

**DERECHO LEGÍTIMO EN SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS MULTI /
PLURICULTURALES: UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA
HABERMASIANA¹**

**LEGITIMATE RIGHT IN MULTI/PLURICULTURAL DEMOCRATIC
SOCIETIES: A VISION FROM THE HABERMASIANA PERSPECTIVE**

*Nilton Cesar Flores²
Marcelo Machado Costa Lima³*

Resumen: Las sociedades contemporáneas, intensamente globalizadas y multi / pluriculturales⁴, que reconocen y cultivan la diferencia como un valor, se presentan como un gran desafío para los juristas y científicos sociales, que buscan soluciones para responder adecuadamente, desde una visión de la Estado Constitucional Democrático de Derecho, las diferentes exigencias axiológicas y normativas que los distintos grupos que se acomode a los deseos y que deben ser amparadas por el sistema jurídico-político. En esta línea, una estructura normativa específica que atienda demandas tan diversas requiere

¹ Texto inicialmente editado para uma organização de trabalhos por Rafael Mario Iório Filho e Nuria Beloso Martin sob a temática *Sociedad Plural y Nuevos Retos del Derecho*, ela Editora Thomas Reuters, em Navarra, Aranzadi, 2021. v. 1. 597p.

² Procurado Geral do TCE. Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Mestre pela UGF. Membro do Conselho editorial da Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça - STJ; Editor Associado da Revista Direito em Movimento da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ; ex-membro da Câmara Socioambiental e de Disseminação do Conhecimento - CSDC- Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro; Coordenador do GEDAPI (Grupo de Estudos em Direito ambiental e propriedade intelectual). Possui pesquisas aprovadas pela CAPES na área de inovação e sustentabilidade - PROCAD. Graduado pela UFRJ, cum laude. Integrou diversas bancas de concurso público, dentre elas a de Juiz Federal TRF-2, servidor do TJRS e juiz do Tribunal Marítimo. Árbitro Internacional. Membro do FORUM de estudos da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e Coordenador acadêmico do Núcleo de Pesquisa em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos - EMERJ.

³ Pós-doutor em Direito pela Universidad de Burgos (2025) - Experto Universitario en Posdoctorado en Derecho: "Los Desafíos del Derecho y de la Sociedad en el Siglo XXI"; Pós-doutor em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi "G.D'Annunzio" Chieti-Pescara (2021). Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD/UNESA) - Linha de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos - Área de Concentração Direito Público e Evolução Social. Professor de Direito Constitucional do Ibme-RJ. Coordenador do Núcleo de Internacionalização do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESA) Líder dos Grupos de Pesquisa Codidem – Constitucionalismos, Direitos e Democracia (PPGD/UNESA) e Socedir – Sociedade Civil e Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (Ibmec-RJ). Coordenador do GT "A Interpretação de Direitos Humanos/Fundamentais em Sociedades Democráticas/Multiculturais: uma visão transdisciplinar" - Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. Professor convidado do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERBB/MPRJ) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ/MPRJ).

⁴ La expresión "multi / pluricultural" pretende cubrir conceptualmente no solo posiciones multiculturales (como una etiqueta que se ha utilizado para una filosofía contemporánea específica), sino principalmente para otorgar el significado más amplio que Horace Kallen le dio en 1915. En esa línea, sería el reconocimiento de múltiples identidades culturales dentro de una misma sociedad y que, por su carácter de legitimidad, se niegan a someterse al proceso destructivo de asimilación de la propia cultura. En esta dirección, es posible contemplar la visión de quienes siguen posturas multiculturalistas, pero también de quienes reconocen los derechos de diferentes grupos, pero no se adhieren a las posiciones defendidas por ellos.

de un difícil consenso (incluso sobre los lineamientos del disenso) que viabilice los principios rectores de esta compleja convivencia. El presente trabajo, partiendo del supuesto de que el mero respeto a la estricta legalidad ya no es capaz de otorgar la aquiescencia de los destinatarios de la norma en sociedades multi / pluriculturales, busca analizar, desde la perspectiva habermasiana, como una relación entre los conceptos de la democracia sustancial y los derechos humanos pueden apoyar la producción de normas legales legítimas, que pueden ser reconocidas por grupos diversos y heterogéneos que dan forma a la sociedad contemporánea. Las reflexiones aquí producidas son el resultado de una investigación cualitativa, con objetivos explicativos, utilizando procedimientos de investigación fundamentalmente bibliográficos.

Palabras-chave: sociedades multi- pluriculturales; democracia sustantiva, derechos humanos; legitimidad; igualdad.

Abstract: Contemporary, intensely globalized and multi/pluricultural societies, which recognize and cultivate differentiation as a value, present themselves as a great challenge for jurists and social scientists, who seek solutions to adequately respond, from a vision of the Democratic Constitutional State of Derecho, to the different axiological and normative demands that different groups accommodate to them. desires that must be supported by the legal-political system. In this line, a specific normative structure that meets such diverse demands requires a difficult consensus (including on the guidelines of dissent) that makes the guiding principles of this complex coexistence viable. The present work, based on the assumption that mere respect for strict legality is not capable of granting the acquiescence of recipients of the norm in multi/pluricultural societies, seeks to analyze, from the Habermasian perspective, how a relationship between the concepts of substantial democracy and human rights can support production of legitimate legal norms, which can be recognized by diverse and heterogeneous groups that shape contemporary society. The reflections produced here are the result of a qualitative investigation, with explanatory objectives, using fundamentally bibliographic research procedures.

Keywords: multicultural societies; substantive democracy, human rights; legitimacy; equality.

Sumario: Introducción. 1. ¿Igualdad de trato o respeto por la diferencia en el contexto del pluralismo? 2. El derecho legítimo como mecanismo de integración social. 2.1. La comprensión de Habermas de la legitimidad. 2.2. El papel de los derechos fundamentales en la legitimación del derecho. 3. Derechos fundamentales en sociedades multi / pluriculturales. 3.1. La estructura de los derechos fundamentales: breves consideraciones. 3.2. Democracia (necesariamente) sustancial en sociedades multi / pluriculturales. 3.3. Derechos humanos vs. (?) Soberanía popular. 4. Posiciones habermasianas y su asunción: centralidad con restricciones. Conclusiones. Referencias bibliográficas

INTRODUCCIÓN

Las teorizaciones sobre sociedades contemporáneas, fuertemente globalizadas y multi/ pluriculturales⁵, que cultivan la diferencia como valor, se ofrecen a los investigadores en las áreas que hacen del mundo jurídico un tema de investigación de alta complejidad. Además, no solo de gran, sino de creciente complejidad. La tarea ya sería espinosa por las dificultades naturales de articular diferentes formas de vida y cosmovisiones que tienen diferentes grupos e individuos, sin embargo, a esta difícil tarea se suma el carácter de liquidez de ciertos grupos (cuya normalidad es la transmutación permanente), así como la multiplicación de comunidades en el ámbito social.

Si bien los grandes juristas del pasado y del presente nos otorgan un amplio arsenal teórico y metodológico para el análisis del fenómeno jurídico-político, la referida liquidez, en la conocida expresión que nos dejó Bauman, tal vez ya no pueda definir con precisión la modernidad pensado por el gran sociólogo. El estado de creciente volatilidad que parece definir la estructura sociopolítica, acelerada por la hipertecnología, hace que ya nos encontremos con quienes ya clasifican el estado de modernidad como “gaseoso” o, al menos, en proceso de gasificación.

El desafío que tenemos ante nosotros, entonces, es idear teorías jurídicas que, a partir de la razón -con la dulce esperanza de que aún seamos capaces de continuar en el proyecto de modernidad-, logren equilibrar (o, al menos, acercarnos a esa idealidad) estabilidad y justicia⁶ en medio de esta inevitable volatilidad en sociedades altamente pluralizadas dentro del ámbito de la hipermordernidad⁷. En este sentido, los cuerpos normativos y las decisiones resultantes, para tener éxito, deben encontrar en sus

⁵ La expresión “multi / pluricultural” pretende cubrir conceptualmente no solo posiciones multiculturales (como una etiqueta que se ha utilizado para una filosofía contemporánea específica), sino principalmente para otorgar el significado más amplio que Horace Kallen le dio en 1915. En ese En línea, sería el reconocimiento de múltiples identidades culturales dentro de una misma sociedad y que, por su carácter de legitimidad, se niegan a someterse al proceso destructivo de asimilación de la propia cultura. En esta dirección, es posible contemplar la visión de quienes siguen posturas multiculturalistas, pero también de quienes reconocen los derechos de diferentes grupos, pero no se adhieren a las posiciones defendidas por ellos.

⁶ Ciertamente nos referimos a una justicia deontologizada, postmetafísica y compatible con el disenso propio de las sociedades complejas contemporáneas, para considerar el pluralismo de ideales de vida y lineamientos axiológicos de los diversos grupos que la constituyen. Sin embargo, siguiendo la posición habermasiana, dado que no hay posibilidad de jerarquizar la ética particular de los diferentes grupos, es necesario definir los criterios formales (esta es la cuestión de los justos) que permitan la convivencia de estas éticas. En este sentido, parece que Habermas conecta la derecha con esa posición, como. En HABERMAS, J. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.I, p.25.

⁷ Usando la expresión difundida por LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermordernos*. São Paulo: Barcarolla. 2004.

destinatarios una adhesión interna que esté más allá del antiguo miedo a la sanción legal derivada del uso, por parte del poder estatal, de la violencia legítima. Además: el poder público debe ser capaz de producir comandos justos, razonables y proporcionales dirigidos a que el cuerpo social, idealmente formado por individuos / ciudadanos autónomos y conscientes, se sienta motivado a respetar las reglas, mitigando la necesidad de uso de fuerza ostentosa para el mantenimiento de la paz social.

Un tema que se ha discutido desde hace algún tiempo plantea la pregunta de si los derechos fundamentales en términos de la tradición democrática deliberativa podrían dar cuenta de lo que es una intuición esencial en el estado democrático: la igualdad moral, política y jurídica de los ciudadanos. Aunque el debate se inició en la filosofía política anglosajona (principalmente Estados Unidos e Inglaterra), la discusión se ha extendido a todos los rincones del mundo. Hay teóricos que afirman que la realidad brasileña no se adaptaría a los términos exactos del debate. Pero, de hecho, bajo la base del llamado multiculturalismo, han ido surgiendo un número creciente de demandas en esta dirección.

En Brasil, temas como los derechos culturales de los pueblos indígenas (más específicamente sus derechos a la supervivencia de sus lenguas, cultura y *modus vivendi*), preservación de la cultura quilombola, pertenencia a comunidades de fe, cultura sorda, demandas de grupos minoritarios (racial, de género, etc.) no permiten que prospere el argumento de que la discusión no se ajusta a la realidad brasileña. De hecho, la gran diversidad cultural vivida en el país es, en sí misma, un argumento insuperable para considerar relevante el debate. Sin embargo, el intenso proceso de rápida globalización (y aquí nos permitimos considerar el fenómeno mucho más allá de lo económico, para entenderlo también como una globalización cultural) que atraviesa el mundo, nos hace considerar que la creciente proximidad entre culturas hace que sea imprescindible la discusión, a fin de posibilitar plenamente el entendimiento y la convivencia entre diferentes.

En la línea aquí establecida, el tema de la multiculturalidad terminó por traer a la arena pública discusiones que ponen en duda la capacidad del ordenamiento jurídico producido en una perspectiva exclusivamente liberal, (que se sustenta estructuralmente en las ideas de libertad e igualdad) ser capaz de aceptar las demandas de grupos específicos. En el caso de una respuesta positiva, la pregunta que se plantea es, entonces, saber dónde se ubicarían las fronteras en las que se podrían otorgar tratamientos diferenciados sin poner fin a la idea misma de la igualdad.

Estas preguntas tienen su origen en las críticas al pensamiento rawlsiano, más específicamente en las posibles deficiencias de su liberalismo político, cuya idea clave radica en la igualdad fundamental entre ciudadanos. Se trata, pues, de iniciar nuestro recorrido, haciendo una muy breve contextualización de la discusión, con la presentación de algunas de las principales líneas teórico-filosóficas establecidas por (algunos de) los protagonistas de este debate, antes de entrar en el tema principal de este artículo, que consiste en analizar las posibilidades de obtener un derecho legítimo, que sirva a todos los grupos e individuos de una sociedad multi / pluricultural profundamente dividida en sus cosmovisiones.

1 ¿IGUALDAD DE TRATO O RESPETO POR LA DIFERENCIA EN EL CONTEXTO DEL PLURALISMO?

Según Rawls, la búsqueda se basaría en la necesidad de construir un modelo político⁸ (o incluso un modelo de justicia) basado en razones públicas, con aceptación de ciertos estándares jurídico-políticos que fueran aceptables, porque fundamentados en iguales razones para todos. Esta fórmula fue criticada por la filósofa política Iris Young, quien plantea el tema de la diferencia con su obra *Justice and the politics of difference*⁹. Aunque es una de las principales defensoras de la filosofía política de Rawls, ella presenta la crítica a este que no deja lugar a diferencias.

En la estela de las críticas, Charles Taylor, ya aclimatado a la discusión por las posiciones comunitarias que defendió en la década anterior, enriquece el debate al afirmar que el liberalismo solo se realizaría plenamente a través de dos aspectos que no pueden excluirse: la política universalista los derechos humanos y la política de las diferencias.

En este sentido, lo que se presenta como el punto central de la discusión ya no es la realización del ser humano como agente moral, racional y autónomo (valor fundamental de la democracia), sino la autenticidad de las formas de vida. Es en este contexto donde surge la famosa fórmula: “El debido reconocimiento no es una mera cortesía que debamos otorgar a las personas. Pero es una necesidad humana vital”¹⁰. La crítica de Taylor es que el liberalismo se contentaría con la tolerancia, pero habría que ir

⁸ O mismo para conectar con su obra principal (“Una Teoría de la Justicia”), podríamos decir un modelo de justicia.

⁹ YOUNG, Iris. *Justice and the politics of difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

¹⁰ TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 1994, p.242

más allá: reconocer es dar al otro y a su forma de vida cultural el valor que tiene para sí mismo y, por tanto, el reconocimiento configura un derecho que todo individuo tiene, como persona, en las raíces y tradiciones a partir de las cuales construyó sus bases como persona.

Está más allá de nuestra intención trazar una línea histórica del debate entre multiculturalistas (divididos en varias vertientes: multiculturalismo o monoculturalismo conservador, multiculturalismo liberal, multiculturalismo pluralista, multiculturalismo esencialista de izquierda y multiculturalismo crítico) y liberales vinculados a las líneas de la democracia deliberativa. De hecho, el debate en sí, realizado a alta temperatura, matizado por la participación de nombres (además de los mencionados anteriormente) como Will Kymlicka, Nancy Fraser, Michael Howlett, Brian Berry, Bhikhu Parekh, Habermas, entre otros, fue decisivo para delinear los problemas de igualdad y diferencia que caracterizan las demandas de identidad y pertenencia cultural.

Además, también se han identificado avances para fundamentar mejor las líneas de argumentación en sus diversas posturas (sean multiculturalistas, sean liberales democrático-deliberativas) en defensa de una sociedad plural, donde se puedan mezclar y mezclar diferentes culturas. convivir de forma pacífica, en un marco de igual respeto entre los diferentes grupos.

Como no podía ser de otra manera, aunque expresiones como pluriculturalismo, multiculturalismo, identidad, reconocimiento, tolerancia, justicia, doctrinas integrales, razones públicas, pertenencia, diversidad, derechos de grupo, diferencia, entre otras, están bastante extendidas en el plano teórico y han ganado con suficiente visibilidad y aprobación en las últimas décadas, es con inevitable temor que se observa el marco político ideológico que se ha ido gestando en los últimos años, en oposición a estas posiciones conceptuales.

Es que, apuntando su fin al Estado Democrático de Derecho y sus instituciones, posiciones de intolerancia, fundamentalismo, prejuicio, irracionalismo, odio, sectarismo, racismo, autoritarismo, oscurantismo, quienes son defensores de una polarización binaria, que funcionan en la lógica amiga / Enemigo, han pasado a primer plano en los últimos años, eligiendo entre las posiciones a oponerse fuertemente las aquí señaladas como favorables a los multi / pluriculturalistas.

Este preocupante trasfondo comentado anteriormente nos recuerda la obra del gran intelectual Sérgio Paulo Rouanet en torno a un cierto malestar que vive la sociedad

contemporánea y que acaba planteando infinidad de problemas. Sin embargo, considerando que en una sociedad contemporánea¹¹, como diría Rawls, los individuos ya no comparten entre sí doctrinas comprensivas, morales, filosóficas o religiosas,¹² la pregunta que surge es: ¿es posible construir un marco normativo-legal capaz de satisfacer las demandas que surgen de los diferentes grupos que conforman una sociedad pluricultural y, simultáneamente, cumplir con la exigencia de legitimidad inherente a las sociedades democráticas? ¿Si es así, cómo?

Entendemos que Jürgen Habermas tiene un proyecto que parece expuesto a tal efecto, principalmente en la obra *Derecho y Democracia*. Sin embargo, es importante presentar algunas consideraciones sobre el autor en relación al tema. Habermas parece dispuesto a defender una posición intermedia entre lo que llamamos multiculturalismo y lo que llamará liberalismo ciego a las diferencias. Esta posición intermedia sería entonces un universalismo sensible a las diferencias,¹³ en el que desde una radicalización de la democracia en su carácter deliberativo que proporcionaría la inclusión del otro, en su alteridad. Y esto solo es posible porque el egoísmo humano que lo lleva a tener un deseo ilimitado de realización meramente individual estaría controlado por una tensión permanente con la necesidad que tiene del otro para alcanzar plenamente su potencial.

Nuestro propósito, entonces, es presentar las ideas matizadas que en Habermas parecen aportar para que, en el ámbito de la razón pública democrática, el Derecho, con sus técnicas y métodos, contribuya al entendimiento a partir de una construcción basada en soluciones normativas, no solo en base a una estricta legalidad, sino también a la legitimidad.

2 EL DERECHO LEGÍTIMO COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN SOCIAL

Antes de profundizar en la cuestión de la legitimidad, parece importante destacar un tema que ya se ha planteado superficialmente, pero que es de gran relevancia en este

¹¹ En ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*. Companhia das Letras. Rio de Janeiro, 1993, el autor reflexiona sobre las tendencias irracionalistas en Brasil y el mundo, y trata de oponerse a estas tendencias proponiendo una Ilustración reformulada.

¹² En RAWLS, John. *Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, p.57, el autor informa que “La diversidad de doctrinas integrales, religiosas, filosóficas y morales que encontramos en las sociedades democráticas modernas, no son una mera situación histórica que puede terminar repentinamente; es una característica permanente de la cultura pública de la democracia”.

¹³ Posición defendida en HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do Outro*. São Paulo: Edusp, 2019.

contexto. Se trata de la función del derecho como mecanismo de integración social. Según Habermas, el derecho es el único medio integrador que permanece en una sociedad marcada por una concepción plural de los bienes, en línea con la visión rawlsiana. Para él, en estas circunstancias de pluralidad exacerbada, la integración social no puede ser generada por la economía, como suelen decir los economistas y los propagandistas de la globalización); o por religión, especialmente en países que adoptan la libertad religiosa; o por administraciones, organizadas en torno a una burocracia grande y compleja; o por la política, una categoría normal de comprensión en la esfera pública; o comunicación “face a face”; o compartiendo valores, como entenderían los comunitaristas.

En las circunstancias de las sociedades contemporáneas, la integración social solo puede ser generada por el derecho y su forma jurídica, entendida como un complemento funcional de la moral post-tradicional, compensando varios de sus déficits, como la indeterminación cognitiva y la incertidumbre motivacional¹⁴. Por ello, Habermas señala como razones para que la forma jurídica sea nominada como aquella capaz de integrar sociedades modernas pluralizadas, diferenciadas y complejas, al menos cuatro, tales como:

1º) los derechos, en las sociedades democráticas, proporciona la garantía de una distribución equitativa de los derechos subjetivos entre todos, lo que corresponde a una estructura de toma de decisiones descentralizada;

2º) – lo derecho es promulgada por un agente legiferante, pero es implementada por una autoridad administrativa con poderes para hacer cumplir la norma;

3º) la obligación de cumplir con la norma jurídica (imperatividad), en razón de la legalidad de la conducta exigida, como consecuencia natural de las sociedades modernas en las que las normas jurídicas ya no están sujetas a una moral dominante, compartida por la población en su conjunto;

4º) el derecho trae una suerte de estabilización de las expectativas normativas de los miembros de una comunidad política (certeza jurídica), en la que los ciudadanos aceptan las normas legales que les son dirigidas, siempre que se consideren legítimas.

Lo que se puede concluir de esta visión es que Habermas entiende que los ciudadanos ya no están dispuestos a seguir los mandamientos que no se basan en “buenas

¹⁴ De acuerdo con ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, pág. 231.

razones", es decir, en normas legítimas¹⁵. El problema, como se observa, es cómo es posible que el poder político establezca estas "buenas razones" (convertibles en normas legales) que tienen la capacidad de satisfacer un cuerpo social que, aunque esté dividido en gran medida en múltiples concepciones de la vida (moral, filosófica y religiosos), siéntete comprometido con ellos. Esto es lo que el autor alemán intenta resolver al buscar la conexión entre legitimidad y validez.

2.1 La comprensión de Habermas de la legitimidad

Mientras que el positivismo buscaba descubrir la legitimidad a través de la legalidad, el jusnaturalismo defendía la tesis de que la legalidad es una consecuencia natural de la legitimidad. Aunque en Habermas ambas posiciones son insuficientes, son complementarias. Esta percepción le llevó a concluir que la legitimidad del Derecho no debe entenderse ni por lo que algunos llamarían moral social (en el sentido de un conjunto de valores considerados hegemónicos en una sociedad determinada y, por tanto, más cercanos al lenguaje habermasiano. generalmente llamado por ética)¹⁶, pero tampoco lo derecho puede estar completamente divorciado de la moral.¹⁷

La explicación de Habermas es que el derecho positivo es un complemento funcional de una moral pos-tradicional que, por definición, es una moral débil, típica de las sociedades pluriculturales.¹⁸ Por lo tanto, mientras tenga derecho a responder al reclamo de legitimidad, no pierde su valor moral (universal). No basta con que solo se cumpla la norma, exigiendo que, además del mero cumplimiento, se debe justificar el propósito de su presencia y permanencia en el ordenamiento jurídico, lo que implica la búsqueda de la corrección del enunciado normativo. Se puede observar que la cuestión

¹⁵ El surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad no es paradójico. Es solo para aquellos que ven el sistema de derecho como algo que se legitima a sí mismo. En Habermas, la forma jurídica en sí es insuficiente, ya que necesita del principio del discurso para caracterizar un verdadero Estado de derecho democrático. En HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.* 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 165 e seguentes.

¹⁶ Tal vez fue el caso de utilizar, en el sentido que da Habermas, la palabra ética, que según el autor en HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.* 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 131, informa que las consideraciones éticas están guiadas por el telos de mi vida y / o nuestra vida buena o fracasada Las perspectivas morales, en un sentido más estricto en Habermas, están alejadas de cualquier ego o etnocentrismo.

¹⁷ Como informa HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.* 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 131. En el horizonte de una fundación postradicional, el individuo singular forma una conciencia moral guiada por principios y orienta sus acciones por la autodeterminación, lo que redundaría en la constitución de una sociedad justa.

¹⁸ A diferencia de una (fuerte) moral de las sociedades tradicionales o incluso de las sociedades teocéntricas.

central de la legitimidad en Habermas se aborda a través de la racionalidad jurídica (en el ámbito de la teoría discursiva), quedando asegurada por el vínculo que se establece entre la autonomía privada y pública de los ciudadanos socialmente integrados a través de la acción comunicativa.¹⁹

Así, para el pleno ejercicio de su función socio integrativa, lo derecho debe ser legítimo. El derecho ilegítimo no se puede imponer, salvo por un tiempo, y aun así con el uso abusivo y desproporcionado de la fuerza. Como punto de partida y ciertamente central para la discusión sobre validez / legitimidad en la perspectiva habermasiana, el tema debe ser examinado desde una doble perspectiva, es decir, desde la perspectiva de la soberanía popular y desde la perspectiva de los derechos humanos (o derechos fundamentales, como veremos) adelante. La legitimidad en la perspectiva de la soberanía popular se obtiene mediante un procedimiento democrático, resultado de los derechos a la comunicación y participación que garantizan la autonomía pública a los ciudadanos.²⁰ Es un arreglo comunicativo, en el que los participantes de discursos racionales deben examinar si una norma controvertida encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados.²¹ El derecho solo es legítimo cuando sus destinatarios son, al mismo tiempo, sus autores. En otras palabras, la teoría del discurso que subyace a la legitimidad de Habermas se basa en la intuición rousseauiana de que el reconocimiento de los individuos como personas responsables consiste en tomarlos en serio como agentes que pueden y deben tener voz en la validación de las normas y leyes a las que se refieren. ellos mismos están sujetos.²²

¹⁹ O como dices HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988, tomo I, pág. 46, emprender una búsqueda cooperativa de la verdad. En esta dirección, ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, pág. 232.

²⁰ En GIANCOMANTONIO, Francesco. *Introduzione al pensiero politico di Habermas. Il dialogo della ragione dialogante*. Milão: Mimesis, 2010, pág. 35, se afirma a este que, a partir de Derecho y Democracia, el pensamiento de Habermas estructura progresivamente una teoría política general, una teoría democrática, una teoría del cosmopolitismo, ciudadanía y multiculturalismo del Estado.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 138.

²² Así resumido en ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, pág. 234. En todo caso, no se puede perder de vista, como bien se dijo en OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 60-61, por paradójico que sea, es posible, en el modelo rousseauiano, ser coaccionado hacia la “libertad”, una idea que bien puede justificar las democracias totalitarias, en el sentido de que implícitamente autoriza la falta de respeto a los derechos de expresión de las minorías, independientemente de sus divergencias, o sus diferencias. En la misma dirección, en PREUSS, K. Ulrich. *Os elementos normativos da soberanía*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 169, el autor señala que fue un error genio de Rousseau que la

Se puede ver, por tanto, que en Habermas la democracia es un tema que también surge en términos jurídicos, ya que las normas legales sólo pueden producirse mediante un procedimiento democrático. El derecho legítimo, el derecho justo y derecho producido democráticamente forman una sola unidad.²³ Entre los órganos legislativos legítimos (cuyas acciones están reguladas por lo derecho) y la esfera pública (que está libre de regulación), existe, entonces, una relación de *feedback*, pues en el paradigma jurídico procedural, la esfera pública es considerada como antesala del complejo parlamentario²⁴ y como periferia que incluye el centro político en el que se originan los impulsos.²⁵

Por otro lado, tenemos una legitimidad basada en los derechos humanos. Esto fundamenta el estado de derecho en la medida en que garantizan a los ciudadanos de una sociedad la vida privada y la libertad, es decir, el espacio de acción para llevar a cabo sus propios planes de vida. Para Habermas, esta es la forma de legitimar el individualismo liberal²⁶, que elige los derechos humanos como protección de una esfera inviolable de sujetos privados frente a los peligros de posibles excesos de la soberanía popular²⁷, buscando evitar los problemas que una democracia radical (viviendo en Rousseau) podría causar.

Desde una perspectiva unilateral de los argumentos, ambas posiciones (soberanía popular y derechos humanos) no acaban advirtiendo su carácter complementario. Sin embargo, ya en Kant (e incluso en Rousseau) se pudo observar la posibilidad de asegurar, de manera armoniosa, la autonomía de los individuos, tanto en el

persona que se vio obligada a demostrar obediencia a la *volonté générale*, en realidad estaría siendo coaccionada a la libertad, sin que esto signifique que estuviera sufriendo violencia alguna.

²³ En esta dirección en HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, pág. 181, cuando define el Estado Democrático de Derecho como “la institucionalización de procesos y supuestos comunicacionales necesarios para una formación discursiva de opinión y voluntad, que a su vez posibilita el ejercicio de la autonomía política y la legítima creación del derecho”.

²⁴ Aquí se establece como una esfera “pública fuerte”, es decir, corporaciones parlamentarias y otras instituciones del sistema político organizadas formalmente. Pero también sitúa ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, pág. 233, existe una división del trabajo entre dos instancias de la esfera pública: la “fuerte”, mencionada anteriormente, y la “débil”. Este último cubre asociaciones privadas, instituciones culturales, grupos de interés con inquietudes públicas, iglesias, organizaciones benéficas, etc.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, pág. 186.

²⁶ Como se indica en PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, pág. 141, en Derecho y Democracia Habermas se despidió de las posiciones marxistas y asume un liberalismo político que se basa en una democracia liberal, más que radical.

²⁷ Como se indica en HABERMAS, Jürgen. *Acerca de la legitimación basada en derechos humanos*. In: *Em la constelación posnacional*. Barcelona: Paidos Iberica, 2000, págs. 150-151.

ámbito de su vida privada, como en el ámbito de la ciudadanía.²⁸ La pregunta que surge, entonces, es la siguiente: ¿cómo se vinculan los derechos individuales y la soberanía popular? Para Habermas, ni Hobbes ni Locke habrían afrontado el problema correctamente. El problema no está en saber quiénes, qué y cómo se ponen de acuerdo en la constitución de una sociedad que garantice los derechos personales y establezca la soberanía. La pregunta que hay que resolver es otra: ¿cuáles son los derechos fundamentales que deben otorgarse ciudadanos libres e iguales para regular legítimamente su vida en común a través del derecho positivo?

La idea básica del paradigma proceduralista del derecho, es decir, la “co-originalidad” de las autonomías públicas y privadas, se vuelve particularmente efectiva en la concepción habermasiana de los derechos fundamentales. Se trata del reconocimiento recíproco de sujetos que cooperan entre sí,²⁹ y que se reconozcan como miembros libres e iguales de derechos³⁰. Así, es posible percibir una clara conexión entre el ejercicio de la soberanía popular y la creación de un sistema de derechos, planteando la cuestión en base a la siguiente formulación: “normas en las que todos los afectados puedan estar de acuerdo como participantes en un discurso racional”.³¹

Según esta formulación, cuando los participantes comunes deciden hacer uso del derecho a vivir libremente bajo leyes políticas por la misma resolución (incluso si asumen diferentes cosmovisiones culturales), forman concomitantemente una asociación de hombres libres e iguales que viven en una comunidad.³² De ahí que el propósito de la democracia deliberativa esté íntimamente relacionado con su propio origen, ya que una asociación de individuos y legisladores libres da lugar a una sociedad democrática

²⁸ Conforme en HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 128, cuando el autor afirma que, en Kant y Rousseau, "existe una competencia no reconocida entre los derechos humanos, moralmente fundamentados, y el principio de soberanía del pueblo". Sin embargo, entendemos que, mientras en Kant es más fácil ubicar la línea privada de la autonomía, en Rousseau, mientras que la autonomía pública parece expresarse de una manera mucho más contundente, porque la defensa de un republicanismo participativo parece conducir a una visión en la que la voluntad de la mayoría - voluntad general - somete voluntad de la minoría.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 120

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 121. En esta línea, en otro trabajo (HABERMAS, Jürgen, *Acción Comunicativa y razón sin transcendencia*. Buenos Aires: Paidós, 2003, pág. 29, Habermas afirma que "la comunidad idealmente ilimitada de investigadores es el foro de la corte suprema de la razón".

³¹ Conforme en HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, págs. 142 e siguientes.

³² Como bien dices SEGOVIA, Juan Fernando. *Habermas y la democracia deliberativa. Una "utopia" tardomoderna*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pag. 63, basta con la voluntad común de vivir libremente para que la autonomía individual se combine con la política, no es necesario ni la ley natural ni un pacto social, ya que la misma decisión es constitucional o constitucional.

autónoma, de tendencia pluralista y cosmopolita.³³ De ahí que sea necesaria la interpenetración entre la autonomía pública y privada. Ambas autonomías (pública y privada) nacen en el momento en que los individuos, puestos a discutir, deliberar, acordar, opinar y acordar.³⁴

2.2 El papel de los derechos fundamentales en la legitimación del derecho.

El escepticismo sobre la suficiencia de una democracia puramente formal para dar respuestas justas y adecuadas a las demandas surgidas del Estado Constitucional de Derecho ha llevado a un importante segmento doctrinal a distinguir entre democracia formal y democracia sustancial³⁵. Esta teorización acaba ayudándonos en el proceso de conexión entre soberanía popular y derechos fundamentales, como veremos.

El primero consolida la expresión clásica de la soberanía popular en su sentido más básico, representando el mecanismo formal de elecciones normativas encaminadas a regular la vida sociopolítica de una comunidad. De esta forma, la democracia formal predica que todo poder emane del pueblo, y por ello, el procedimiento que se adopte para transmitir las opciones de esa naturaleza debe dar voz exclusivamente a los ciudadanos, descartando cualquier aspecto de carácter autoritario en este proceso. El conjunto de ciudadanos³⁶ es responsable de decidir los pilares sociopolíticos y orientaciones de esa sociedad en particular, mediante la adopción de un procedimiento previamente acordado para tal fin. Así, se puede observar que la democracia formal protege el proceso político establecido por actos normativos que garantizan la libertad de decisión de los pueblos.

La democracia sustancial, a diferencia de la formal, no se conforma con una mirada exclusivamente procedural. Ciertos elementos de naturaleza material también lo estructuran orgánicamente. El pueblo no es libre de decidir sobre todos y cada uno de los contenidos, ya que esta modalidad impone vínculos materiales al proceso de deliberación política, para que se produzca de manera legítima. Necesidades enormes, sustanciales, vitales, cuya satisfacción es condición para la vida sana y la convivencia

³³ Aquí Habermas parece dejar clara su posición más cercana al liberalismo en detrimento de una posición comunitaria.

³⁴ En esta línea, HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 138.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*. 2. Roma: Laterza, 2007, pags. 7-9.

³⁶ Las alertas se consignan en el sentido de que los pueblos no constituyen un macro sujeto unitario.

social, ya que esta es la causa o razón social del artificio, que es el Estado³⁷ -, como prerequisites para la realización de un proceso democrático justo, son considerados intocables por el debate político..

Por tanto, la democracia, vista en su totalidad³⁸ (aspectos materiales/formales), sólo se realizará plenamente si también están presentes elementos de carácter sustancial, es decir, si, en paralelo a lo expresado anteriormente, quedan algunas materias que compiten en grado de importancia con la visión procedural expuesta. Se puede observar, entonces, que existe una doble lectura teórica para el fenómeno aquí presentado: (1) si bien corresponden a obstáculos materiales al debate político, que serían característicos de la democracia, estos límites se insertan en la propia idea, o, mejor dicho, en el concepto de la democracia. Por tanto, hablamos de democracia material.

Por otro lado, utilizando una lectura paralela y posible, (2) podríamos justificar esta nomenclatura por la cualidad que asumen los derechos fundamentales como verdadera condición para la realización de la propia democracia. Sin su observancia, los resultados del debate político serían el resultado de una pseudodemocracia, ya que no todas las personas sometidas a ese ordenamiento jurídico tendrían voz y, en consecuencia, participación activa en el proceso de deliberación política, lo que conduciría a que no se otorgara autonomía pública fue respetado. Las decisiones serían las decisiones de unos, quienes impondrían sus preferencias de los más variados órdenes a otros. De esta manera, la democracia es sustancial, porque los contenidos anteriores garantizan la concretización de la democracia en su esencia. Por tanto, estos vínculos asumen el estatus de supuestos democráticos.

Sin embargo, el punto común que se da en todos estos sistemas es que solo los derechos fundamentales tienen el poder descrito para la justificación material de la democracia sustancial. En otras palabras, los derechos fundamentales corresponden a los lazos responsables de cumplir con el concepto de democracia sustancial. En resumen, el vínculo umbilical entre democracia y derechos fundamentales³⁹ proporciona un apoyo racional para la construcción teórica que se presenta ahora.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, La ley del más débil*. 2^a ed. Madri: Trotta, 2001, p. 51, por tanto, identifica estos contenidos no disponibles para el debate democrático formal.

³⁸ En la idea concreta, la democracia permite evaluar su logro en grados. No es, por tanto, un concepto absoluto. Ferrajoli, por ejemplo, cree que cuanto mayor es el respeto por la igualdad en un estado, mayor es su nivel democrático. La palabra integralidad colocada aquí observa un sesgo analítico, ya que entendemos que es la unión de la democracia formal y sustancial.

³⁹ Conforme desarrollado en HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003, v. I, Capítulo III.

3 DERECHOS FUNDAMENTALES EN SOCIEDADES MULTI / PLURICULTURALES

Nuestro entendimiento es que, en sociedades democráticas multi / pluriculturales, la falta de efectividad de los derechos fundamentales es impensable. Reconociendo que en tales sociedades se presupone la existencia de grupos minoritarios, el grado de efectividad social determinado acaba determinando el grado de democracia de este cuerpo social. De hecho, no solo de forma inmediata, con la garantía de los derechos fundamentales a los grupos minoritarios, sino también como una forma mediadora para favorecer la formación de una cultura de estos derechos. Es que la internalización de estos derechos por parte de los miembros del cuerpo social como forma de reconocimiento de la cultura de derechos produce la propia legitimación del sistema. En una situación de esta naturaleza se refuerza el respeto por la ley, por el otro y disminuye la necesidad de utilizar la llamada violencia legítima del Estado.

Así, estos límites a lo que se conoce como democracia política -o democracia formal- se unifican en los derechos fundamentales, en sus distintas generaciones o dimensiones, como prefieren algunos eruditos⁴⁰. Ningún gobierno que se instale bajo la etiqueta de democrático realmente alcanzará este estatus a los ojos de estos juristas si los derechos fundamentales no se respetan adecuadamente (incluso en términos de efectividad social) en el régimen implementado constitucionalmente.

3.1 La estructura de los derechos fundamentales: breves consideraciones

Las características estructurales de estos derechos, según este entendimiento de la doctrina, son responsables, no solo de su condición suprema en el cosmos

⁴⁰ Las críticas a la nomenclatura de “generaciones de derechos fundamentales” la acusan de permitir entender que el reconocimiento posterior de una determinada categoría podría alienar a las otras ya concebidas, dando lugar a la inferencia errónea de que los derechos fundamentales se reemplazarían a sí mismos con el tiempo, negando el idea de acumulación de derechos fundamentales, según la cual los nuevos derechos fundamentales formulados en cada momento histórico, propio de su época, no excluyen los precedentes. Por el contrario, subsisten por completo, e incluso se pueden agregar nuevos aspectos en un proceso de acumulación continua. Acerca de, ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 66, SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 525, entre otros.

constitucional⁴¹, sino también para generar vínculos materiales con la idea de democracia. En esta línea, Ferrajoli señala las siguientes características como inherentes a los derechos fundamentales: universalidad, igualdad e indisponibilidad⁴².

Los derechos fundamentales son universales porque todas las personas sujetas a un orden jurídico específico son sus titulares, es decir, las normas legales que los prescriben están dirigidas a todo el universo de personas que ostentan las cualificaciones contenidas en la disposición normativa de la respectiva norma. jusfundamental⁴³, sin exclusiones de ningún tipo ⁴⁴. Por el contrario, los derechos fundamentales tienen una vocación esencialmente inclusiva, una demanda natural de expansión subjetiva, justificada también por la mencionada igualdad⁴⁵.

⁴¹ Sobre la jerarquía material de los derechos fundamentales en relación con otras normas constitucionales, basada en el orden constitucional portugués, OTERO, Paulo, *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais, AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, sostiene que, debido a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 16 de la Constitución portuguesa, los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal tienen valor supraconstitucional, por lo que la Constitución termina subordinada al contenido material de ese texto internacional. Considerando la relación material entre derechos humanos y derechos fundamentales, se concluye que la Constitución portuguesa asumió expresamente la primacía de esta categoría material de derechos. Sin embargo, independientemente de este punto, la dimensión objetiva, propia de los derechos fundamentales, actualmente aceptada de manera pacífica por los distintos ordenamientos constitucionales occidentales, representa el reflejo de la primacía de estos derechos, ya que vincula hermenéuticamente todas las demás cuestiones jurídicas, a medida que se extienden por el mundo. ordenar. En cuanto a la existencia de una jerarquía entre las normas constitucionales de la Constitución de la República de 1988, está presente. Este último, al estipular que ciertos contenidos no están sujetos a reformas constitucionales, incluyendo una lista de cláusulas de piedra expresadas, admite que algunos temas tienen primacía sobre otros, estableciendo una escala de valores entre normas constitucionales.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, La ley del más débil*. 2^a ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 50.

⁴³ Acerca de la distinción entre universalidad normativa y generalidad normativa, vide DUARTE, David. *A norma de legalidade procedural administrativa – Teoria da norma e criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 75 e 131. Lectura paralela encontramos en ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

⁴⁴ Los derechos sociales y fundamentales en su mayoría son exigibles mediante prestaciones por los poderes públicos, de los más variados órdenes, cuyos objetos son medidas de diversa índole y alcance, de acuerdo con los objetivos establecidos por las respectivas políticas públicas. Sin embargo, no pierden su carácter universal, con independencia de que los deberes jurídicos varíen según la condición del titular de ese derecho social fundamental, ocupando el polo activo de la relación de derecho material existente. Sin querer simplificar demasiado las controversias que permean el tema, los derechos sociales fundamentales tienen como razón subyacente la suplencia de las necesidades humanas básicas --innatas o naturales, o adquiridas, producto de las tradiciones y circunstancias fácticas imperantes en una sociedad--, de manera que en un grupo político, algunas personas pueden estar más necesitadas que otras en cuanto al cumplimiento del objetivo que se persigue con la implementación de ese derecho social, y el grado respectivo de implementación, ya que los derechos sociales son progresivos. En cuanto al concepto de necesidades humanas básicas, sugerimos la lectura de ROIG, María José Añón. *Necesidades y Derechos – Un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, PISÓN, José Martínez de. *La efectividad de los derechos sociales: de las necesidades básicas al desarrollo humano*. In: PISÓN, José Martínez de; INDA, Andrés García. (Coords.). *Derechos Fundamentales, movimientos sociales y participación*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 139, FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los derechos humanos – Ámbitos y desarrollo*. Salamanca: San Esteban, 2002, p.188, CLÉMENT, Elisabeth et al. *Dicionário Prático de Filosofia*. Lisboa: Terramar, 1994, pp. 270/271, PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Derechos Sociales: Teoria e Ideología*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 53.

⁴⁵ Sobre la articulación entre universalidad e igualdad, ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: introdução geral*. Parede: Príncípia, 2007, p.66 e seg.

Esto se debe a que todos los ciudadanos son considerados iguales, en forma y medida, en el título de derechos fundamentales. La igualdad acaba trayendo implícitamente la noción de invariabilidad subjetiva a los efectos normativos. Por tanto, partiendo de la idea de igualdad, todos los ciudadanos pueden exigir la titularidad de los derechos fundamentales. Esta titularidad referida, en consecuencia, no fluctúa según la identidad o el estatus de los amparados por el contenido deóntrico de la norma jusfundamental⁴⁶. Todos están sujetos a derechos fundamentales, por lo que todos tienen el mismo derecho a la libertad, el mismo derecho a la privacidad, el mismo derecho a la educación, etc. Sin embargo, si esta perspectiva estuviera rodeada de absolutismo, tendríamos un problema entre quienes defienden posiciones multi / pluriculturales.

En esta línea, el principio de igualdad puede seguir la famosa fórmula propuesta por Boaventura de Souza Santos cuando afirma que la lucha por la igualdad debe llevarse a cabo cada vez que nos discrimine; Sin embargo, cuando la igualdad nos des-caracteriza, debemos luchar por las diferencias. En esta línea, la variación solo puede ocurrir con el objetivo de promover la igualdad material⁴⁷, que sigue la máxima de que se debe dar un trato igual y un trato desigual a los desiguales, en la estricta medida de las desigualdades físicas verificadas⁴⁸. Propone una mirada crítica del orden político, económico, social y cultural y la conciencia de la necesidad y la posibilidad de transformarlos progresivamente, a favor del aumento de la dignidad humana, en sus variadas y potenciales dimensiones.

⁴⁶ Por el contrario, otros derechos que no tienen esta condición de supremacía pueden variar en forma y medida, debido a las circunstancias fácticas que sirven como condición material para la incidencia normativa. De esta forma, exemplificando, si bien el derecho a la propiedad es fundamental, ya que tienen derecho todas las personas sujetas a ese orden jurídico, que pueden adquirir bienes y disfrutarlos como mejor les parezca, los derechos derivados del dominio de uno o más bienes son meramente patrimoniales, condicionados a la situación económica de su titular y previa adquisición de los mismos.

⁴⁷ En cuanto a la igualdad que se busca, nos sumamos al entendimiento expresado en RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 92, cuando se trata de la estructura básica de la sociedad: “En la medida de lo posible, la estructura básica debe evaluarse en función de una situación de igualdad entre los ciudadanos. Esta posición se define por los derechos y libertades que exigen los principios de igualdad de libertades e igualdad de oportunidades. Cuando se cumplen los dos principios, todos somos ciudadanos iguales y, por lo tanto, todos están en la posición adecuada”. Al final, la fórmula en su concepción amplia abarca tanto una visión liberal como una perspectiva multicultural.

⁴⁸ AÑÓN, María José. *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. Colônia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2001, p. 23: “El punto de partida es que la igualdad no es identidad ni homogeneidad, puesto que no prescinde de elementos identificadores. La igualdad como expresa De Lucas (1996: 493), parte de la diversidad, es decir, de una situación que contiene elementos o factores iguales y otros diferentes. Dos sujetos, situaciones o entidades son distintos o diversos se uno tiene y otro no una característica o rasgo considerado relevante en el contexto en que se habla de igualdad; o bien se ambos tienen el rasgo o la característica pero en una medida o grado distinto. La diversidad, por su parte, no se contrapone a la igualdad, sino a la identidad y la homogeneidad”.

Es en este sentido que, en las hipótesis de búsqueda de la igualdad material, lo que se ve no es una ruptura de la regla absoluta de que “todos somos iguales en la titulación de los derechos fundamentales”. Esto se debe a que, se trata de la predicción normativa de algunos derechos fundamentales, que al revelar la preocupación por transmutar una realidad social⁴⁹ elevando el nivel de igualdad fáctica material, restringe a los ocupantes del polo activo de esta relación jurídica, vinculándolos a una o más categorías funcionalmente delimitadas, sin atentar contra la indeterminación previa de sus destinatarios, que es uno de los atributos de la norma jurídica⁵⁰.

De esta manera, existen categorías de personas que simplemente no cumplen con los supuestos fácticos de ese precepto deóntico (predicción normativa), debido a la no verificación *in casu* de la presencia de las razones que lo subyacen, lo que no implica la no observancia de la igualdad, en su idealidad. Por el contrario, en el campo de los derechos fundamentales, estas personas ya cuentan con las condiciones de hecho que pretenden ser implementadas por otros, que son los beneficiarios de la norma en cuestión. Así, el universo de titulares de esta norma destinados a actuar en el ámbito de la igualdad material estará compuesto por todas las personas que, por las circunstancias fácticas que las involucran, deban ampararse en la medida reparadora contenida en la norma. Es una regla que interviene, por tanto, por una desigualdad no justificada legalmente⁵¹.

Asimismo, se reitera, en nombre de la igualdad material, se deben salvaguardar los derechos fundamentales en las sociedades pluriculturales, como medida de legitimación del propio derecho. En efecto, si los derechos fundamentales corresponden

⁴⁹ Como enseñas MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo IV, p. 103: “Sabemos que la igualdad material no se ofrece, se crea; no se propone, es eficaz; no es un principio, sino una consecuencia,...”

⁵⁰ En otras palabras, las normas no están dirigidas a personas individualizadas de antemano, es decir, las normas no son proposiciones individuales o personales. Cuando se trata de acciones o situaciones hipotéticas, se refieren a una clase abierta de personas al abrigo de la predicción normativa. De esta forma, el sentido deóntico en cuestión entra en vigor sin identificar, de antemano, los sujetos a los que se dirige la norma. La determinabilidad en cuestión se verifica con la ocurrencia de la condicionalidad normativa, una vez verificadas las condiciones disciplinadas en el pronóstico, la norma ingresa a la agenda, con la aplicación automática del operador deóntico, permitiendo el reconocimiento individual de los destinatarios de la norma. Hasta que se materialice el evento de la condicionalidad normativa, las reglas no tienen rastro de individualidad.

⁵¹ Por tanto, el reverso de la igualdad no es la diferencia. Esto no es más que un sano fenómeno antropológico-sociológico-jurídico, basado en bases éticas. Acerca de, WIEVIORKA, Michel. *A Diferença*. Lisboa: Fenda, 2002, PISÓN, José Martínez. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Tecnos, 2001; APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; SANCHÍS, Luis Prieto. *Igualdad y Minorías*. In: SANCHÍS, Luis Prieto. (Org.). *Tolerância Y Minorias. Problemas jurídicos y políticos en Europa*. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, págs. 27-66. HOBSBAWM, Eric. *Identidad*. In: GORSKY, Hector C. Silveira. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, págs. 47-62, GORSKY, Hector C. Silveira. *La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate*. In: GORSKY, Hector C. Silveira. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, págs. 11-46.

al sesgo material del régimen democrático, si cuentan con el reclamo de universalidad e igualdad, y finalmente, si para que la igualdad material sea efectiva, se requiere la adopción de medidas específicas efectivas, se concluye que los derechos fundamentales de los diferentes grupos en sociedades multi /pluriculturales deben protegerse no solo contra cualquier interés mayoritario, sino también, en algunas situaciones, redefinirse para satisfacer las especificidades de ese grupo.

Por tanto, en un régimen democrático de derecho, determinadas agendas no pueden entrar en debates políticos bajo el imperio del sometimiento a las mayorías, lo que reduciría severamente el alcance democrático, al excluir al régimen de su vertiente sustancial. Y, recordemos, la democracia representa no solo una realización, sino una verdadera exigencia de los derechos fundamentales (en una relación dinámica, dialéctica y co-original), que solo se dan en un entorno en el que prevalece la autonomía de la persona, responsable de asumir tomar decisiones sobre las reglas que se impone a sí mismo.

La propia libertad, como una de las expresiones primeras de la dignidad humana, se afirma verdaderamente cuando los derechos fundamentales se ven también con este enfoque - elementos de la democracia material, limitando la agenda de los debates políticos -, ya que la autonomía privada y pública son dos facetas de la misma moneda. La autonomía pública solo se puede ejercer en un escenario de igualdad, en el que todos los ciudadanos tengan la misma voz en la toma de decisiones políticas⁵². Sin lograr la concretización de la igualdad, es decir, sin paridad política entre las personas, la libertad no se impone en un grado razonable. Algunos serían más libres que otros y, en este sentido, quienes se mostraran en una situación privilegiada verían ejercida en mayor medida su libertad de expresión y la libertad de elección de direcciones políticas y sociales⁵³.

⁵² Similares son las consideraciones de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72: “La superposición de los derechos fundamentales con la idea específica de la democracia es otro aspecto a destacar. De hecho, parece que los derechos fundamentales pueden ser considerados simultáneamente un presupuesto, garantía e instrumento del principio democrático de autodeterminación de los pueblos a través de cada individuo, mediante el reconocimiento del derecho a la igualdad (ante la ley y a la oportunidad), de un espacio real de libertad, así como otorgando el derecho a la participación (con libertad e igualdad), en la conformación de la comunidad y el proceso político, de tal manera que la positivización y la garantía del ejercicio efectivo de los derechos políticos (en el sentido de derechos de participación y conformación del estatus político) puede considerarse el fundamento funcional del orden democrático”.

⁵³ Como bien pensaste LUÑO, Antonio E. Perez, *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 215: “Porque a libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no libertad de muchos (a este tipo de sociedad cuya ley, a tenor de la consabida imagen sarcástica de Anatole France, prohíbe a los ricos como a los pobres mendigar, robar pan o dormir bajo

Finalmente, como derechos ineludibles que son, los derechos fundamentales son inalienables, intransitables, inviolables, muy personales, encarnados en la propia noción de persona humana, que, bajo el prisma legal, sólo se reconoce como titular de derechos y deberes, como consecuencia ineludible de personalidad legal. Los derechos indisponibles se restan así, una vez más, de las actividades relativas a las decisiones políticas, así como al mercado. Sus participaciones no están sujetas a renuncia ni siquiera por parte de los respectivos titulares.

3.2 Democracia (necesariamente) sustancial en sociedades multi / pluriculturales

Las líneas anteriores evocan la versatilidad de los derechos fundamentales, como categoría dogmática que se presta, no solo a prescribir facultades y deberes afines, a establecer otros efectos derivados de su dimensión objetiva⁵⁴, pero también se presentan como elementos formadores de la teoría de la democracia sustancial, la única aceptable en sociedades multi / pluriculturales.

Tal magnitud revela una consonancia con la noción de derechos fundamentales que está muy extendida. Conceptualizarlos es una tarea considerablemente compleja, ya que nos enfrentamos a múltiples enfoques de abordaje que interfieren en este empeño, desde debates filosóficos que buscan justificarlos, hasta cuestiones de carácter jurídico-estructural, por lo que abdicaremos de entrar en cuestiones de esa índole por acaba huyendo los intereses de este artículo.

Para los fines de nuestra investigación, estamos asumiendo la noción básica de derechos fundamentales como son aquellas proyecciones que emanen directa e indirectamente de la dignidad de la persona humana, así reconocida por procesos históricos, generando posiciones jurídicas para los beneficiarios dotados de supremacía sobre los demás, así como reflexiones hermenéutica en el respectivo ordenamiento

las puentes); mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder (situación que evoca la divisa del igualitarismo cínico de la *Animal Farm* De George Orwell, a tenor de la cual ‘todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros’).

⁵⁴ A respecto, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2^a ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 59 e ss, SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: *Direitos Fundamentais – Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. XII, p. 297 e seg. Entre ellas, destacamos la eficacia radiante de los derechos fundamentales, como consecuencia de la conformación, potencialmente fuerza expansiva que llevan estos derechos.

jurídico, cuya interpretación de las normas está vinculada al alcance vinculante y la fuerza de estas.

Desde un punto de vista filosófico, lo fundamental en algo es su causa, aquello que contiene la explicación y justificación racional de lo que de él proviene.⁵⁵. Tomando por el norte esta idea, los derechos reconocidos como fundamentales son aquellos que, como fundamento de un orden jurídico democrático, llevan consigo la propia justificación racional de este. Son, en esta estela, uno de los fundamentos que legitiman la construcción constitucional de un Estado Constitucional de Derecho, por lo que se entrelazan en las raíces del constitucionalismo de esta entidad⁵⁶.

Así, es en el contenido de esta categoría de derechos donde se configuran todas las pautas que rigen la condición jurídica de un pueblo, condicionando materialmente todas las demás disposiciones normativas de carácter constitucional⁵⁷.

Los derechos fundamentales reverencian la idea de la dignidad humana, de ser igualmente libres⁵⁸, titular de sus elecciones morales y éticas, tanto en el ámbito privado, frente a su propia interioridad como en las relaciones afectivas que entabla, ya sea en el ámbito público, como persona participante de interacciones sociopolíticas⁵⁹. Al mismo tiempo, los derechos fundamentales configuran el conocimiento y la conciencia del

⁵⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. Torino: UTET Libreria, 1998, p. 501, enseña que la noción de causa permite no solo la comprensión en sí de una cosa, sino también "no poder ser de otra manera". En la doctrina aristotélica, causa-razón es un concepto ontológico que expresa la necesidad de ser sustancia.

⁵⁶ En este sentido, la observación de MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 322, según el cual, "en cierto sentido, la historia del constitucionalismo es la historia de los derechos fundamentales, es decir, la historia de su afirmación inicial y posterior a su ampliación y la construcción y perfeccionamiento de los mecanismos de su tutela. El Estado constitucional moderno es cada vez más un "Estado de derechos fundamentales".

⁵⁷ Posicionamiento similar es compatible con CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Edições Almedina, p. 378, quien escribe: "La positivización constitucional no significa que los derechos fundamentales dejen de ser elementos constitutivos de la legitimidad constitucional y, por tanto, elementos legítimos fundadores del propio orden jurídico-constitucional positivo, ni que el simple positivismo jurídico-constitucional los convierte en, por sí mismo, "realidades jurídicas efectivas". Del mismo modo, MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barbas. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999, p. 469: "los derechos fundamentales del conjunto de normas de un orden jurídico, que forman un subsistema de éste, fundamentado en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forma parte de la norma material básica de identificación de la Orden, y constituyendo un sector de moral procesal positiva, que legitima el Estado Social y Democrático de Derecho".

⁵⁸ Los derechos fundamentales expresan, desde una perspectiva dialéctica, el punto de intersección entre libertad e igualdad. Esto se debe a que, si bien la libertad representa el factor que proporciona las condiciones necesarias para la reivindicación y goce igualitario de los derechos fundamentales, la falta de igualdad puede provocar, precisamente, la falta de libertad.

⁵⁹ Según las palabras de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Edições Almedina, p. 407, la base antropológica de los derechos fundamentales no es sólo el hombre individual, sino también el hombre insertado en las relaciones sociopolíticas, socioeconómicas y en grupos de distinta naturaleza, con distintas funciones sociales.

potencial emancipatorio que tiene el ser humano, que reclama su legítimo cumplimiento, aunque sea de forma progresiva. La percepción de la dignidad humana como valor absoluto sienta las bases de los derechos fundamentales⁶⁰ - si bien los derechos fundamentales no son absolutos, por posibles colisiones concretas en sus respectivos contenidos protectivos.

Reflejados en los logros producidos por los derechos humanos en la órbita internacional⁶¹, combinados con las demandas por el reconocimiento del valor del ser humano en las esferas internas, los derechos fundamentales, en un proceso de constante acumulación a lo largo de los momentos de la civilización, invariablemente promueven pequeñas perturbaciones en los sistemas nacionales. Como fundamento de un Estado, cuando se agrega un nuevo derecho fundamental a este agregado, hay una manifestación necesaria del poder constituyente, a veces formalmente - enmiendas constitucionales -, a veces a través del fenómeno de mutación constitucional⁶².

Volvemos al momento inicial del artículo, cuando hicimos referencia a la estructura líquida de la contemporaneidad donde, como diría Marshall Berman, todo lo sólido se desvanece en el aire⁶³. Así, si la valoración de la dimensión democrática en un momento histórico determinado depende de la lectura de los derechos fundamentales en ese momento concreto, la apertura a la conformación interpretativa de los derechos fundamentales depende fundamentalmente del espacio de libertad democrática que se le otorga a la sociedad.

En este sentido, la propia democracia sustancial, como fenómeno político-social, se encuentra en un continuo proceso de reformulación, ya que necesariamente retorna a los derechos fundamentales cuando se discuten los distintos temas. De esta

⁶⁰ Precisas son las palabras de ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 279, en el sentido de que habiendo “sido objeto de un torneo que la colocó en la cúspide (o en la base, como preferimos) de todo el sistema de derechos fundamentales, es evidente el papel articulador que juega la norma básica (sea o no sufrió, en contacto con el universo de los derechos fundamentales, una determinada mutación) de la dignidad de la persona humana (ver más adelante, n. ° 58), papel que, respetando la fisonomía del sistema y de cada una de sus partes, se manifiesta en todos los planes, es decir, en lo axiológico (o de valores), en lo subjetivo (o de la razón a los derechos), en lo objetivo (o de la razón a los principios), en el armonizador (de la razón a las limitaciones), en la organización política (de la razón a las limitaciones en el ejercicio del poder público y facultades análogas al mismo) y en cuanto a la propia garantía legal (motivo de protección) otorgada a un tipo de derechos y a otro”.

⁶¹ Enfatizando el carácter “juridicizado” de los derechos humanos fundamentales y filosóficos.

⁶² Tales supuestos surgen de la conocida cláusula de apertura de los derechos fundamentales, adoptada en múltiples órdenes constitucionales occidentales, con diferentes grados de apertura.

⁶³ Aludiendo al famoso pasaje de la obra MARX, K.; ENGELS, F. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Ed. Instituto José Luis e Rosa Sunderman, 2003: “Todo lo sólido se desmorona en el aire, todo lo sagrado es profanado, y las personas finalmente se ven obligadas a enfrentar su posición social y sus relaciones recíprocas con serenidad.”.

forma, la reelaboración de los derechos culturales (en este caso, cubriendo prefijos multi / pluri) en relación a los planteados en el momento histórico en el que emerge la segunda generación de derechos fundamentales, altera fundamentalmente la visión de lo que puede considerarse legítimo en un marco democrático en la época contemporánea..

Por ello, es posible afirmar que la extensión normativa otorgada a los artículos 215 y 216 de la Constitución Federal Brasileña de 1988 hoy es diversa incluso en relación con la atribuida por la constituyente original. Los logros alcanzados por las minorías en este período de 32 años no solo contribuyeron a cambiar los contornos de los derechos reivindicados, sino que también contribuyeron a la alteración del marco general de derechos culturales (multi/pluri). Para mantener esta línea, la democracia misma. En este caso, es inequívoco que la expansión de los espacios de los grupos minoritarios en el contexto sociopolítico y legal, ampliando el grado de “democraticidad” experimentado, desde entonces, en el país.

3.3 Derechos humanos vs. (?) soberanía popular

Como se dijo anteriormente, los derechos fundamentales y la democracia se presuponen, como resultado, ninguna forma de autonomía (privada o pública) puede ser eliminada entre sí. Esto se debe a que, desde una perspectiva legal, cada individuo es tanto remitente como receptor de las reglas estatales, auténticos sustitutos de las normas morales / éticas en tiempos de moralidad débil y ética dividida.

Habermas entiende que esta intuición fundamental nunca fue correctamente observada, ni por liberales ni por republicanos (éste con aproximaciones reales a la visión comunitaria), las dos grandes tradiciones del pensamiento político-democrático moderno. A pesar de las temáticas sobre la correlación entre ellas no es nueva⁶⁴, estas tradiciones, al defender la primacía de sus respectivas posiciones, terminaron por reducir el alcance de estas formas de autonomía (pública y privada).⁶⁵

⁶⁴ Como se señaló en ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pág. 155. Según el autor, la idea de que los derechos humanos son uno de los principales factores en la legitimidad de un sistema político está lejos de ser original, y en los tiempos modernos Locke ya habría percibido este problema.

⁶⁵ En HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003, v. I, págs. 134. El autor considera que los liberales evocan el peligro de una tiranía de la mayoría, postulando la primacía de los derechos humanos que garantizan las libertades prepolíticas del individuo y ponen barreras a la voluntad soberana del legislador político, prevaleciendo el momento moral-cognitivo. En la visión liberal, los derechos humanos se imponen al conocimiento moral como algo dado, anclado en un estado natural ficticio. Por otro lado, representantes de un humanismo republicano enfatizan el valor de auto

Las dificultades de la armonización residirían, según Habermas, en la herencia metafísica derivada de la tradición jusnatural (con la subordinación del derecho positivo al derecho natural) y el énfasis recibido por la filosofía de la conciencia (fundamentalmente de raíces kantianas). En estas corrientes de pensamiento, que aún hoy influyen en la tradición occidental, la democracia y la autonomía pública acaban sometiéndose al principio moral⁶⁶, para caracterizar la expansión del ámbito de protección al individuo, en detrimento de un ámbito político de proyección de los intereses de la comunidad.⁶⁷

Para Habermas, entonces, reducir el alcance de una forma de autonomía no es una posición coherente. Los derechos humanos y la soberanía popular tienen una relación interna, es decir, necesaria y no contingente, que es incluso resultado de la cooriginalidad a la que nos referimos anteriormente. Por ello, si la democracia presupone derechos humanos y los derechos humanos presuponen el ejercicio del poder en su forma democrática, lo público y lo privado son elementos complementarios que hacen un vínculo esencial en los planos moral, político y jurídico, y despotencializar uno de ellos es disminuir el papel de la individuo-ciudadano y ponen en peligro la legitimidad de las normas producidas.⁶⁸

En estas perspectivas, la teoría propuesta por Habermas parece encontrar una solución adecuada, no solo desde un punto de vista epistemológico, sino también desde una perspectiva teleológica. La reconciliación entre estas dos “superinstituciones” de la tradición jurídico-política occidental es, más que deseable, necesaria para la coherencia propia del sistema, ya que evita un rumbo de colisión entre las instituciones básicas de la

organización de la auto organización de los ciudadanos, de tal manera que, a los ojos de una comunidad naturalmente política, los derechos humanos solo se vuelven obligatorios como elementos de su tradición misma, asumida conscientemente. En esta visión, la voluntad ético-política de una comunidad que se auto cumple no puede reconocer nada que no corresponda al propio proyecto de vida auténtico, por eso se dice que prevalece el momento ético-voluntario.

⁶⁶ En HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

⁶⁷ En este sentido, Habermas continúa mostrando que en el derecho civil alemán dogmático, autores como Savigny, Puchta, Windscheid, Ihering fue influenciado por la tradición idealista del derecho. En HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, págs. 116-122.

⁶⁸ En HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 187, lo autor se refiere a la posición de Hanna Arendt (ARENDT, Hanna. *Macht und Gewalt*. Munich, 1970, p. 45) cuando afirma que el poder político no es simplemente un potencial para la imposición de intereses propios o la consecución de fines poderes colectivos, ni un poder administrativo capaz de tomar decisiones imperativas. Es, pues, la fuerza legitimadora en la creación del derecho legítimo y en la fundación de las instituciones.

cultura occidental que resultan de ellas, tales como: individuos / ciudadano; derechos humanos / soberanía popular; autonomía privada / autonomía pública.

Por ello, Habermas entiende que la norma legítima es aquella que se apoya en el consentimiento de sus destinatarios, ya sea porque tuvieron la oportunidad de participar en su producción (libertad comunicativa en el ámbito de la ciudadanía), o incluso porque el proceso de discusión para la producción de las normas imponen una barrera material a las propuestas que violan los derechos fundamentales (garantía de la libertad subjetiva de los particulares).⁶⁹ Esta no es una norma establecida convencionalmente, sino un resultado de una correlación que viene impuesta por la propia racionalidad práctica que se asume en un Estado de Derecho Constitucional (democrático).

4 POSICIONES HABERMASIANAS Y SU ASUNCIÓN: CENTRALIDAD CON RESTRICCIONES

Si bien consideramos que las teorizaciones habermasianas aquí enfrentadas encuentran fuertes argumentos para ser recibidos en la perspectiva de este trabajo, de otra manera, su recepción por un sistema jurídico específico y específico (como el brasileño) debe evaluarse con cautela. Dado que se trata de aspectos culturales adoptados por el cuerpo social, no podemos olvidar que el sistema de derecho adoptado en una comunidad jurídica es en sí mismo una construcción cultural. Así, no consideramos que ningún sistema legal adopte una formulación diseñada a partir de otra tradición jurídica sin las restricciones y ajustes necesarios. Si bien esta formulación tiene la pretensión de universalidad, es ingenuo pensar que sus perspectivas de análisis no están fuertemente contaminadas por la cosmovisión que le ofrecía el contexto del autor.

Habiendo hecho esta consideración, es importante reconocer el papel que juega la teoría habermasiana en el tema de los fundamentos de la legitimidad en un orden jurídico-constitucional, especialmente en el ámbito de un estado que se pretende sustancialmente democrático en sociedades multi /pluriculturales. En este sentido, aclaramos, ahora mismo, que entre las tesis habermasianas que asumimos para poder servir como supuestos teóricos para el estudio de la legitimidad en el contexto del sistema jurídico-político brasileño, analizado anteriormente, citamos, por ejemplo:

⁶⁹ Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 170.

a) la percepción de que lo derecho, en ausencia de una moral "fuerte" - característica propia de las sociedades posttradicionales contemporáneas -, juega un papel protagonista en el proceso de integración social entre los miembros de estas sociedades;

b) la opinión de que el Derecho, al tener que responder a un reclamo de legitimidad, no pierde su valor moral, ya que siempre debe estar justificado⁷⁰;

c) el reconocimiento de la existencia de una relación interna entre soberanía y derechos fundamentales (producidos a partir de sus co-originalidades), generando algunas consecuencias, tales como: c.1) relación complementaria entre autonomías públicas y privadas; c.2) percepción de que el estado de derecho y la democracia se presuponen mutuamente;

d) una sociedad democrática se caracteriza por el intercambio de valores entre los individuos que la componen, ya que en tales valores los individuos divergen profundamente.

Así, aunque entendemos que Habermas ha avanzado en relación a la mirada liberal (con la que parece estar más en sintonía), la perspectiva antropológica habermasiana sigue siendo tendencialmente abstracta y formalista, lo que no se adapta a la realidad de determinadas formaciones sociales como brasileña y española, solo por mencionar dos ejemplos.

Con estas afirmaciones, no significa que Habermas en su mirada teórica haya descartado influencias histórico-culturales y sociales, en el proceso de producir normas válidas y legítimas, ya que los discursos dentro del ámbito del procedimiento para tal fin, según el pensador alemán, admitir argumentos que se basan en tres tipos de racionalidad: moral⁷¹, pragmático⁷² (al acercarse a Hart) y ética.⁷³ Este último es aquel en el que se

⁷⁰ En la línea Habermas tenemos FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *Legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 288, cuando afirma que la justificación del discurso normativo parte de su racionalidad. Así, el discurso normativo es un discurso sujeto al deber de prueba.

⁷¹ Es aquella en la que la acción está determinada por reglas universales, es decir, reglas que cada uno podría querer respetar racionalmente, independientemente de su origen cultural.

⁷² Es el que intenta elegir los medios más eficaces para la consecución de un fin establecido de la acción, teniendo como referencia las consecuencias de las elecciones realizadas.

⁷³ Este tema se aborda en HABERMAS, Jürgen. *Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. En página 108, A la pregunta “¿qué debo hacer?”, que contiene discusiones sobre la racionalidad práctica, el autor explica que son los tipos de argumentos morales, éticos y pragmáticos los que pueden responder a esta pregunta. Precisamente en esta dirección basará Alexy su “discurso práctico general”, aunque es célebre la divergencia que ambos mantienen en torno a este tema, que, entre otras cuestiones, involucra el carácter universal de las reglas morales. De todos modos, en el punto en cuestión, parece que se ha superado una posible controversia acerca de la posibilidad de que el discurso jurídico sea un caso especial de discurso moral. En postface presente en ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*.

intenta estar de acuerdo precisamente en el propósito de la acción, teniendo en cuenta, sin embargo, aspectos culturales y axiológicos específicos de la comunidad a la que se dirige el argumento.

Lo que sí se está afirmando, sin embargo, es que, entre una posición liberal, una multicultural o incluso comunitaria, Habermas parece tender a privilegiar la primera, sin dar el debido énfasis (aunque considerándolos) a los aspectos culturales e históricos que comparten los participantes del proyecto auditorio. De hecho, esta posición es consistente con su visión teórica de considerar a las sociedades contemporáneas como posttradicionales, recordando que en su enfoque proceduralista la validez de los principios se basa en reglas formales y ciertos procedimientos que nos permiten apuntar a la corrección, o no, ciertos estándares.

Por tanto, si se elimina el diálogo entre los diferentes grupos que forman un cuerpo social (lo que de por sí desnaturalizaría el carácter “esencialmente” comunicacional de la relación, el discurso normativo que surge de allí se vuelve irracional⁷⁴ y, en consecuencia, ilegítimo. De hecho, la legitimidad del discurso normativo no descansa en premisas procedimentales indiscutidas y absolutas, sino en la garantía de enfrentar posiciones divergentes en las que la construcción dogmática se fundamenta en la fuerza de los argumentos que sustentan su propia racionalidad⁷⁵, y no en el discurso imponente que establecen las mayorías hegemónicas.

Es importante enfatizar que la fuerza de la tradición no se descuida en el proceso de construcción de la legitimidad de las normas. De hecho, es necesario reconocer la plausibilidad de las tesis comunitarias, cuando entienden como imperativo antropológico la visión de que el desarraigo, desconectado de cualquier realidad tradicional es un ideal que inequívocamente tiene utilidad en la construcción de teorías y en el proceso de proyectar un cierto sentido de la justicia. Sin embargo, el punto es que este modelo en

São Paulo: Landy, 2001, pág. 319 y a continuación, Alexy presenta su respuesta a los críticos, incluido Habermas, cuando apoya esta nueva visión, es decir, el discurso jurídico, como caso especial de discurso práctico, debe contener argumentos de carácter moral, ético y pragmático, siguiendo la propia visión presente en Habermas, aunque no está de acuerdo con otras críticas de este último.

⁷⁴ Una crítica interesante hecha a la ética del discurso por Habermas y Apel es la planteada en KAUFMANN, Matthias. *Discurso e despótismo*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 105, cuando el autor señala que la principal dificultad que tienen los críticos (incluidos Annemarie Pipper, Wolfgang Kuhlmann) con la ética del discurso, reside en su carácter supuestamente apriorístico e invariable de las condiciones de racionalidad, de modo que, aquellos que no reconocen el razonamiento último del procedimiento en sí pueden ser llamados irracionales o, como hace referencia Annemarie Pipper, “excomulgados por Apel”.

⁷⁵ En esta dirección, aunque sin citar a Habermas, pero siguiendo su visión, FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *Legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 297.

una perspectiva secular⁷⁶ y, especialmente, en las democracias contemporáneas sustanciales ya no es posible.

La realidad es que la multiplicación de formas de vida a disposición de los individuos en la llamada hipermodernidad⁷⁷ no es compatible con la visión de la legitimidad fundada en una unidad, o incluso con una determinada unidad cultural. Tampoco parece compatible el cierre de las comunidades culturales en sí mismas (como argumentan los multiculturalistas radicales). Ya no hay lugar ni siquiera para las preferencias, ya que la realidad de sociedades occidentales desarraigadas, fragmentadas, democráticas multi / pluriculturales, terminó por imponerse y se presenta como el modelo que reclama soluciones que reconcilien racionalmente los derechos (legítimos) de todos los grupos que lo componen, sin los cuales no estaremos ante una democracia típicamente sustancial.

CONCLUSIÓN

El análisis realizado demuestra que una sociedad plural plantea al Derecho desafíos que no pueden afrontarse mediante categorías tradicionales aisladas ni por medio de modelos normativos rígidos. La pluralidad cultural, moral, económica y tecnológica que caracteriza al mundo contemporáneo exige una apertura metodológica capaz de integrar historia, filosofía, sociología, economía, ciencia política y teoría constitucional, so pena de que el Derecho se vuelva incapaz de ofrecer respuestas legítimas y eficaces a las demandas sociales emergentes. En este sentido, la obra aquí examinada adquiere una relevancia notable al reunir investigaciones procedentes de diversos países, universidades y tradiciones jurídicas, expresando la convicción de que el conocimiento jurídico se fortalece precisamente cuando acoge la diversidad de perspectivas y la riqueza de las experiencias humanas.

Los temas abordados —que abarcan desde los derechos de los pueblos indígenas hasta los desafíos éticos de la inteligencia artificial, pasando por la desigualdad

⁷⁶ En esta dirección, TAYLOR, Charles. *Atomism*. In: *Philosophy and the human Sciences. Philosophical papers* 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, págs. 187-210, cuando se trata en el artículo de una obligación que tiene el individuo de “pertenecer”, aunque enfatizando que en la perspectiva secular esta visión ya no existe.

⁷⁷ Y en este sentido, se admite que el derecho positivo es, en muchos casos, el que posibilita que comunidades extremadamente artificiales mantengan cierto grado de cohesión basado no solo en la amenaza de sanciones, sino también por supuestos acuerdos racionalmente motivados.

urbana, la dignidad laboral en las plataformas digitales, la libertad de expresión, la prostitución, el acceso a la justicia, la mediación y los neoconstitucionalismos— revelan que el Derecho solo se realiza plenamente cuando reconoce la dignidad de la diferencia y se compromete con la protección de los más vulnerables. En sociedades democráticas multiculturales, la legitimidad jurídica no deriva únicamente de la validez formal de las normas, sino de su capacidad para dialogar con la complejidad de lo real, incorporando valores como igualdad, solidaridad, respeto por la diversidad cultural y justicia social.

La pluralidad, por tanto, no constituye un obstáculo, sino una fuente de renovación del pensamiento jurídico. Cada contribución presentada en esta obra demuestra que el Derecho, al enfrentarse con realidades diversas y problemas inéditos, amplía su propia racionalidad y profundiza su compromiso con la dignidad humana. Al promover reflexiones sólidas, críticas y sensibles sobre cuestiones centrales de nuestro tiempo, la obra reafirma que la verdadera academia —en el sentido más auténtico de *universitas*— florece cuando saberes distintos se encuentran y se reconocen mutuamente. De este modo, el volumen ofrece no solo diagnósticos rigurosos, sino también caminos para la construcción de un Derecho comprometido con una sociedad plural. En un escenario global marcado por tensiones identitarias, crisis institucionales y transformaciones aceleradas, se reafirma aquí la necesidad de un Derecho capaz de escuchar, comprender e integrar múltiples voces. El avance civilizatorio depende precisamente de esta capacidad hermenéutica y política. Y por ello los estudios reunidos en este libro representan una contribución valiosa: porque muestran que el Derecho, al confrontarse con la pluralidad, no se debilita —antes bien, reencontra su razón de ser en el compromiso con la humanidad y con la democracia.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. Torino: UTET Libreria, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- AÑÓN ROIG, María José. *Necesidades y Derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- AÑÓN ROIG, María José. *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. Colônia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofia del Derecho y Política, 2001.
- APPIO, Edson. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

- ARENDT, Hannah. *Macht und Gewalt*. München: Piper, 1970.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CLÉMENT, Éric; et al. *Dicionário Prático de Filosofia*. Lisboa: Terramar, 1994.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco Javier. *Derechos Sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.
- DE MELO ALEXANDRINO, José. *Direitos Fundamentais: introdução geral*. Parede: Princípia, 2007.
- DE MELO ALEXANDRINO, José. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DUARTE, David. *A norma de legalidade procedural administrativa: teoria da norma e criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. 2.^a ed. Roma: Laterza, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2.^a ed. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. «Legitimidade pragmática dos sistemas normativos». En: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (eds.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- GIANCOMANTONIO, Francesco. *Introduzione al pensiero politico di Habermas: il dialogo della ragione dialogante*. Milano: Mimesis, 2010.
- GORSKY, Héctor C. Silveira. «La vida en común en sociedades multiculturales: aportaciones para un debate». En: GORSKY, Héctor C. Silveira (ed.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. v. 1.
- HABERMAS, J. Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: HABERMAS, J. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- HABERMAS, J. Acerca da legitimação baseada em direitos humanos. In: HABERMAS, J. *A constelação pós-nacional*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2000.
- HABERMAS, J. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HABERMAS, J. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Buenos Aires: Paidós, 2003.

HABERMAS, J. *A inclusão do outro*. São Paulo: Edusp, 2019.

HOBSBAWM, Eric. «Identidad». En: GORSKY, Héctor C. Silveira (ed.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

KAUFMANN, M. Discurso e despotismo. In: MERLE, J. Ch.; MOREIRA, L. (Orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

LEITE ARAÚJO, L. B. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, M.; AGUIAR, O. A.; SAHAD, L. F. (Orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003.

LIPOVETSKY, G. *Os tempos hipermoderne*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MARX, K.; ENGELS, F. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sunderman, 2003.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. tomo IV.

MOREIRA, V. R. O futuro da Constituição. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

NOVAIS, J. R. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v

NUNES, A. C. *A Constituição aberta e os princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, M.; AGUIAR, O. A.; SAHAD, L. F. (Orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003.

PECES-BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III; Dykinson, 1995.

PEREZ LUÑO, A.-E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, L. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2007.

- MORAIS, C. B. de. *Os poderes do Presidente da República: estudo de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2001.
- RICOEUR, P. *O justo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEGOVIA, C. *La argumentación jurídica y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- TAYLOR, C. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.
- TAYLOR, C. Atomism. In: TAYLOR, C. *Philosophy and the human sciences: philosophical papers 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- VALLS, A. L. M. *O que é justiça?* São Paulo: Editora Brasiliense, 2003.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- VILA, D. *Derechos y garantías en las constituciones iberoamericanas*. Madrid: Civitas, 2003.
- YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.