

Ponderación, control de constitucionalidad y representación	1
Robert ALEXY	
I. Ponderación	1
II. El control de constitucionalidad.	11
III. Representación	12

PONDERACIÓN, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y REPRESENTACIÓN

Robert ALEXY

El constitucionalismo discursivo es una teoría que deriva de la relación de cinco conceptos diferentes: 1. Los derechos fundamentales; 2. La ponderación; 3. El discurso; 4. El control de constitucionalidad, y 5. La representación. El sistema formado por estos cinco elementos es muy complejo. El esquema que se presentará a continuación se centra en los conceptos de ponderación, de control de constitucionalidad y de representación.

I. PONDERACIÓN

Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo. La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales. En el derecho constitucional alemán la ponderación forma parte de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).

* Quisiera agradecer a Stanley L. Paulson su ayuda y consejo en cuestiones de estilo de la versión inglesa de este texto. Traducción al castellano de René G. de la Vega.

El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. Interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. De modo tal, que expresan la idea del óptimo de Pareto. En cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas. Estas posibilidades jurídicas están esencialmente definidas por principios contrapuestos. La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, el tercer subprincipio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.¹ Esta regla podría denominarse "ley de la ponderación".²

¹ Véase, Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 102. Existe versión castellana: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

² *Idem.*

1. *Dos objeciones*

El fenómeno de la ponderación dentro del derecho constitucional genera una gran cantidad de problemas de los que aquí no podría hacer una lista ni, mucho menos, discutir a fondo. Por ello, sólo me limitaré a dos objeciones.

La primera de ellas ha sido formulada por muchos autores. Esta objeción rechaza la idea de que la ponderación sea un procedimiento racional. Se dice que consiste en una figura retórica que permite niveles de subjetividad ilimitados. La razón de esta objeción es, como sostiene Habermas, que "no existen estándares racionales" para ponderar.³

La segunda objeción es un poco más sutil, y se refiere a un problema conceptual. Nuevamente, podemos referirnos a Habermas, quien ha presentado una versión bien interesante del problema. Habermas ha mantenido que la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como bueno y malo; correcto e incorrecto, así como, también, de la idea de justificación, colocándola dentro de una esfera definida por conceptos como adecuado e inadecuado y como discreción. Se ha dicho que la "ponderación de valores" puede orientar un juicio en cuanto a su *resultado*, pero no puede *justificar* ese resultado:

La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos ade-

³ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, trad. William Rehg, Cambridge, 1996, p. 256. Existe versión castellana: *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

cuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta.⁴

La segunda objeción es al menos tan seria como la primera, pues es equivalente a la tesis de que la pérdida de la categoría de corrección es el precio que hay que pagar para ponderar o balancear. Si la ponderación sólo puede producir resultados, pero no puede justificar dichos resultados, entonces debería ubicarse fuera de la esfera definida por conceptos como verdad, corrección, conocimiento, justificación y objetividad. Los habitantes de este territorio son, *qua* entidades, juicios o proposiciones que se asignan a sí mismos la calidad de verdadero o falso, correcto o incorrecto. En otras palabras, estas entidades expresan lo que en realidad es; lo que puede ser calificado como verdaderamente cognoscible y no sólo meramente creído. De la misma manera, más allá de un mero apoyo retórico, estas entidades requieren de justificación. Esta región puede ser denominada como el imperio de la objetividad.

Si la ponderación fuera excluida desde un inicio de la esfera de objetividad, la aproximación ponderativa sufriría un golpe terrible. El control de constitucionalidad está necesariamente conectado con una pretensión de corrección,⁵ por lo que si la pon-

⁴ Habermas, Jürgen, "Reply to Symposium Participants", en Michel Rosenfeld y Andrew Arato (eds.), *Habermas on Law and Democracy*, Los Ángeles y Londres, Berkeley, 1998, p. 430.

⁵ Alexy, Robert, "Law and Correctness", en M.D.A. Freeman (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford, 1998, pp. 209-214.

deración o el balanceo fueran incompatibles con la corrección, la objetividad y la justificación, no tendría lugar alguno en el derecho constitucional.

¿Es, entonces, la ponderación intrínsecamente irracional y subjetiva? ¿Significa acaso la ponderación que debemos despedirnos de la corrección, de la objetividad y de la justificación, y que, por consiguiente, debemos también abandonar la razón?

2. La estructura de la ponderación

Resulta difícil responder a estas preguntas sin antes saber qué es la ponderación. Y saber qué es presupone conocer su estructura. La ley de la ponderación indica que puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio. Si no fuera posible formular juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de interferencia; segundo, los grados de importancia y, tercero, la relación entre los elementos anteriores, las objeciones de Habermas estarían justificadas. Así pues, la cuestión gira en torno a la posibilidad de realizar esa clase de juicios.

Para mostrar la posibilidad de juicios racionales en relación con la intensidad de la interferencia y con los grados de importancia, tomaré una decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán,

sobre las advertencias de los riesgos para la salud.⁶ El Tribunal califica el deber de las compañías de tabaco de advertir sobre el riesgo de fumar como una interferencia relativamente menor o *leve* respecto de la libertad de ejercer una profesión (*Berufsausübungsfreiheit*). Por lo contrario, una prohibición total de todos los productos del tabaco sería considerada una interferencia *grave*. Entre estos casos leves y graves se pueden encontrar interferencias de intensidad *moderada*. En este sentido, es posible desarrollar una escala con niveles de *leve*, *moderado* y *grave*. Este ejemplo demuestra que se pueden realizar asignaciones válidas de acuerdo a esta escala.

Ello también es posible en relación con la fundamentación opuesta. Los riesgos que se generan por fumar son enormes. Por ello, las razones que justifican la interferencia son de gran peso. En este sentido, si la intensidad de la interferencia se establece como leve o menor, y el grado de importancia de las razones para interferir es alto, entonces, el resultado del examen de proporcionalidad en el sentido estricto puede ser bien descrito —como, de hecho, lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán— como *obvio*.⁷

Las enseñanzas del caso del tabaco pueden ser corroboradas estudiando otros casos. Otro completamente diferente sería el fallo del caso *Titanic*. Una revista satírica de gran circulación, *Titanic*, se refirió a un militar parapléjico retirado como “asesino nato” y, en una edición posterior, le llamó “tullido”. Un tribunal alemán resolvió en contra de la re-

⁶ BVerfGE 95, 173.

⁷ BVerfGE 95, 173 (187).

vista, condenándola a pagar al oficial daños y perjuicios por un monto de 12 mil DM. *Titanic* interpuso un recurso de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una "ponderación de caso específico"⁸ entre la libertad de expresión de la revista (artículo 5 (1) (1) de la norma fundamental) y, el derecho general a la identidad personal del oficial (artículo 2 (1) en conexión con el artículo 1 (1) de la misma norma). Trataré de mostrar cómo este caso puede ser reconstruido utilizando la escala triádica: *leve, moderado y grave*.

La estructura de la escala triádica no es suficiente para mostrar que la ponderación es racional. Para ello, es necesario que se tenga en cuenta también que en la ponderación se encuentra implícito un sistema de inferencias; el cual, a su vez, está intrínsecamente conectado al concepto de corrección. En tanto que un sistema de inferencias, la subsunción en una regla puede expresarse mediante un esquema deductivo llamado "justificación interna"; el cual se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica. Es de central importancia para la teoría del discurso jurídico que en el caso de la ponderación de principios exista una contraparte de este esquema deductivo.⁹ Este esquema podría llamarse "fórmula del peso".

La representación más sencilla de la "fórmula del peso" sería la siguiente:

$$W_{i,j} \quad \frac{I_i}{I_j}$$

⁸ BVerfGE 86, 1 (11).

⁹ Alexy, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris* 10, 2003, pp. 433-449.

I_i equivale a la intensidad de la interferencia con el principio P_i ; digamos, el principio que protege la libertad de expresión de *Titanic*. I_j representa la importancia de satisfacer el principio en colisión; en nuestro caso, el principio que protege el derecho a la personalidad del oficial parapléjico. $W_{i,j}$ equivale al peso concreto de P_i . Haciendo que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia (P_i) y de la importancia concreta del principio en colisión (P_j), la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es, en realidad, un peso relativo.

Ahora bien, la objeción es clara debido a que sólo se puede hablar de cocientes en la presencia de números, y en la medida en que los ejercicios de ponderación llevados a cabo en el derecho constitucional no se utilizan números. La réplica a esta objeción podría comenzar con la observación que el lenguaje de la lógica utilizado por nosotros para demostrar la estructura de la subsunción no es utilizado en los razonamientos judiciales pero que este lenguaje es, sin embargo, la mejor vía posible para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Esto mismo es aplicable, para demostrar la estructura ilativa de los principios a través de números que son substituidos por las variables de la fórmula del peso.

Los tres valores del modelo triádico, leve, moderado y grave, pueden ser representados por l , m y g . Existen numerosas posibilidades para asignar valores a l , m y g . Una posibilidad muy simple, pero a la vez sumamente instructiva, consiste en tomar la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 ; esto es, 1, 2 y 4. Sobre esta base, l tiene el valor 1, m el valor 2, y g el valor 4. En el fallo del caso *Titanic*,

el Tribunal consideró que la intensidad de intervención de (I_i) con la libertad de expresión (P_i) es grave (g), y que la importancia de satisfacer el derecho a la identidad personal (P_j) del oficial (I_j) al describirlo como un "asesino nato" es moderada (m), posiblemente leve (l), debido al contexto altamente satírico de la revista. Ahora bien, si en este caso insertamos los valores asignados a g y a m por la secuencia geométrica, el peso concreto de P_i ($W_{i,j}$) sería $4/2$; que representa 2. Si I_i fuese m e I_j fuese g , el valor atribuido sería de $2/4$; esto es, $1/2$. En todos los casos de empate este valor es de 1. La prioridad de P_i se queda expresada por un peso determinado mayor que 1, y la prioridad de P_j por un peso menor que 1. La descripción del oficial como "tullido" fue considerada como grave. Ello dio lugar a un empate y , consecuentemente, a que no prosperara el recurso constitucional de *Titanic*, en cuanto a los daños y perjuicios derivados de la descripción como "tullido".

La racionalidad de una estructura inferencial depende, esencialmente, de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas racionalmente. La estructura que expresa la fórmula del peso no sería una estructura racional si su *input* fuesen premisas que la expulsaran del ámbito de la racionalidad. No es ese, sin embargo, el caso. El *input* que representan los números son juicios. Un ejemplo de ello es el juicio de que la descripción pública de una persona minusválida como "tullido" supone una "vulneración grave"¹⁰ de su derecho a la personalidad. Este juicio expresa una pretensión de corrección que, dentro del discurso, puede ser jus-

¹⁰ BverfGE 86, 1 (13).

tificada como la conclusión de otro esquema de interferencia. El Tribunal Constitucional Federal operó de esta forma presentando el argumento de que la descripción de un parapléjico como "tullido" era humillante e irrespetuosa. Junto con la corrección de los argumentos relativos a la intensidad de la interferencia con la libertad de expresión, la fórmula del peso trasfiere la corrección de este argumento al juicio sobre el derecho de *Titanic* en el caso concreto; lo cual, una vez más, implica al juicio que expresa la decisión del Tribunal —acompañado de las premisas adicionales—. Esta es la estructura racional para establecer la corrección de los juicios jurídicos dentro de un discurso. Los elementos básicos de esta estructura son juicios o proposiciones. Ello supone que la naturaleza de la ponderación puede ser caracterizada por algo que podría ser llamado como "proposicionalidad". Siendo así las cosas, se puede rechazar la objeción de Habermas que sostiene que la ponderación nos deja afuera de la esfera de la justificación, de la corrección y de la objetividad.

Las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos. En otras palabras, la fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí.

El discurso es el tercer elemento de los cinco que forman el sistema conceptual del constitucionalismo discursivo. Ahora podemos ver claro que la ponderación está conectada con el discurso. La ponderación no es posible sin el discurso, y las distintas clases de argumentos o estructuras de in-

ferencias incluyen necesariamente la estructura ponderativa, tal y como lo pone de manifiesto la fórmula del peso.

Sobre esta base se puede contrarrestar la objeción de irracionalidad de Habermas: argumentando que la ponderación es tan racional como el propio discurso. Si el discurso práctico no fuera racional, no habría racionalidad práctica en absoluto.

La ponderación no sólo está relacionada necesariamente con el discurso, sino también con los derechos fundamentales.¹¹ De allí se sigue que los derechos fundamentales están necesariamente relacionados con el discurso. Surge ahora la siguiente pregunta: ¿cuáles son las consecuencias de ello para el cuarto elemento del sistema conceptual del constitucionalismo discursivo; esto es, para el concepto de control de constitucionalidad.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a —o en contra de— la legislación parlamentaria. Su base lógica es el concepto de contradicción. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la constitución. Esta contradicción a nivel normativo viene acompañada por una contradicción en el nivel de los juicios acerca de normas. En la mayoría de los casos, los fallos de los tribunales constitucionales son explícitos y tienen la forma de “la ley *L* es inconstitucional”. Mientras que los juicios parlamentarios

¹¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1, pp. 69-86.

son —al menos a lo largo del proceso legislativo; esto es, previamente al recurso de constitucionalidad—, por lo general, sólo implícitos, y tiene la forma: “la ley *L* es constitucional”. Estas dos clases de contradicciones muestran que el control de constitucionalidad es esencialmente proposicional y, por lo tanto, argumentativo o discursivo.

Ahora bien, el control de constitucionalidad consiste en algo más que meras afirmaciones concernientes a la constitucionalidad. El tribunal constitucional no sólo dice algo, sino que también hace algo. Por lo general, tiene el poder de invalidar actos inconstitucionales del parlamento.

Este tipo de participación en la legislación implica que la actividad del tribunal constitucional no sólo tiene un carácter proposicional o discursivo, sino también un carácter institucional o autoritativo.

La cuestión de la ponderación es el principal problema de la dimensión metodológica del control de constitucionalidad. El asunto central de su carácter institucional puede formularse preguntando cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del parlamento. Esta pregunta nos coloca ante el eterno problema de la relación entre el control de constitucionalidad y la democracia.

III. REPRESENTACIÓN

El control de constitucionalidad representa un ejercicio de autoridad estatal. En un Estado democrático, en el que “toda autoridad del Estado proviene del pueblo” —como queda establecido en el artículo 20 (1) (1) de la norma fundamental de la República Federal Alemana—, el control de consti-

tucionalidad sólo puede legitimarse si es compatible con la democracia. En tanto que el parlamento es el representante del pueblo, el ejercicio de autoridad estatal del poder legislativo es legítimo. Esta clase de representación es democrática, pues todos los miembros del parlamento son elegidos y controlados por elecciones generales y libres. Pero en el caso del control de constitucionalidad las cosas son bien diferentes, al menos, en un aspecto general. Por regla general, los jueces de los tribunales constitucionales no cuentan con legitimación democrática directa; lo que quiere decir que, normalmente, el pueblo no tiene la posibilidad de controlarles negándoles la reelección. ¿Es esto compatible con la democracia?

La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquél es también una forma de representación del pueblo. Ahora bien, esta estrategia parece estar bloqueada por dos obstáculos. Primero, la representación parece estar necesariamente relacionada con elecciones y, segundo, si la representación fuera posible sin la presencia de elecciones, ¿por qué debería prevalecer esta forma de representación frente al sufragio?

1. *La representación argumentativa*

El concepto de representación argumentativa es la clave para solucionar los anteriores problemas y, por consiguiente, también es central para solucionar el problema general del control de constitucionalidad. La representación consiste en una relación de dos partes, entre los *repraesentandum*

y los *repraesentans*. En el caso de la legislación parlamentaria, la relación entre un *repraesentandum* —el pueblo— y los *repraesentans* —el parlamento— está esencialmente determinada por las elecciones. Ahora bien, sería posible dibujar un esquema democrático que comprenda exclusivamente un sistema de toma de decisiones centrado en los conceptos de elecciones y de regla de la mayoría. Se trataría de un modelo de democracia puramente decisionista. Sin embargo, un modelo democrático adecuado debe incluir no sólo decisión, sino también argumentación. Al incluir en el concepto de democracia la idea de argumentación, la democracia se torna en deliberativa. La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible. Por esta misma razón, la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos. En este sentido, la representación parlamentaria del pueblo es, a la vez, volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva.

En cambio, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa. El hecho de que la representación parlamentaria sea al mismo tiempo volitiva y discursiva demuestra que la argumentación y la representación no son incompatibles. Por el contrario, un adecuado concepto de representación debe referirse —como afirma Leibholz— a ciertos “valores ideales”.¹²

¹² Leibholz, Gerhard, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3a. ed., Ber-

La representación es más que una procuración mediante poderes —como propone Kelsen—¹³ y, también, más que una transformación de los *repraesentandum* en algo existente —como mantiene Carl Schmitt—. ¹⁴ La representación incluye, desde luego, elementos de ambas ideas; es decir, la representación es necesariamente normativa y real, pero estos elementos no agotan el concepto¹⁵. La representación expresa necesariamente una pretensión de corrección. Por lo tanto, un concepto de representación bien definido deberá contener una dimensión ideal que relacione la decisión con el discurso. En consecuencia, la representación ha de ser definida como la conexión de dimensiones normativas, fácticas e ideales.

2. *Las condiciones de una verdadera representación argumentativa*

Un crítico del control de constitucionalidad podría objetar que todo esto termina por ser una sobreidealización. Sostendría que la representación argumentativa es sólo una quimera. Una vez que

lín, 1966, p. 35, 'ideelle Werte'. Comp. Further id. 32:; Die Wertspaäre, die allein eine Repräsentation zuläBt, ist eine ideell bestimmte'.

¹³ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Wien, 1960, p. 301. Existe versión castellana: *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

¹⁴ Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, 5a. ed., Berlín, 1970, p. 209.

¹⁵ Con Schmitt, esto se hace claro cuando dice, que sólo un "tipo de ser desarrollado" ('gesteigerte Art des Sein(s) es capaz de existencia ('einer Existenz [,] fähig'); Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 210.

lo ideal es sustituido por lo real, el tribunal constitucional es libre de declarar cualquier argumento como un argumento en representación del pueblo. Ya no habría ni límites ni control. Así, el control de constitucionalidad podría alejarse tanto como lo deseara de lo que la gente realmente piensa y demanda, y, sin embargo, afirmar que la representa. El camino del constitucionalismo discursivo, que empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad, termina en una ilusión en la que es posible legitimar cualquier cosa.

Esta objeción puede ser rechazada si podemos demostrar, primero, que el control de constitucionalidad como argumento o discurso no es ilimitado y segundo, que el control de constitucionalidad en tanto representación está conectado con lo que la gente realmente piensa. Los argumentos constitucionales se pueden distinguir unos de otros, en la medida en que son buenos o malos, mejores o peores. Así pues, el control de constitucionalidad como argumento no permite todo. El análisis de los ejemplos anteriores muestra que en la argumentación constitucional es posible, en buen grado, la argumentación racional —y, por lo tanto, la objetividad—. También muestra que la existencia de casos en que los argumentos lleven a un empate no supone peligro alguno para el control de constitucionalidad. En los casos de empate, el legislador tiene discrecionalidad, y si la constitución no ha de decidir todos y cada uno de los casos, esta discrecionalidad del legislador es necesaria.¹⁶ Todo lo que se necesita es una clase de casos que

¹⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1, pp. 388-425.

tengan un alcance suficientemente amplio; casos en los que los juicios sobre la intensidad de interferencia puedan ser respaldados por argumentos reconocidos como buenos o, al menos, como plausibles; argumentos que, además, sean aceptados constitucionalmente.

La existencia de argumentos buenos o plausibles es suficiente para la deliberación o la reflexión, pero no para la representación. Para esto, no sólo es necesario que los tribunales sostengan que dichos argumentos son argumentos del pueblo, sino que, además, un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de corrección. Sólo las personas racionales son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o sensatez. Esto muestra que existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: *a)* la existencia de argumentos correctos o razonables y *b)* la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos o razonables. El control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo.

Sí estas dos condiciones se cumplen, la respuesta a la pregunta anteriormente formulada sobre por qué la argumentación representativa debería tener prioridad sobre la representación basada en elecciones y reelecciones, ya no representa dificultad alguna. El constitucionalismo discursivo, como

un todo, es una empresa para institucionalizar la razón y la corrección. Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.