

## DERECHOS HUMANOS, TIEMPO Y CONSTITUCIÓN EN BRASIL (1988–2018)<sup>1</sup>

HUMAN RIGHTS, TIME AND CONSTITUTION IN BRAZIL (1988–2018)

**Rafael Lamera Giesta Cabral<sup>2</sup>**



<http://orcid.org/0000-0002-6442-4924>

Universidad Federal Rural del Semi-Árido (UFERSA)

rafaelcabral@ufersa.edu.br

1 Este artículo fue publicado originalmente en portugués en la Revista Status Libertatis. Brasil: Universidad Estatal de Mato Grosso do Sul, Unidad de Paranaíba. 2018, vol. 1, Nº 1. Disponible em: <https://bit.ly/3nimFrW>

2 Doctor en Derecho, Estado y Constitución por la Universidad de Brasilia – UnB (2016). Magíster en Ciencias Políticas por la Universidad Federal de São Carlos – UFSCar (2010) y Licenciado en Derecho por la Universidad Estatal de Mato Grosso do Sul – UEMS (2007). Actualmente es profesor adjunto en Derecho, en el Programa de Posgrado en Derecho Stricto Sensu (Maestría Académica) y en el Programa de Posgrado en Administración Pública (Maestría Profesional PROFIAP) de la Universidad Federal Rural del Semi-Árido (UFERSA). Es miembro del Instituto Brasileño de Historia del Derecho – IBHD. Es Redactor Jefe de la Revista Jurídica de la Universidad Federal Rural del Semiárido – REJUR.

## Resumen

El ensayo contenido en este texto tiene como trasfondo la problematización de la Constitución dentro de esta relación ambivalente que media entre el sistema de la política y el sistema del derecho, que debe estar siempre abierto a la fuerza del tiempo. El resultado práctico de estos debates puede observarse a partir de preguntas específicas, pero de profundo impacto: ¿cuál es nuestra identidad constitucional? ¿Hasta cuándo una identidad forjada en la batuta de los derechos humanos permanece en los efectos del tiempo? Las difíciles elecciones constitucionales se producen en el entorno familiar, en la iglesia, en la escuela y la universidad, en la legislatura, en el poder judicial y, finalmente, en todas partes. Este ensayo pretende presentar alternativas y reflexiones sobre la Constitución y la fuerza normativa del tiempo frente a los derechos humanos, a partir de un diálogo bibliográfico y filosófico que marca nuestra época.

**Palabras clave:** Derechos Humanos; Constitución nacional; Identidad constitucional; Tiempo; Brasil.

## Abstract

The essay contained in this text has as its background the problematisation of the Constitution within this ambivalent relationship that mediates the system of politics and the system of law, which must always be open to the force of time. The practical result of these discussions can be observed from specific questions, but of profound impact: what is our constitutional identity? Does an identity forged on the baton of human rights remain on the effects of time until when? The difficult constitutional choices occur in the family environment, in the church, at school and university, in the legislature, in the judiciary and, finally, everywhere. This essay seeks to present alternatives and reflections on the Constitution and the normative force of time in the face of human rights, from a bibliographic and philosophical dialogue that marks our time.

**Keywords:** Human rights; National Constitution; Constitutional Identity; Time; Brazil.

## Sumario

1. Introducción
2. Vínculo temporal, identidad y derechos humanos
3. Conclusiones
4. Bibliografía

### 1. Introducción

**E**n tiempos de crisis institucional, cuando los papeles del derecho y la política están dictando cambios discursivos en la agenda pública nacional, no se puede pasar por alto el papel de la Constitución en este contexto.

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones han asumido la centralidad de los sistemas jurídicos y han promovido un acoplamiento estructural entre los sistemas de derecho y política<sup>3</sup>. La producción de decisiones colectivas vinculantes (política) y la producción de decisiones que generalizan las expectativas normativas (derecho) empiezan a desempeñar un papel de asistencia mutua, de relación parasitaria, que tiene en la constitución su punto de llegada y de partida.

Es común ver que, en tiempos de crisis en el mundo de la política o el derecho, la tensión de este movimiento se desplaza sobre el papel ejercido por la constitución. A partir de 2013, en Brasil, la idea de un llamamiento extraordinario a la reforma política tenía por objeto constituir un poder constituyente con poderes limitados, para instigar la reforma de la constitución. En 2016 y 2017, el gobierno planteó una serie de reformas inconstitucionales, modificando significativamente la Constitución de 1988. Por otra parte, las crisis del mundo

3 LUHMANN, Niklas. *Constituição como aquisição evolutiva*. [Título original: "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". *Recht historis ches Journal*. 1996, vol. 9, p. 179-220]. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Giancardo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicada.; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Krieger, Saulo; Agnolon, Alexandre (trads). São Paulo: Martins Fontes, 2016.

del derecho promueven interpretaciones judiciales que acaban siendo contradictorias, ya que el propio texto constitucional y las decisiones del Supremo Tribunal Federal-STF contribuyen en gran medida a este estado de cosas.

Sin embargo, la comprensión del papel de la constitución dentro de estos límites políticos o jurídicos puede parecer demasiado genérica, lo que invalida algunos propósitos. El punto que se abordará en el presente estudio se refiere a un problema que no es sólo jurídico o político, sino esencialmente temporal. ¿Por qué una constitución establecida en el pasado vincula a las generaciones futuras? Por razones importantes, dirían muchos, al señalar que ésta es una de las principales funciones de una constitución, es decir, la de vincular a las generaciones futuras, porque regula la estructura del poder, limitándolo a competencias y actividades específicas, dentro de procedimientos que permitan la amplia participación de la población en la toma de decisiones.

La preocupación de los muertos por gobernar a los vivos, por otra parte, no es reciente. Thomas Jefferson, Thomas Paine y Comte, en los siglos XVIII y XIX, ya tenían sus propias opiniones y él, por ejemplo, nunca pensó que fuera razonable que una constitución pudiera vincular a los vivos durante mucho tiempo: cada 19 años debería renovarse para adaptarse a las nuevas generaciones. Sin embargo, enfrentar la cuestión puede ser una buena salida para los tiempos modernos.

Las constituciones, especialmente bajo la marca del constitucionalismo democrático, tienen un núcleo fundamental que amplía el ejercicio del poder político de los ciudadanos, al tiempo que limita el ejercicio del poder del Estado en el estricto respeto de una serie de derechos y garantías fundamentales. Para hacer posible esta amplia participación del pueblo en las deliberaciones públicas, el establecimiento de una carta de derechos cobra relevancia para el libre ejercicio de la ciudadanía. Por lo tanto, si los principales derechos establecidos en la Constitución de 1988, que datan de casi 30 años, siguen siendo válidos y efectivos, ¿cómo podemos promover una adaptación a los nuevos derechos que han surgido durante ese tiempo? En otras palabras, ¿cómo entender el vínculo entre la Carta de Derechos de 1988 y nuestra época actual?

Revelar el papel de una Constitución en este sentido nos remite a un análisis crítico de la relación entre los derechos humanos, la Constitución y el tiempo. Para lograr este objetivo y dentro de la propuesta limitativa de este

texto, estableceré en tres aspectos cómo se puede articular el tiempo pasado con el futuro que se ha hecho presente (desde la perspectiva de la Constitución de 1988 hasta la actualidad), y cómo el uso de los discursos jurídicos permite reconstruir la identidad del sujeto constitucional, superando así las relaciones clásicas de los derechos humanos como producto de la experiencia liberal.

## **2. Vínculo temporal, identidad y derechos humanos**

La comprensión del fenómeno del derecho dentro de categorías que se forjaron en contextos de grandes intereses económicos terminó por producir grandes brechas entre el mundo real y el mundo jurídico, el mundo de las leyes.

Los intereses económicos y políticos desde la antigüedad, fomentan un serio proceso de naturalización de los problemas sociales (aunque al principio no sea ese el objetivo), y con ello, promueven una especie de cuestionable efecto pedagógico, que cristaliza, en el caso brasileño, en más o menos doscientos años de retórica reaccionaria.

Las innovaciones en el ámbito de los derechos civiles, políticos y sociales han sufrido una profunda resistencia en las sociedades en las que se han aplicado. Con Brasil no fue diferente. Sin embargo, durante mucho tiempo esta secuencia de desarrollo que marcó el proceso evolutivo de las esferas de derechos se repitió como si fuera un mantra: primero, los derechos de la primera generación (o dimensión): los derechos civiles; luego, los derechos de la segunda generación: los políticos y, finalmente, los de la tercera, con los derechos sociales.

Este movimiento, en cierta medida, tiene su origen en trabajos pioneros como el de Marshall<sup>4</sup> y Norberto Bobbio<sup>5</sup>, con gran adhesión en Brasil, pero cuando se verifica en realidades completamente diferentes de las experiencias analíticas europeas, es posible observar que el ciclo evolutivo de los derechos

4 MARSHALL, Theodore H. *Cidadania, classe social e status*. Gadelha, Meton Porto (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

5 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Coutinho, Carlos Nelson (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Ver más en: DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Sidou, Beatriz (trad.). Brasília: UnB, 2001.

no se produce de la misma manera y, José Murilo de Carvalho<sup>6</sup>, al examinar el caso brasileño, señaló que, en este caso, los derechos sociales pueden haber tomado la vanguardia de este ciclo, en detrimento de los derechos políticos y civiles, conquistados algún tiempo después.

La forma en que se han establecido los derechos de ciudadanía en Brasil llama la atención y es imperativo reconocer que los derechos no se han concedido o reconocido sin cuestionamiento, lucha y mucha resistencia de los ciudadanos para su aplicación. En un análisis puntual de algunos de estos procesos fundamentales para la concepción de los derechos desde la modernidad, Albert Hirschman<sup>7</sup>, en su obra “A retórica da Intransigência”, constató que, históricamente, en cada momento de inclusión de los derechos en las experiencias políticas, surgieron olas de resistencia, produciendo efectos prácticos que marcaron los avances, continuidades y rupturas sobre la idea de los derechos y su ejercicio.

Estas olas de resistencia se identificaron en tres tesis; la primera sería *la tesis de la perversidad*, que puede entenderse en los siguientes términos: todo cambio que pretenda empujar a la sociedad en una determinada dirección la hará moverse, sí, pero en la dirección opuesta. Esta tesis fue atribuida por los conservadores contra el movimiento iniciado por la Revolución Francesa, que tenía en su esencia la inclusión de los derechos civiles. La segunda tesis se conoció como *la tesis de la inutilidad*, que afirmaba que cualquier intento de cambio es abortivo, que de una forma u otra, cualquier supuesto cambio es, era o será, en gran medida, cosmético y, por lo tanto, ilusorio, ya que las estructuras “profundas” de la sociedad permanecerían intactas. Esta tesis estaba en contra del estado de bienestar. Por último, la *tesis de la amenaza*, que afirma que el cambio propuesto, aunque deseable en sí mismo, conlleva costosas consecuencias inaceptables de un tipo u otro. Esta tesis se formuló en contra de la democracia, porque veía en ella la posibilidad de destruir la libertad<sup>8</sup>.

Los temas de los derechos civiles, políticos y sociales, junto con la

6 CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

7 HIRSCHMAN, Albert O. *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça*. Bueno, Tomás Rosa (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

8 *Ídem*.

democracia y el Estado de bienestar, constituyen el escenario de una filosofía política que ha contribuido, en última instancia, al desarrollo de los sistemas de derecho y de política que se han permitido democratizar gracias a la transición idealizada por la cuestión constitucional. La resistencia, capaz de producir una retórica de intransigencia, fue capturada por el propio sistema y reorganizada en estructuras filosóficas de larga duración.

Estas cuestiones de filosofía política nos señalan la necesidad, dentro de un linaje histórico, de observar que gran parte de la construcción jurídica del Derecho Constitucional, con sus concepciones de constitucionalismo, separación de poderes, con su propia limitación y derechos humanos, parte de una concepción filosófica que se remonta al universalismo de Platón y al particularismo de Aristóteles<sup>9</sup>.

Estos dos autores se preocuparon por encontrar respuestas al gran dilema de su época: ¿cómo hacer que las facciones convivan pacíficamente, para no destruirse a sí mismas? Tal vez esta pregunta ha permanecido viva y sin respuestas adecuadas desde entonces.

En cada momento histórico, cada generación se propuso dar respuestas eficaces a este dilema y desde el momento en que la concepción del Estado se hizo moderna y se organizó sobre la base de un documento escrito, llamado constitución, la doctrina de los derechos humanos dio algunas respuestas.

El núcleo de los derechos humanos consiste en un compromiso con el universalismo (de tipo platónico). La doctrina de los derechos naturales también tenía este aspecto. De este modo, se garantizarían los derechos humanos a todos los seres humanos. Sin embargo, esta apuesta podría causar conflictos con las diferentes experiencias de vivir el ideal del bien o la buena vida. ¿Cómo incorporar los particularismos (de tipo aristotélico) de la experiencia humana en contextos de universalización de los derechos humanos? Esta cuestión está en el centro de los debates cuando observamos los conflictos tribales y étnicos en el Oriente Medio, en África e incluso en algunos países del Cono Sur.

La perspectiva universalista o particularista que rodea a la doctrina de los

9 GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Carvalho, Geraldo de (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ; ver más en: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Carbonell, Miguel (trad.). Madrid: Minima Trotta, 2005.

derechos humanos nos lleva a otro tipo de estructura. Es la estructura normativa, dotada del concepto de estado de derecho.

Actualizando el problema de la filosofía política ya previsto por Aristóteles y Platón, podemos también observar que en las sociedades contemporáneas persiste el mismo problema, sin embargo, bajo una nueva forma: cuando nos preguntamos qué estructura normativa es más compatible con las sociedades contemporáneas, no siempre es posible encontrar una respuesta clara e inmediata<sup>10</sup>.

Algunos ciudadanos pueden encontrar en el estado autoritario las mejores condiciones para el desarrollo económico. Otros pueden identificarse con un estado comunista o socialista. Sin embargo, es en la estructura normativa del constitucionalismo democrático donde encontramos la mayor adhesión al estado de derecho. Si tal hecho puede ser claro en el siglo XXI, ¿qué tipo de constitucionalismo es apropiado para la estructura estatal que queremos?

En retrospectiva, la generación constituyente de 1988 examinó este problema y durante dos años trató de encontrar mecanismos para una estructura normativa que fuera compatible con la reconciliación nacional, con la ampliación de los derechos, idealizando la experiencia nunca más repetida de la dictadura militar<sup>11</sup>.

Este cuestionamiento del constitucionalismo se hace pertinente, porque el derecho constitucional es quizás la rama más afectada por las transformaciones económicas y políticas de los últimos tres decenios. De hecho, la información procede y por al menos dos razones esenciales, como señala José Eduardo Faria<sup>12</sup>: i) como producto del siglo XIX, el derecho constitucional es el fruto de la institucionalización política promovida por el modelo liberal-burgués, que desarrolló la idea de la constitución como “centro emanado del sistema jurídico” y ii) porque es visto como sinónimo de seguridad y legitimidad, ya que delimita

10 CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais*: fundamentos clássicos. Brasília: UnB, 2005.

11 Ver MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. “Julgar o passado? Verdade história e verdade judicial na ADPF 153”. *Revista Jurídica da UFERSA*. 2018, vol. 2, Nº. 3, p. 70-86; CABRAL, Rafael Lamera Giesta; OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco. “Comissão Nacional da Verdade no Brasil: o fio do relato e o direito à memória e à verdade”. *Revista Culturas Jurídicas*. 2019, vol. 6, Nº. 13, p. 226-252.

12 FARIA, José Eduardo. Prefácio. Em: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. XV-XXI.



el ejercicio de los mecanismos de violencia monopolizados por el Estado, institucionaliza sus procedimientos de toma de decisiones, legislativos y judiciales, establece las formas de participación política y define el espacio soberano de expresión y acción en contextos sociales marcados por el relativismo ideológico y en los que el poder del Estado depende de criterios externos a los gobernantes para ser aceptado como válido.

Ahora bien, si buscamos una forma de convivencia no autodestructiva, no podemos negar que una opción por los derechos humanos puede proporcionarnos esta realidad de una forma más efectiva. En el Estado democrático de derecho, el constitucionalismo moderno ha incorporado la doctrina de los derechos humanos y su desarrollo en la dignidad de la persona humana como fundamentos de la propia República.

Sin embargo, por mucho que ésta fuera la opción constituyente de los representantes del pueblo brasileño que, el 5 de octubre de 1988, inauguraron una constitución que está vinculada a la plena realización de la dignidad humana de sus ciudadanos y que tiene en el pluralismo político parte de sus fundamentos; que tiene en la perspectiva de la prevalencia de los derechos humanos como uno de sus principios, que repudia el terrorismo y el racismo, ¿por qué, en nuestra sociedad, se sigue manteniendo una sólida retórica intransigente contra los derechos humanos?

Casi 30 años después de la promulgación de la Constitución de la República, los derechos fundamentales siguen siendo violados constantemente. En efecto, el propio Estado asume la posición de violar lo que él mismo se ha comprometido a abstenerse de hacer en nombre de la dignidad de las personas y, lamentablemente, con una creciente cesión de legitimidad por parte de la población que sacrifica expresiones como “el buen bandido es un bandido muerto”. La retórica intransigente que promueve la sociedad contra los derechos humanos se asemeja a los argumentos de las tesis de la perversidad, la inutilidad y la amenaza en un marco que desfigura nuestra identidad constitucional.

En este estado de completa crisis institucional, tenemos que forzar la autorreflexión: ¿cuáles son las respuestas que los poderes públicos, la sociedad, las familias, las iglesias, los movimientos sociales y otros, han ofrecido a nuestros problemas más contemporáneos?

Como vemos, las respuestas más inmediatas son fruto del largo proceso

de naturalización de la exclusión social, alejando a quienes, por no encajar en la idea meritocrática, propia del modelo liberal, son simplemente elegidos como indeseables, y por tanto excluidos de los beneficios de la ciudadanía. Mujeres, negros, *quilombolas*, discapacitados, indígenas, gays, lesbianas, extranjeros de la periferia del mundo, trabajadores rurales, pobres, son algunos de los ejemplos.

Si comparamos las respuestas actuales con los preceptos constitucionales de 1988, la relación entre el tiempo y el derecho se convierte en un punto central de nuestro análisis. Tiempo, generación. ¿Qué podemos destacar de estos fenómenos si no es la verificación de su carácter pasajero? El hecho es que hoy en día estamos esbozando lo que nuestra generación piensa sobre los Derechos Humanos. Aquí hay necesariamente una disputa semántica que se desarrolla en dos momentos constitucionales específicos: el de 1988 con el de 2018. Esta tensión temporal nos señala un problema sociológico de las generaciones, donde no siempre es posible encontrar una cohesión de pensamiento entre ellas. ¿Pero puede la categoría generación ayudarnos de alguna manera?

En este tema, hubo una investigación relevante, propuesta originalmente por Cristiano Paixão<sup>13</sup> que contribuyó a este análisis. Por supuesto, la categoría generación no está siendo analizada en su sentido cronológico, biológico, sino en una perspectiva maniquea, donde “cada punto de tiempo es un espacio de tiempo que está organizado políticamente”.

Aún en esta perspectiva generacional, Karl Mannheim<sup>14</sup> señaló que el concepto de generación tiene una tríada, que puede estar compuesta por a) la posición generacional: no se trata de una agrupación de experiencias del mismo grupo, del mismo colectivo, sino de la posibilidad o la potencialidad de tener esas experiencias, que pueden salir a la superficie o ser reprimidas o tener un efecto modificado, cuando se sedimentan en otras fuerzas sociales influyentes; no se trata aquí de una identidad, en el sentido del sentido común, sino de la potencialidad de generar identidad; b) la conexión generacional, que se constituye a través de la participación de los individuos que pertenecen a la misma posición

13 PAIXÃO, Cristiano. *Entre passado e futuro: Constituição em perspectiva intergeracional*, [Palestra]. Em: VI Congresso Internacional em História do Direito. Brasília, 26 a 29 de agosto, 2013.

14 MANNHEIM, Karl. O problema sociológico das gerações. Em: FORACCHI, Marialice M. (Org.), *Karl Mannheim: Sociologia*. Marcondes, Cláudio (trad.). São Paulo: Ática, 1982, p. 67-95.

generacional (esa potencialidad) en un destino colectivo común, así como el compartir contenidos que se correlacionan de alguna manera, es necesario trabajar, participar en el destino común, y c) la unidad generacional, que es una visión más concreta, la misma conexión de tiempo que puede generar varias unidades generacionales, incluyendo, opuestas, que disputan en la arena política ciertos conceptos, posiciones, etc<sup>15 16</sup>.

Hay varias razones para creer que la posición generacional de los ciudadanos puede contribuir tanto a la adhesión como al rechazo de los derechos humanos consagrados en la Constitución. El contexto de violencia, corrupción, desempleo y falta de perspectivas para el ideal de una buena vida puede reprimir a los jóvenes para establecer una conexión generacional entre el contexto de la transición a la democracia, iniciada desde 1985, con el significado de la constitución 30 años después, como fruto de un destino común deseado.

Sin esta conexión generacional, la constitución comienza a ser interpretada y cuestionada por innumerables unidades generacionales, que terminan disputando en el espacio público temas fundamentales para el desarrollo de la democracia. Al disputar acciones, conceptos y otros aspectos, corremos el riesgo de producir acciones opuestas que no son capaces de promover una coexistencia pacífica entre las generaciones. Por último, el riesgo es alejarse de nuestra identidad constitucional por la incapacidad de establecer vínculos o conexiones entre el pasado, el presente y el futuro. En otras palabras, por nuestra incapacidad de actualizar nuestra identidad constitucional de manera que se haga necesaria para el presente.

¿Qué tiene que ver la constitución con todo esto? Esta cuestión es propicia para una reflexión que se desarrolla en otros, porque nuestra disputa es sobre la historia semántica y sobre los momentos constitucionales en los que uno dispone en diferentes generaciones. Pasemos a una nueva pregunta: ¿por qué una constitución hecha por una generación del pasado obliga a la generación futura? En el sentido del autogobierno, ¿cómo se pueden conciliar estas cuestiones con la comprensión de los derechos humanos, la violencia, la inseguridad y la constitución? ¿Por qué nos obliga la Constitución de 1988? En cualquier constitución

15 *Ídem*.

16 PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit*

democrática debe haber aperturas, opciones de diálogo intergeneracional, posibilidades de definir las fronteras entre las generaciones, que puedan cambiarlas, y permitir un verdadero encuentro de los horizontes de las generaciones, incluso en situaciones en las que hay varias unidades generacionales interconectadas con conexiones generacionales complejas<sup>17</sup>. La Constitución de 1988 tiene varios mecanismos de diálogo capaces de activar unidades generacionales a favor de los derechos humanos.

Es en este contexto que visualizamos innumerables entidades de Derechos Humanos que buscan promover este diálogo generacional, contribuyendo a la promoción de los derechos. El diálogo generacional promovido por estas organizaciones es un intento de buscar y reconstruir la identidad del sujeto constitucional y es en este momento cuando nos encontramos con nuestras mayores dificultades. Esto se debe a que el sujeto constitucional tiene, por su propia naturaleza, el deseo incontrolable de cambiarse a sí mismo en el tiempo. Las expectativas de la juventud de 1988 eran completamente diferentes a las de 2018. El tiempo y el derecho se convierten en una compleja red donde la búsqueda del diálogo generacional se hace fundamental para el registro de la identidad de este sujeto.

Como señala Michel Rosenfeld<sup>18</sup>, no se trata sólo de la dificultad que se deriva del hecho de que la identidad constitucional es propensa a cambiar con el tiempo, sino también de su tendencia a encontrarse inmersa en relaciones complejas y ambiguas con otras identidades relevantes; como las identidades nacionales, étnicas y culturales. Para establecer la identidad constitucional a través de los tiempos es necesario fabricar una tesis del entrelazamiento del pasado de los constituyentes con su propio presente y también con el futuro de las generaciones futuras. El problema, sin embargo, es que tanto el pasado como el futuro son inciertos y están abiertos a posibilidades (de reconstrucción) conflictivas, lo que hace que la tarea de tratar de revelar las líneas de continuidad sea inmensamente compleja.

17 PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*

18 ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Carvalho Neto, Menelick de (trad.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

Si pensamos en el tiempo generacional de 1988, podemos observar que el orden constitucional requería la imposición de límites a la difusión de la identidad comunitaria pre-política de la nación. No había lugar para el autoritarismo. La cuestión clave se convirtió en la necesidad de hacer que la identidad constitucional se distanciara lo suficiente de otras identidades relevantes contra las que necesitaba forjar su propia imagen, y al mismo tiempo pudiera incorporar suficientes elementos de esas identidades para seguir siendo viable dentro de su propio entorno político.

En esta distancia, por supuesto, fue del determinismo autoritario de lo que tratamos de huir. Y escapamos de ello estableciendo lo que Holmes<sup>19</sup> llama las reglas de la mordaza, donde la conversación siempre está moldeada por lo que los participantes deciden no decir. Para evitar conflictos destructivos, suprimimos los temas controvertidos. Por ejemplo, la cuestión de las violaciones de los derechos humanos por la dictadura militar no se debatió en la Asamblea Nacional Constituyente de 1988. El costo de esas opciones repercutió en las víctimas y en la ausencia de una justicia de transición capaz de promover la reconciliación nacional.

Dentro de esta lucha semántica, promover la integridad de la ley como una posibilidad de lograr la justicia en cada capítulo que escribimos se convierte en el desafío. Nos enfrentamos a la dificultad de construir y deconstruir la idea de la identidad del sujeto constitucional porque nos enfrentamos a la confrontación de varias identidades, a la tensión entre el pluralismo inherente al constitucionalismo moderno contemporáneo y a la propia tradición.

Hoy en día, sólo es posible promover la identidad constitucional respetando los derechos fundamentales de igualdad y libertad. Pero hay problemas en esta deconstrucción, porque el resultado de nuestras acciones legales o de la educación en derechos humanos es siempre el producto de un proceso dinámico abierto a una mayor elaboración y revisión. Es exactamente por eso que, siguiendo a Michel Rosenfeld<sup>20</sup>, encontramos aquí una ausencia y un vacío. Constantemente, el yo del pluralismo político entra en conflicto con su otro yo que es la tradición.

19 HOLMES, Stephen. *Gag rules or the politics of omission*. Em: ELSTER, Jon (*et al.*). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: University of Cambridge, 1993. p. 19-58.

20 ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*

En la obra “Identidade do Sujeito Constitucional”, Michel Rosenfeld<sup>21</sup>, entiende que el sujeto necesita encontrar resultados para sus deseos. Una vez logrado, no puede ser satisfecho por los objetos. Así, el sujeto se dirige a otros sujetos que pueden satisfacer su deseo con el tiempo. Este sujeto, que busca satisfacer sus deseos, se caracteriza por ser una ausencia, en el sentido de ser incompleto. El problema principal es cuando el sujeto no es reconocido por el otro sujeto, ya que también se convierte no sólo en una ausencia, sino también en una carencia, en el sentido de no ser más que la negación de sus objetos.

El sujeto emerge entonces como una conciencia de necesidad e incompleta, lanzándose en busca de reconocimiento. Ciertamente, no siempre es posible señalar el precio del reconocimiento, pero su enajenación o sujeción al otro puede imponerse. Los legisladores no siempre logran llenar este vacío, esta brecha para producir una identidad común enraizada en los textos constitucionales. Muchas veces, no hay interés político para que esta realización ocurra, ante la no superación del modelo pre-constitucional de 1988, que a menudo se comporta políticamente en pleno equívoco generacional.

Las acciones de muchas organizaciones que protegen los derechos humanos van en esta dirección, buscando que el sujeto constitucional pueda superar su carencia e insuficiencia; carencia ésta e insuficiencia que, por características de la naturalización de las desigualdades, muchas víctimas que han sufrido abusos en sus derechos terminan por no tener la fuerza para luchar.

El uso del instrumento del discurso constitucional para construir una narrativa coherente en la que se pueda ubicar una autoidentidad plausible ha cobrado relevancia en la experiencia constitucional brasileña.

El caso del ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental–Brasil) n. 132, que permitió el reconocimiento legal de la unión estable entre personas del mismo sexo, es un ejemplo. Aunque existen dificultades de acceso y avances en el uso de estos instrumentos, esta limitación puede compensarse con la idea de que las constituciones deben permanecer abiertas a la interpretación y no sólo eso, sino que su orientación debe adecuarse a las necesidades que se han hecho, porque una constitución escrita nunca contiene todo el conjunto de asuntos que podrían abordarse.

21 ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*

En 2018, el STF promovió otro ejemplo significativo al permitir que los transexuales y los transgéneros cambiaran los registros civiles sin necesidad de cirugía. Para la ministra Carmen Lúcia, presidenta del tribunal, el permiso otorgado incorpora el lema “tenemos derecho a ser diferentes en nuestra pluralidad y en nuestra forma de ser”<sup>22</sup>.

Así, permitir una *praxis* constitucional comprometida con un régimen de derechos y garantías fundamentales nos impone una nueva postura, sobre todo si tenemos en cuenta que “el pluralismo constitucional requiere que un grupo que se constituye como colectivo (yo) reconozca a los grupos posicionados de manera similar a los otros yo, y/o que cada individuo se trate a los demás como otros yo, como otras personas (yo)”<sup>23</sup>.

Esta demanda de pluralismo constitucional impone o revela una nueva forma de interacción en relación con los derechos humanos.

La visión tradicional de los derechos humanos, en muchos aspectos, está relacionada con la perspectiva de la libertad. Dentro de este escenario, fue en la Revolución Francesa que su configuración inicial inauguró un diseño institucional ligado a los ideales de igualdad y libertad en la visión abstracta del individuo. La racionalidad, al dotar a los seres humanos de su propia voluntad, les permitió ejercer su amplia libertad y hacer todo lo que no estaba prohibido por la ley o no perjudicaba a los demás.

Los fundamentos de esta teoría se basan en el contractualismo, punto central de la idea de los derechos como productos de consenso entre los ciudadanos, que son libres y someten su soberanía a sus representantes, en la nueva etapa de fundación del Estado.

Sin embargo, por mucho que estas cuestiones se plantearan en el panorama político de la época, deberían concertarse instrumentos capaces de promover la coexistencia pacífica y no autodestructiva entre las facciones. La idea de la tolerancia para la realización de este nuevo horizonte, idealizada por los derechos humanos, fue utilizada con el tiempo como una alternativa razonable para

22 D'AGOSTINO, Rosanne. “STF decide que transexuais e transgêneros poderão mudar registro civil sem necessidade de cirurgia”. *Portal de Notícias G1*[em linha]. Brasília, 01 de março de 2018. Disponível em: <https://glo.bo/3joVIBJ>

23 ROSENFELD, Michel. *Op. cit.* p. 30.

mantener el consenso. Para el desarrollo del estado de derecho, por ejemplo, siempre ha sido deseable una cultura de tolerancia<sup>24</sup>.

Con el agotamiento de los instrumentos políticos y jurídicos, a menudo resultante de la propia expansión de la concepción de los derechos, el concepto de tolerancia se ha vuelto insuficiente para dar respuestas adecuadas a estos nuevos arreglos innovadores. Aunque el sentido de la tolerancia impone las formas de aceptar, admitir o vivir con algo o alguien de manera indulgente, se ha producido un claro colapso construido históricamente, y hoy en día, experimentado en la propia ausencia de respeto por los demás, ya sea en la esfera racial, cultural, religiosa, entre otras, impide el reconocimiento de las diferentes identidades.

Tolerando todavía se puede atar al otro a un acto de última palabra, donde el individuo (tolerante) todavía decide si será indulgente con la diferencia que le trae malestar; al tolerar al otro se crea un nivel de jerarquía, limitando al otro a su derecho de ejercer su “otredad”<sup>25</sup> (Pereira, 2014).

Dentro del proyecto constitucional de inclusión y protección integral de la dignidad humana, hemos observado una nueva categoría que puede ayudar en este proceso integrador, en un intento de reconstruir esta categoría de libertad en una democracia del futuro.

El concepto al que nos referimos es el de Jacques Derrida<sup>26</sup>, con la categoría de hospitalidad incondicional. Por la filosofía de la hospitalidad:

“... la búsqueda de un consenso en realidad interrumpe la relación

24 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. São Paulo: Unesp, 2018.

25 PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida*. Tese de Doutorado em Filosofia, Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, PUCRS, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2ZjXkpI>.

26 DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010; DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade. São Paulo: Escuta, 2003.; Ver ainda en: BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror. Diálogos com Habermas e Derrida*. Muggiati, Roberto (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.



intercultural. Si del encuentro con una cultura diversa se prefiere la búsqueda de consenso, aunque se invierta en un argumento sincero, termino abordando la búsqueda de la igualdad y no doy espacio a la diferencia. A lo sumo, tolero la diferencia. En este caso, el consenso germina la tolerancia en su dimensión relacional, circunstancia que Habermas no niega. El consenso transita entre los ideales de las mónadas contractuales que instituyen vallas de demarcación para su interrelación. Como afirmamos, la diferencia, a primera vista, son los choques. Traumatiza las expectativas del conjunto. La renuncia a la voluntad de la misma edad, en la experiencia del infinito ético, hace posible el encuentro en el que la diferencia puede convivir. El encuentro tiene lugar, en esta esfera de relación, independientemente del consenso, así como independiente de la reciprocidad”<sup>27</sup>.

Aquí no se rechaza la ganancia que el concepto de tolerancia ha aportado a la sociedad, pero aún así, manteniéndolo en los términos en que fue concebido, refleja la característica de la “razón del más fuerte”. Por lo tanto, la propuesta es reconstruir su significado para que se pueda volver a encontrar una multiplicidad de orígenes.

Según Pereira<sup>28</sup>, Derrida traduce la ley de la hospitalidad como una ley incondicional e ilimitada, como la ofrenda del hogar a los que llegan del extranjero, al extranjero de la subjetividad. Más que eso; la ley de la hospitalidad se ofrece su propio sí, “sin preguntar su nombre, ni su contraparte, ni cumplir la condición mínima”. La ley de hospitalidad está en contrapunto a las leyes de hospitalidad que tratan de derechos y deberes que siempre están condicionados y condicionales, como los Tratados y Convenciones tratan las relaciones entre las naciones.

No por casualidad, la filosofía de la hospitalidad, con la invitación a reconstruir lo dado por un conjunto de experiencias históricas, no podía enmarcarse dentro de los límites impuestos por el constitucionalismo actual. Trascender la lógica de lo constituido es un paso necesario para pensar lo político y lo legal más allá de uno mismo. Por lo tanto, es para acreditar fuerzas a una democracia

27 PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *Op. cit.* p. 11. (la traducción realizada por el autor).

28 *Ibidem* p. 14.

por venir, para reconstruir la herencia de sus promesas, como un retorno a su fundación, “y para darse cuenta de que la democracia sólo ocurre como una voluntad de democracia”<sup>29</sup>.

### 3. Conclusiones

No hay nada tan instigador como reflexionar sobre el tema de los derechos humanos y la constitución. Aquí, necesariamente, siempre habrá un conflicto de pensamiento, porque surge no sólo de una experiencia teórica, sino también de muchos abusos, violaciones y debilidades reales, incorporadas en los últimos treinta años de existencia de nuestra Constitución Federal (1988), un hito importante para una cultura de paz, referida a la opción por los derechos humanos.

Los movimientos sociales, las organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación, el Estado, todos, sin excepción, han proyectado y fomentado discursos en torno a lo que serían o deberían ser los derechos humanos. La pluralidad de opciones favorece la profundización del debate, especialmente cuando nuestro oscuro pasado representado por la dictadura militar, nos obliga a experimentar sus legados autoritarios. Esto significa, no por casualidad, que la doctrina de los derechos humanos puede ser fácilmente aceptada o rechazada.

Al vincular el futuro, una constitución debe estar siempre abierta a nuevas contingencias producidas en el curso de su desarrollo histórico. No se puede, de hecho, pensar en una constitución sólo en la categoría producida por el estado nacional, evitando la coexistencia autodestructiva.

La perspectiva generacional puede ser un buen punto de partida y de llegada: el problema sociológico de las generaciones puede revisarse a partir de las experiencias que unen nuestro potencial de diálogo hacia un destino común.

#### 4. Bibliografía

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Coutinho, Carlos Nelson (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror. Diálogos com Habermas e Derrida*. Muggiati, Roberto (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- CABRAL, Rafael Lamera Giesta; OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco. "Comissão Nacional da Verdade no Brasil: o fio do relato e o direito à memória e à verdade". *Revista Culturas Jurídicas*. 2019, vol. 6, Nº. 13.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: UnB, 2005.
- D'AGOSTINO, Rosanne. "STF decide que transexuais e transgêneros poderão mudar registro civil sem necessidade de cirurgia. *Portal de Notícias G1*[em linha]. Brasília, 01 de março de 2018. Disponível em: <https://glo.bo/3joVIBJ>
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Sidou, Beatriz (trad.). Brasília: UnB, 2001.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010
- DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003.
- FARIA, José Eduardo. Prefácio. Em: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Carvalho, Geraldo de (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. São Paulo: Unesp, 2018.
- HIRSCHMAN, Albert O. *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça*. Bueno, Tomás Rosa (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. Em: ELSTER, Jon (*et al.*). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: University of Cambridge, 1993.
- LUHMANN, Niklas. *Constituição como aquisição evolutiva*. [Título original: "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". *Recht historisches Journal*. 1996, vol. 9]. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Giancardo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicada.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Krieger, Saulo; Agnolon, Alexandre (trads.). São Paulo: Martins Fontes, 2016.

- MANNHEIM, Karl. O problema sociológico das gerações. Em: FORACCHI, Marialice M. (Org.), *Karl Mannheim: Sociologia*. Marcondes, Cláudio (trad.). São Paulo: Ática, 1982.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. "Julgar o passado? Verdade história e verdade judicial na ADPF 153". *Revista Jurídica da UFRSA*. 2018, vol. 2, Nº. 3.
- MARSHALL, Theodore H. *Cidadania, classe social e status*. Gadelha, Meton Porto (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- PAIXÃO, Cristiano. *Entre passado e futuro: Constituição em perspectiva intergeracional*, [Palestra], Em: VI Congresso Internacional em História do Direito. Brasília, 26 a 29 de agosto, 2013.
- PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida*. Tese de Doutorado em Filosofia, Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. Porto Alegre, PUCRS, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2ZjXkpJ>.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Carvalho Neto, Menelick de (trad.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Carbonell, Miguel (trad.). Madrid: Minima Trotta, 2005.