición del individuo dentro

⁴⁰ *Ibidem*, p. 17.

⁴¹ *Idem*.

de la Sociedad. La libertad de la *anarquía* se transforma en libertad de la *democracia*⁴² (cursivas del autor).

Es precisamente en este momento trascendente en donde se requiere comprender de qué manera se produce semejante transformación de la idea de la libertad. La pieza angular que da respuesta a esa transformación la encuentra en Rousseau —a quien llama “tal vez el primer teórico de la democracia”— y en su *Contrato social*, más precisamente en el libro I, capítulo VI, de ese *Contrato*, que lleva por título “Del pacto social”.

Para Kelsen, Rousseau plantea el problema de la democracia en la siguiente pregunta: “¿Cómo podría encontrarse una forma de sociedad que defienda y proteja a cada uno de sus miembros, y en la cual cada uno, uniéndose a los demás, sólo se obedezca a sí mismo y mantenga, por consiguiente, su libertad anterior?”⁴³

Aquello que motiva esta pregunta es la crítica que formula Rousseau al sistema parlamentario representativo inglés, en razón de que la formulación de la voluntad colectiva se expresa de manera indirecta a través de sus representantes y no directamente a través del pueblo: “El pueblo inglés se cree libre, pero se engaña extraordinariamente, pues lo es sólo al elegir sus diputados; una vez elegidos, vuelve a la servidumbre y queda anulado”.⁴⁴

Esta cita que Kelsen transcribe corresponde al libro III, capítulo XV, del *Contrato social*. Pues bien, ese capítulo, bajo el acápite “De los diputados o representantes”, contiene el ataque más implacable de Rousseau a la representación.

Ciertamente, y ya lo destacamos cuando nos ocupamos del concepto de representación en Schmitt, Rousseau se está refiriendo a la representación de origen medieval, fundada en intereses particulares.

Sin embargo, las frases de Rousseau que inmediatamente preceden a la cita que Kelsen transcribe rezan:

La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste en esencialmente en la voluntad general, y a la voluntad no se la representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo no son ni pueden ser representantes; son únicamente sus comisarios, y no pueden resolver nada, en definitiva. Toda ley que *el pueblo en persona* no ratifica es nula; vale decir, no es una ley. El pueblo inglés...⁴⁵ (cursivas me pertenecen).

⁴² *Ibidem*, p. 18.

⁴³ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁵ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato...*, *cit.*, p. 147.

Este pensamiento de Rousseau es rigurosamente consecuente con la cláusula esencial constitutiva del pacto social, que consiste en que “Cada uno pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y *cada miembro es considerado como parte indivisible de un todo*”⁴⁶ (*cursivas me pertenecen*).

Ello significa que toda manifestación de voluntad formulada de manera ajena a una asamblea constituida, directamente, por *ciudadanos* partícipes de una cuota parte, con relación al universo de ciudadanos, de la voluntad general, no es representativa de esa voluntad general, y, por tanto, insusceptible de formular una ley.

En otras palabras, no existe espacio para representantes fuera de la expresión de voluntad *de todo el pueblo en persona*.

Si algún actor institucional expresara *su* voluntad, sería sólo expresión particular, *sólo* susceptible de transformarse en *pública*, si así lo decide *todo el pueblo en persona*.

Es, pues, tan intenso el rechazo de Rousseau a la representación, que sólo admite una deliberación y decisión colectiva del pueblo en persona.

Es que, para Rousseau, el fenómeno político medieval logró la enajenación de la propia persona en beneficio de su señor: “La idea de los representantes es moderna, proviene del gobierno feudal, bajo cuyo sistema la especie humana se degradó y la palabra hombre resulto un deshonor. En las antiguas repúblicas, y aun en las monarquías, jamás tuvo el pueblo representantes”⁴⁷.

Está claro que Kelsen no se detiene en considerar la idea de la libertad en una democracia directa al estilo de Rousseau.

Por el contrario, continuará el camino que explique, ahora, la idea de la libertad en una democracia parlamentaria y representativa.

Y aquí también Rousseau le proporciona un soporte ideológico de valor inestimable, y que consiste en la “necesidad de retroceder a una convención primitiva”.

⁴⁶ *Ibidem*, l. I, cap. VI.

⁴⁷ *Ibidem*, l. III, cap. XV, pp. 147 y 148. Por su parte, Bernard Manin, en “Los principios del gobierno representativo”, destaca, con relación al texto transcrito, la grave ofensa que para la dignidad de la humanidad significó la relación de señorío propia del feudalismo medieval. Y así comenta ese texto de Rousseau: “La expresión «nombre de hombre» (o «palabra hombre» en nuestra edición), hace referencia, con impresionante, aunque implícita, exactitud histórica, al juramento feudal por el que el vasallo se convertía en «hombre» del señor al prometerle lealtad. Según Rousseau, era un deshonor para la raza humana asociar su nombre con un acto de subordinación” (Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998, p. 116).

Tal es el título del libro I, capítulo V, del *Contrato social*, y cuya enorme importancia destaqué al momento de referirme a los fundamentos de la mirada schmittiana sobre representación.

Kelsen se apoya, pues, en la “convención originaria” de Rousseau para encontrar explicación y sentido al principio de la mayoría.

La necesidad de que esta convención originaria sea acordada y consensuada por unanimidad, es decir, por todos aquellos que han de constituir, a través de esa convención, una asociación política, lleva en sí misma la idea de la libertad.

Es que esa convención, acuerdo o contrato expresado por unanimidad ha supuesto el ejercicio pleno de la libertad de cada individuo, sin previa sujeción a dominio o coacción externa alguna ni vicio susceptible de afectar aquella expresión de la voluntad.

La unanimidad es, pues, idéntica a la libertad de cada uno de los integrantes de ese todo. Estamos en presencia de la autonomía de la voluntad.

Esa convención celebrada por unanimidad es el paso del estado de naturaleza al estado de sociedad.

Sin embargo, la unanimidad necesaria para que cada uno se exprese en libertad es requisito sólo exigible para el momento de la creación del orden social y político, pero no para su mantenimiento, ya que en este último caso la voluntad contraria de sólo un miembro frustraría la formulación de la voluntad social.

El principio de la mayoría aparece, pues, como la aproximación “relativamente mayor a la idea de la libertad”,⁴⁸ pues es la mayor aproximación a la unanimidad de la convención originaria.

Este es un nuevo paso de la metamorfosis de la idea de la libertad:

En cuanto a la democracia, inspirándose, al menos hipotéticamente, en la idea de la libertad, desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad, viene a conformarse con una mera aproximación a la idea original. Es un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad que todavía se interprete como autodeterminación, o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la mayoría.⁴⁹

El principio de la mayoría deriva, entonces, del principio de la libertad, y no del principio de igualdad.

Ahora bien, el principio de la mayoría, en sí mismo, responde a un significado cuantitativo en cuanto que más votos tendrían más peso que la

⁴⁸ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

menor cantidad de ello. Esto vendría a significar la afirmación de la superioridad de los muchos sobre los pocos, y, por tanto, significaría el ingreso del principio de la fuerza por sobre el contenido ético-espiritual del derecho. De allí que la idea de que sean libres la mayor cantidad posible de personas, conduce, de manera lógica, al principio de la mayoría.⁵⁰

⁵⁰ La idea de la libertad como principio vertebrador de la democracia aparece de manera clara en Aristóteles. En efecto, Aristóteles, en *La política*, en el libro VII que trata “De la organización de los poderes en la oligarquía y en la democracia”, capítulo II, que titula precisamente “Bases de las instituciones democráticas-La libertad”, nos dice: “El sistema democrático reconoce como principio la libertad, que es al mismo tiempo su fin. Parece que sólo en la democracia puede haber verdadera libertad, cuyo primer carácter es la alternativa del mando y de la obediencia. El derecho político en la democracia es la igualdad, basada en el número y no en la virtud. Se sigue de este principio que el pueblo es siempre soberano, y que la voluntad de la mayoría es la ley suprema. Así, en la democracia, los pobres son soberanos con exclusión de los ricos, porque son los más numerosos, y prevalece la opinión de la mayoría. Este es el primer carácter distintivo de la libertad, que consideran indispensable los partidarios de la democracia. El segundo carácter de la democracia es el derecho de vivir cada cual como mejor le parece: el hombre libre, se dice, debe hacer su voluntad, así como el esclavo debe someterse a la ajena. Resulta de estos principios que ninguno, en la democracia, puede ser mandado, o que, si obedece, debe ser bajo la condición de mandar a su vez. Así, en este sistema se combina la libertad con la igualdad. Esto dicho ¿cuáles serán las bases de una constitución democrática? En primer lugar, todos los ciudadanos deben ser electores y elegibles para todas las magistraturas. Todos deben mandar a cada uno, y cada uno a todos, alternativamente. Los cargos, al menos los que no exigen demasiada experiencia, deben discernirse a la suerte. El censo no debe existir o ser insignificante. Nadie debe ocupar dos veces el mismo cargo, o rara vez, en funciones de poca importancia; deben exceptuarse los empleos militares. La duración de las magistraturas se limitará todo lo posible. Los jueces, que serán todos, o elegidos entre todos, juzgarán todos los negocios, o al menos los más importantes, como la responsabilidad de los magistrados, los políticos y los civiles. La asamblea del pueblo estará investida del poder supremo, dejando a los magistrados atribuciones secundarias...”

Tales son las bases de las instituciones democráticas. Emanan directamente del principio democrático, es decir, de la perfecta igualdad entre los individuos, que parece constituir esencialmente este sistema de organización política. Es innegable que la igualdad existe cuando pobres y ricos llegan indistintamente a las magistraturas y cuando no son solamente soberanos los pobres, sino todos igualmente, siguiendo el criterio del número. Sólo así habrá en la democracia verdadera libertad e igualdad” (Aristóteles, *La política*, cit., pp. 204-206).

El orden conceptual arriba transcrito permite, de manera descriptiva, relacionar los principios o valores que sustentan a un sistema rigurosamente democrático en cuanto que cada ciudadano es tan igual a otro que cada uno tiene idéntico valor numérico que otro, ya que cada uno asciende o *vale* uno, y sólo uno, y de allí que sea libre, pues no existe, en tal sistema, otro cuyo valor exceda de uno, y por esa *diferencia o distinción en su valor*, esté autorizado a mandar.

Creo necesario advertir que al momento de fundamentar la adscripción de Aristóteles a un sistema político en el cual gobiernen las leyes en lugar de *un individuo de mérito*, confrontando con la sofocracia platónica, Aristóteles exige una consideración diferente hacia el principio de la mayoría.

La idea de la libertad que porta el principio de la mayoría, a través del cual se ha de formular la voluntad estatal, significa, pues, que los sujetos al orden estatal participan en la formulación de ese orden.

El poder estatal es creado exclusivamente a partir de la cooperación de los individuos.

Para Kelsen, esta transformación del concepto de libertad, desde la idea de no sumisión del individuo a autoridad social o estatal alguna, a entenderse cooperación en la formulación del poder estatal, “*refleja el tránsito del liberalismo a la democracia*”⁵¹ (cursivas me pertenecen).

Pues bien, esta profunda transformación del concepto de libertad tiene consecuencias graves para la libertad individual.

Es que, si la idea de libertad de cuño rousseauiano desplaza la libertad del súbdito en favor del ciudadano, ya que, según Rousseau, el súbdito renuncia a su libertad para recuperarla como ciudadano, y éste sólo es parte invisible de una entidad colectiva —el Estado—, aquello que es libre es la persona del Estado, y no el individuo en sí.

En efecto, al tratar también en “La política”, en el libro tercero —“Del Estado y del ciudadano— Teoría de los gobiernos y de la soberanía —De la monarquía —, en el capítulo décimo, al continuar refiriéndose precisamente a las diversas clases de monarquía, Aristóteles se pronuncia en favor de un sistema político que esté gobernado por un sistema de leyes que no provenga de la soberanía de un sólo hombre sino, por el contrario, de una muchedumbre que decida en base al principio de la mayoría. Sin embargo, para que esta mayoría se encuentre legitimada para dictar leyes impasibles o exentas de las pasiones humanas y, por ello, dignas de gobernar no basta el número, sino que se requiere de la mayoría que sea virtuosa. Es aquí necesario aquí recordar que virtud supone conocimiento, sabiduría, honradez. Y es por ello que la respuesta a esa preferencia política de Aristóteles se encuentra en la propia pregunta que formula: “¿No será evidente que esa mayoría numerosa será más incorruptible que un hombre solo?” (Aristóteles, *La política, cit.*, p. 114). La mayoría *vale*, entonces, para gobernar a través de leyes a las cuales les es inherente un criterio universal, y no individual, si responde a un criterio de distinción o diferencia al del mero peso numérico consistente en la virtud de cada uno de sus componentes.

Introduce, entonces, un elemento valorativo que espiritualiza a la mayoría y, por ello, la legitima como concepto de dominación. No es la *fuerza* numérica la que domina, sino el *contenido virtuoso* que dicha fuerza significa o encarna. El derecho positivo que de ella dimana es, pues, legítimo y, en consecuencia, digno de ser obedecido, digno de constituir *el gobierno de las leyes* y no de individuos que dominan.

Aristóteles, cuando caracteriza a las diversas formas de gobierno, particularmente en relación a su fin —para el filósofo “la naturaleza de toda cosa es precisamente su fin” (Aristóteles, *La política, cit.*, p. 29)—, es porque previamente ha estudiado comparativamente un considerable número de constituciones referidas a diversos regímenes políticos y, entre ellas y en particular, a las de Atenas (Barbará Jorge Edmundo, “El problema de la democracia”, *Revista de la Facultad*, vol. VII, núm. 2, nueva serie II, Buenos Aires, Facultad de Derecho-Universidad Nacional de Córdoba, La Ley, 2016, pp. 52 y 53).

⁵¹ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 24.

Kelsen culmina este itinerario de las metamorfosis de la idea de libertad en los siguientes términos:

...esto se expresa también diciendo que únicamente es libre el ciudadano de un Estado libre. El lugar de la libertad del individuo es ocupado por la soberanía del pueblo, o, en otros términos, el Estado libre como supuesto fundamental... Éste es el último grado en la metamorfosis de la idea de la libertad... el ciudadano sólo es libre merced a la voluntad colectiva y que, por lo tanto, al que se niegue a someterse a esta voluntad, debe obligársele a ser *libre* sometiéndole de modo coactivo a la voluntad del Estado. Más que una paradoja, es un símbolo de la democracia, que en la República genovesa se leyese en las puertas de las cárceles y en las cadenas de los galeotes la palabra “Libertad”⁵² (cursivas del propio autor).⁵³

La relación de tensión entre las libertades individuales inherentes a la idea de libertad del liberalismo, en cuyo amparo se ha de construir el Estado constitucional representativo, y la idea de libertad de la democracia de cuño rousseauiano, a la cual también le debe su construcción ese mismo tipo de Estado, reclaman reflexiones para la necesaria convivencia de ambas ideas.

Es por ello que ahora estamos en situación de examinar, en Kelsen, el concepto de representación que pretende caracterizar y definir particularmente al parlamento, órgano fundamental del Estado de derecho liberal y democrático.

VII. EL PARLAMENTO Y LA REPRESENTACIÓN

Kelsen sostiene que la existencia de la democracia depende de si el parlamento es un instrumento útil para resolver las necesidades sociales. Y ello porque, según entiende, el parlamento es la única forma real en que puede traducirse la idea de la democracia en la realidad social, aunque la democracia y el parlamentarismo no sean idénticos.

Es de la convicción que las críticas al parlamento se deben a la ignorancia acerca de la esencia objetiva a la que responde el parlamento, que no debe confundirse con interpretaciones subjetivas que parten del lado de aquellos a quienes les interesa la subsistencia del parlamento.

Ello significa que Kelsen va a desagregar el concepto que considera erróneo y desde el cual se ha pretendido caracterizar y definir al parla-

⁵² *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁵³ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato...*, *cit.*, l. I, caps. VI y VII.

mento; más precisamente, va a desplazar a la representación del concepto mismo de parlamentarismo. En efecto, para Kelsen, la representación ha resultado funcional o útil a los enemigos de la democracia al brindarle argumentos eficaces para atacarla.

Por tanto, al definir al parlamentarismo y al penetrar en el lugar donde el parlamentarismo contiene la idea de la libertad, prescinde total y deliberadamente de la institución de la representación.

Kelsen define al parlamentarismo de la siguiente manera: “Formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría”.⁵⁴

En esta definición se destacan dos conceptos, a saber: *a)* la voluntad estatal la expresa un órgano colegiado diferente del pueblo, aunque elegido por éste. Es decir, la voluntad estatal se formula no de manera directa por el pueblo sino de manera *indirecta* por un órgano colegiado. Observemos que es aquí donde omite la figura de la representación; *b)* el órgano colegiado obra con base en el principio de la mayoría.

Del juego de estos dos conceptos Kelsen va a pulverizar, de manera magistral, a la institución misma de la representación.

En efecto, Kelsen advierte que es en el principio de la mayoría donde se muestra la idea de la libertad, aunque mermada, según ya se ha explicado. Allí se encuentra, en cuanto aproximación a la unanimidad, la libertad en el sentido de autodeterminación.

Pero el otro elemento, el referido al carácter indirecto de la formación de la voluntad estatal, se vincula con el imperativo de la división del trabajo social. Este imperativo se opone al sentido básico de la idea de la libertad, en cuanto ésta sólo se deja realizar a través de manifestaciones de voluntad directa por parte de todos los integrantes de una asociación o pueblo susceptibles de transformarse en decisiones estatales. Mientras mayor sea la distancia que medie entre las decisiones de órganos estatales diferentes del pueblo en razón del imperativo de división de trabajo social y aquellas decisiones ejercidas por el pueblo por sí mismo, mayor será la pérdida de la libertad.

Kelsen formula, entonces, una rigurosa ley de cumplimiento inexorable, y con carácter de fatalidad para la subsistencia de la libertad, en los siguientes términos: “Toda diferenciación del organismo del Estado destinada a la división del trabajo y toda transferencia de cualquier función oficial a un

⁵⁴ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 50.

órgano distinto del pueblo, significa necesariamente una restricción de la libertad”.⁵⁵

En consecuencia, el parlamentarismo debe ser entendido “como una transacción entre la exigencia democrática de la libertad y el principio, imprescindible para todo progreso de la técnica social, de la distribución diferenciada del trabajo”.⁵⁶

El parlamento es, pues, un resultado del principio de la división del trabajo social.

Y ello porque la voluntad estatal no es expresada directamente por el pueblo sino de manera indirecta por un órgano muy distinto del pueblo, aunque elegido por éste. El ideal democrático sufre una considerable restricción de la libertad en virtud de ese carácter indirecto de la voluntad estatal, resultado tal carácter por el principio de división del trabajo social.

Kelsen sostiene, entonces que, precisamente para ocultar semejante pérdida de la libertad es que se ha recurrido a la institución de la representación.

Previo a detenernos en la representación, estimo necesario señalar que Kelsen entiende que la representación resulta de la transferencia de la voluntad de un sujeto a otro; se trata de una delegación de la voluntad individual.

La raíz de esa delegación de la voluntad individual se encuentra en el derecho privado. El mandato imperativo medieval, resultante del carácter contractual propio de las relaciones de poder de la Edad Media, va a ser sustituido en la modernidad por el mandato libre, pero cuya esencia sigue siendo la misma: la transferencia de la voluntad del mandante al mandatario. La figura jurídica del consentimiento, inherente a toda relación contractual, en nuestro caso para que un mandante legitime a un mandatario, también es de raíz contractual privatista. La sustancia de la elección consiste en ser un correlato instrumental de un consentimiento respecto de aquel a quien se ha elegido y, por ello, consensuado.⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, 52.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, es explícito en la reiterada referencia a figuras del derecho privado al referirse a la representación política. Por lo demás, la “ficción de la representación” como concepto vinculado a la representación política, permanece en esta obra (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1995, pp. 302-305). Creo asimismo pertinente apuntar que Bernard Manin entiende, entre los principios del gobierno representativo, al triunfo de la elección sobre el sorteo y el rol esencial que cumplió el consenso de raíz medieval y de origen de derecho romano para aquel “triunfo de la elección”. Véase Manin, Bernard, *Los principios del gobierno...*, *cit.*, cap. 2, pp. 103 y ss.

Kelsen observa esta línea conceptual de raíz privatista para entender a la representación política.

En efecto, Kelsen entiende que

...según su concepto ideológico, la elección ha de significar una *transferencia de voluntad* de los electores a los elegidos... esta interpretación ideológica de la elección se halla visiblemente inspirada por la intención de mantener en pie la *ficción de la libertad*. Puesto que la *voluntad para permanecer libre sólo puede determinarse ella misma*, hace falta interpretar que la voluntad de los elegidos traduce la voluntad de los electores. De aquí la identificación ficticia de los electores con los elegidos. Ahora bien, *el significado objetivo de la elección no acompaña a esta ideología subjetiva*, sino que, por lo contrario, el contenido *real* de esta función es muy distinto⁵⁸ (cusivas me pertenecen).

La naturaleza contractual que la transferencia de la voluntad supone y la idea de la libertad en el sentido de autodeterminación —o autonomía de la voluntad—, muestra, de manera palmaria, la línea de derecho privado con la cual Kelsen analiza la representación.

Kelsen entiende que la figura de la representación pretendió ocultar la enorme pérdida de la libertad que se produce a causa del principio de división del trabajo. Es que cuanto más grande y complejo se vuelve el colectivo social, tanto menos se encuentra en condiciones de expresar de manera directa la voluntad social y política. Ante esa imposibilidad de carácter técnico-social, se hace menester que, por aplicación del principio de división del trabajo, la formulación de la voluntad estatal quede a cargo de determinados órganos diferentes del pueblo, pero responsables ante él.

Pero el parlamentarismo, al tiempo que fue resultante de aquel principio de división del trabajo, afirmó la creencia que expresaba, de manera exclusiva, la idea de la libertad.

Kelsen señala que la ficción de la representación servía para este último fin. Esta ficción consiste en la idea “de que el Parlamento no es más que el lugarteniente del pueblo, y que el pueblo puede exteriorizar su voluntad solamente dentro de y por el Parlamento”,⁵⁹ aunque todas las Constituciones establecen la condición de que los representantes no tienen que recibir de sus electores mandatos imperativos, sino que aquéllos son jurídicamente independientes del pueblo.

La ficción de la representación sirve, pues, para legitimar al parlamento con base en el principio de la soberanía del pueblo.

⁵⁸ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 53.

Pero es el caso que el principio de división del trabajo, de cuya aplicación resulta la existencia del parlamento y el consecuente carácter indirecto de la formulación de la voluntad estatal, es contrario e incompatible con la idea de la libertad individual.

Haber recurrido a la representación para legitimar la idea de la libertad en el parlamento resulta una contradicción insuperable. Por ello, sostener esa idea es un engaño.

De allí que sea necesario expulsar del concepto de parlamento a la representación en cuanto idea de la libertad. Y es precisamente lo que hace Kelsen.

Por lo tanto, la eliminación de la representación del concepto de parlamento en razón del carácter ficticio de esa institución no sólo está motivada en un requerimiento teórico de rigor conceptual con relación a la comprensión del parlamentarismo.

Esa eliminación está mucho más motivada en una cuestión argumental de carácter práctico: destruir el argumento de los enemigos de la democracia parlamentaria consistente en que ésta se funda en un engaño manifiesto, argumento cuya veracidad Kelsen expresamente reconoce en los siguientes términos: “Esta patente ficción, destinada a ocultar la verdadera y esencial restricción que experimenta el principio de la libertad por el parlamentarismo, ha facilitado a los adversarios el argumento de que la democracia se funda en un engaño manifiesto”.⁶⁰

El adversario de la democracia sostiene, entonces, que la voluntad estatal formulada por el parlamento no es la voluntad del pueblo, ya que la voluntad del pueblo sólo se expresa en el momento de la elección de los representantes.

Kelsen advierte que este argumento es exacto si se pretende legitimar al parlamentarismo por el lado de la soberanía del pueblo.

Y es por ello aquella construcción del concepto del parlamento excluyendo la ficción de la representación.

Kelsen entiende que el auxilio de esa ficción no es necesario.

El parlamento puede justificarse como medio específico y técnico social para la estructuración de un orden estatal.

Este imperativo de la división del trabajo aparece como exigencia de todo tipo de Estado, también en las autocracias.

Esto último porque necesariamente el autócrata también requiere de organismos colegiados para la legislación, tales como consejeros, asambleas o como fuere que se llamaren, en razón de que solo no puede gobernar.

⁶⁰ *Idem.*

La circunstancia de que la designación de los integrantes de tales organismos colegiados se deba, en un caso al nombramiento del autócrata y, en el otro, a la elección por el pueblo, tiene ciertamente importancia.

Pero es mayor el que tienen desde el punto de vista ideológico.

De allí la importancia del elemento ideológico que también define al parlamentarismo democrático, consistente en la comprensión del principio de la mayoría como expresión de la libertad.

Kelsen, pues, va a concebir al parlamentarismo como una transacción necesaria entre la idea rudimentaria de la libertad política contenida en el principio de la mayoría y el principio de la diferenciación del trabajo.

VIII. EL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA Y LA REALIDAD DE LA DEMOCRACIA

Quedaría trunca la comprensión del principio de la mayoría si sólo nos quedáramos en su momento ideológico.

En efecto, para Kelsen el principio de la mayoría juega un rol fundamental en la realidad de la democracia.

En razón de que arriba hemos adelantado que el concepto de representación se formula en el marco del significado de la ideología y de la realidad del sistema parlamentario democrático, nos detendremos de manera sintética para observar la democracia en su realidad a partir del principio de la mayoría.

Pues bien, Kelsen sostiene que el principio de la mayoría, por su propio concepto, requiere de una minoría.

Este principio no significa la dictadura de la mayoría sobre la minoría. No es razonable sostener un permanente gobierno de la misma mayoría, pues la minoría dispondría del último recurso de renunciar a su intervención, despojando con ello a la mayoría en su condición de tal.

Kelsen advierte que la denominación precisa requiere llamar al principio de que se trata como “principio de la mayoría y de la minoría”.

La existencia de una mayoría y de una minoría significa que se trata de la formación de dos grupos dinámicamente cambiantes, y que todo el procedimiento parlamentario tiende a lograr transacciones o acuerdos que posibiliten la formulación de la voluntad estatal.

Este esfuerzo es tanto más intenso en cuanto la mayoría, las más de las veces, es, en verdad, una primera minoría, que debe esforzarse en realizar acuerdos o transacciones para lograr una unión, posponiendo lo que estor-

ba a esa unión, en favor de lo que contribuye a ella. Ése es el significado que Kelsen otorga a esa transacción.

Conviene aquí también reproducir las palabras de Kelsen para que se advierta la relevancia que otorga a aquella transacción derivada del principio de la mayoría:

Las ventajas que ofrece el principio de la mayoría dentro del sistema parlamentario como *principio de transacción y elemento de equilibrio entre los términos opuestos*, son apreciables a primera vista en la práctica parlamentaria. *Todo el procedimiento parlamentario descansa sobre la fijación de una línea media entre los intereses opuestos como resultante de la pugna sostenida por las fuerzas sociales*. Es la garantía para que los distintos intereses de los grupos representados en el Parlamento se manifiesten y puedan darse a conocer en un procedimiento público⁶¹ (cursivas me pertenecen).

La fijación de un punto de equilibrio entre fuerzas opuestas y en pugna que a nivel institucional se logra a través de la transacción permite observar que los antagonismos propios de la vida social, la conflictividad social misma, se resuelve de manera armónica y pacífica.

Los intereses extremos y unilaterales de fuerzas sociales antagónicas se renuncian recíprocamente en beneficio de acuerdos o transacciones que contienen un equilibrio equidistante de aquellos intereses.

Pero la transacción no sólo juega un rol crucial para la realidad de la democracia, sino que también lleva en sí misma el principio de la libertad.

En efecto, la transacción es un contrato que en el escenario del orden social y político reproduce la unanimidad contenida en la convención originaria, convención o contrato que significó la creación del orden social por los propios sujetos al mismo, abandonado el estado de naturaleza. La transacción es la mejor aproximación a aquella unanimidad, y, por esa razón contiene, pues, la idea de la libertad.

La violencia como instrumento de dominación causa repulsa a la realidad y a la ideología de la democracia:

Si existe alguna forma que ofrezca la posibilidad de apartar esta contraposición abismal, tan deplorable como real, de la catástrofe a que conduciría el camino de la revolución sangrienta, llevándola a una armonía pacífica y gradual, sólo puede ser la democracia parlamentaria, cuya ideología es, en verdad, una libertad no asequible en la práctica social, pero *cuya realidad es la paz*⁶² (cursivas me pertenecen).

⁶¹ *Ibidem*, p. 86.

⁶² *Ibidem*, p. 98.

Kelsen encuentra en la democracia parlamentaria la única posibilidad de armonizar las tensiones y contrastes inherentes al pluralismo social, tensiones y contrastes que a su vez dependen del grado de homogeneidad y de heterogeneidad de una sociedad, a través de un modelo de integración, y no de conflicto.

El método dialógico que Kelsen deriva del principio de la mayoría permite arribar a acuerdos como manera pacífica de superar la conflictividad social y plasmarse en la formulación de la voluntad estatal.

El orden normativo así creado compatibiliza la idea de la libertad con la autoridad emanada de ese mismo orden normativo.

Kelsen efectúa, pues, una profunda defensa de la democracia en su dimensión parlamentaria, en particular de los ataques que recibe desde la izquierda y desde la derecha.

IX. REFLEXIONES FINALES

El concepto de representación en Schmitt y en Kelsen no sólo es enteramente diferente en uno y en otro, sino, y particularmente, antagónico.

Esta relación antitética la referí en la “Introducción” de este trabajo a fin de guiarnos en la búsqueda de la compatibilidad entre su significado y la forma de gobierno representativa propia del Estado de derecho que se asume como democrático.

Aunque sin mencionarse recíprocamente, Schmitt y Kelsen se encuentran, sin embargo, recíprocamente presentes en uno y en otro.

De la riqueza provocativa de ambos pensamientos, haremos sólo algunas reflexiones que nos nacen de sus miradas recíprocas, no expresadas por ninguno de ambos autores, pero que nos nacen de esa implícita riqueza provocativa.

Considero que, para Schmitt, Kelsen estaría atrapado en un esclarecimiento del significado y sentido de la representación en cuanto *Vertretung*, dentro del “amontonamiento” de conceptos propios del derecho privado. Por ende, Kelsen ignoraría la singularidad política y jurídico-política de su significado y sentido que reclama un ser superior de existencia pública que refleje la imagen de una también existencial y superior unidad del pueblo. Ignoraría, pues, que se trata de una *Repräsentation*.

Para Schmitt, afirmar que el parlamento es una diferenciación del Estado impuesto por la división de trabajo social, es decir, por razones técnico-sociales, es convertir al parlamento en un ámbito de comisionados

o encargados de negocios representantes de intereses particulares, incluyendo en ese carácter a los intereses electorales. El parlamento sería una comisión que no representa, sino que sería exponente dependiente de un grupo mayor que lo ha formado por razones técnicas. La ignorancia consistiría aquí, pues, en no comprender que el parlamento es representante del pueblo, no agente dependiente de organizaciones electorales y de intereses. Sería, en definitiva, transformar, saqueándolo, al concepto de representación (*Repräsentation*), que pertenece, de manera exclusiva y excluyente, al ámbito público y de derecho público, de carácter aristocrático en cuanto selección de los mejores, en un concepto menor de carácter privado (*Vertretung*), en una comisión de masas electorales, ignorando particularmente que “lo representativo” es precisamente lo no democrático de una democracia.

Schmitt, para arribar al concepto de representación, parte de una mirada fuertemente crítica al Estado de derecho, al cual considera que no configura forma de gobierno alguna. No es una forma de configurar una unidad política del pueblo, y, por ello, no es capaz de significar una forma política propia. Democracia, aristocracia y monarquía son formas políticas porque permiten comprender al Estado como un estatus del pueblo en el sentido de una unidad política. El Estado de derecho, no. El Estado de derecho consiste sólo en asegurar las garantías de las libertades burguesas y limitar el ejercicio del poder estatal. Se trata de la protección de las “libertades burguesas”, no de reflejar al pueblo como un todo —“el pueblo”— o a ideas abstractas, como la libertad o la igualdad. Las libertades burguesas, vinculadas a intereses diferentes a los del pueblo como un todo, no son susceptibles de representación. Sólo pueden erigir, por razones técnicas o económicas, agentes o comisionados, pero carecen de la dignidad superior que posibilita la existencia de una representación. La denominación que reserva para ese tipo de Estado es congruente con esa posición crítica, pues lo llama Estado *burgués* de derecho.

Kelsen arriba al concepto de representación por el camino de la libertad, entendida como autodeterminación, libertad que, al derivarse de la igualdad de cada integrante del género humano, excluye cualquier concepto de superioridad o señorío susceptible de legitimar el dominio de una persona sobre otra persona. El escenario del estado de naturaleza que permite observar esta repulsa hacia la heteronomía y al dominio ajeno, sitúa a Kelsen en el ámbito del contractualismo. Abreva en el contrato originario rousseauiano, pero es consecuente con la ideología contractualista kantiana-

na, que entiende la libertad como autonomía de la voluntad, y sobre la cual edifica el Estado de derecho en sentido material.⁶³

Es que al conceptualizar al parlamento advierte que en el principio de la mayoría se encuentra la idea de la libertad en cuanto aproximación a la unanimidad, es decir, la libertad en el sentido de autodeterminación.

En razón de que una voluntad autónoma, para ser tal, no puede transferirse si pretende seguir siendo libre, no es posible transferir la libertad de los electores a los elegidos.

Incluir a la representación para explicar la existencia de la libertad en el parlamento, particularmente en su pretensión democrática, es un contrasentido que por ello lo torna vulnerable a ataques provenientes de adversarios del parlamentarismo.

La ficción de la representación sólo sirve para ocultar la real pérdida de libertad que la institución parlamentaria significa en razón del carácter indirecto de la formación de la voluntad estatal.

De allí el decidido rechazo de esa institución al momento de definir al parlamento.

Kelsen es rigurosamente congruente con la línea conceptual conque entiende la creación y el mantenimiento del orden social a partir de su origen contractual.

Esa línea conceptual es sustancialmente antagónica a la de Schmitt. A poco que se observe que en Schmitt el principio de la representación se liga a un monarca absuelto de observancia a procedimiento normativo alguno —*de legibus solutus*—, absuelto precisamente del principio de la normatividad que Kelsen entiende que reina en el mundo social y político, se advertirá el abismo infranqueable que existe entre Schmitt y Kelsen al momento de ocuparse del concepto de representación.

Este antagonismo se revela de manera palmaria en el concepto de superioridad y dignidad que caracteriza a la persona del representante —“el contenido del valor superior y de la alta dignidad que inviste la persona del representante”—, reflejo del valor y dignidad superior a representar —Dios, el pueblo, “o ideas abstractas como la Libertad y la Igualdad”— y que se contrapone con la esencial exigencia de ausencia de todo tipo de superioridad entre los hombres de la que Kelsen parte al momento de com-

⁶³ Para la configuración del Estado de derecho en sentido material en Kant, véase, particularmente, *La metafísica de las costumbres*. Para la naturaleza humana que se resiste al dominio impuesto por el orden social, véase en Kant, el “cuarto principio” de la naturaleza humana —la “insociable sociabilidad”— en *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*. Para el rol del principio de autonomía de la voluntad en la configuración del Estado de derecho, véase Barabará, J. E., *Estado de derecho y autonomía de la voluntad*.

prender no sólo a la representación y al parlamento, sino a todo orden social que contenga, aunque fuera de manera rudimentaria, a la idea de libertad individual que la democracia supone.

Por todo ello, considero que la eliminación de la representación del concepto de un orden social que se asume democrático a través del órgano parlamentario entiendo resuelve el problema que plantea la representación para la teoría política y para la teoría constitucional.

Sin embargo, este esclarecimiento del problema no significa la pretensión de eliminación de la expresión “forma de gobierno representativo” de las cartas constitucionales. Entiendo que el anclaje jurídico de la expresión “representativo” referencia una costumbre jurídica instalada en el más alto grado jurídico estatal. Empleo la expresión “costumbre jurídica” no sólo en razón de su reiteración en normas jurídicas, sino, y particularmente, porque tanto la expresión latina *mos, -ris* cuanto la expresión alemana *Sitte*, si bien significan “costumbre”, de sus respectivas raíces derivan las palabras *moral* y *moralidad* —*Sittlichkeit* o *Moralität* en alemán—. Esa buena costumbre jurídicamente establecida ha llegado a alcanzar el valor simbólico para el imaginario social de tratarse de un gobierno democrático y no autocrático. Y ello es razón bastante para continuar con la denominación de “gobierno representativo”.