

OMISIONES LEGISLATIVAS Y NORMAS DE EFICACIA LIMITADA EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988.

LEGISLATIVE OMISSIONS AND NORMS OF LIMITED EFFECTIVENESS IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988.

Ovidio Macedo Oliveira

Universidad de São Paulo

<https://orcid.org/0009-0009-4661-1687>

ovidio_mo@hotmail.com

Resumen: Este artículo analiza la falta de leyes reguladoras para las normas constitucionales que requieren la intervención del poder legislativo, buscando comprender las razones legales, históricas y políticas que dan lugar a esta omisión legislativa en la Constitución brasileña de 1988. Para el desarrollo del texto se utilizó el método hipotético-deductivo, con investigación bibliográfica y análisis documental. Se concluyó que los legisladores tienen la facultad discrecional de omitir la creación de leyes reguladoras y que, históricamente, el Congreso Nacional ha estado vinculado a una coyuntura política positivista contraria a los derechos sociales, que se remonta a la época de la Dictadura Militar (1964-1985).

Palabras Clave: Constitución brasileña de 1988; Omisión legislativa; Eficacia de los derechos sociales

Abstract: This article aims to analyze the absence of laws regulating constitutional norms that require legislative action, seeking to understand the legal, historical, and political factors resulting in legislative omission within the 1988 Brazilian Constitution. The hypothetical-deductive method was

Como citar:

Macedo, O. (2026) Omisiones legislativas y normas de eficacia limitada en la Constitución Brasileña de 1988. Revista Desafíos Jurídicos, 6(11). <https://doi.org/10.29105/dj6.11-212>. 55-94

employed in the development of this text, supported by bibliographic research and documentary analysis. It was concluded that legislators possess the discretion to refrain from enacting regulatory legislation, and that, historically, the National Congress has been bound by a political climate—characterized by legal positivism and opposition to social rights—those dates back to the era of the Military Dictatorship (1964–1985).

Keywords: Brazilian Constitution of 1988; Legislative Omission; Efficacy of Social Rights

Introducción

El debate sobre la efectividad de las normas constitucionales aborda un problema clásico del derecho constitucional: el contraste entre su contenido formal y material, es decir, el conflicto entre sus disposiciones y su aplicación efectiva, entre su teoría y su efecto práctico. Este problema encuentra apoyo en la denominada inercia legislativa, caracterizada por la omisión del poder legislativo ante un mandato constitucional que exige específicamente legislación. Las normas constitucionales que requieren legislación posterior para su efectividad son caracterizadas por José Afonso da Silva (2004) como normas de efectividad limitada, y en treinta y cinco años de la Constitución Federal de 1988, numerosas normas permanecen sin regulación legal y, por consiguiente, sin efectividad práctica.

La cuestión investigada en esta investigación fueron las razones que dan lugar a la inercia legislativa ante un mandato constitucional, buscando comprender primero el mandato constitucional en sí mismo —si existe obligación legislativa por parte del legislador— y posteriormente qué aspectos históricos y políticos influyen en la inercia legislativa en la práctica, así como analizar la actual falta de regulación de normas constitucionales específicas. El tema es relevante para el debate social y jurídico sobre la efectividad práctica de las normas constitucionales, dado que Brasil es un país con gran desigualdad social y deficiencias en la aplicación práctica de sus textos legales, lo que genera un sentimiento de insatisfacción social con la Constitución y el sistema jurídico en su conjunto, e impide el ejercicio efectivo de los derechos ya

consagrados en el texto constitucional.

El objetivo central de esta investigación fue desarrollar un estudio que analizara la falta de leyes reguladoras para las normas constitucionales que requieren la intervención del poder legislativo, buscando comprender las razones legales, históricas y políticas que dan lugar a esta omisión legislativa. Como objetivos específicos, se buscó describir cómo la Constitución Federal de 1988 consagró normas de efectividad limitada en relación con el mandato constitucional y su carácter vinculante, así como analizar la historia de la transición democrática brasileña a la luz de la coyuntura política establecida en ese momento, y delimitar las normas constitucionales vigentes que carecen de una ley reguladora.

Para la elaboración del texto, se empleó el método hipotético-deductivo, mediante un enfoque cualitativo combinado con una investigación bibliográfica centrada en la contribución teórica de trabajos científicos previos sobre el tema, así como en doctrinas del derecho

constitucional. Además, se contó con el apoyo del análisis de disposiciones constitucionales específicas, decisiones judiciales y encuestas realizadas por la Cámara de Diputados y los organismos de investigación Departamento Interuniversitario de Estadística y Estudios Socioeconómicos (DIEESE) y SmartLab. Asimismo, se utilizó como eje central el concepto de normas de eficacia limitada, basado en la teoría del profesor José Afonso da Silva.

El trabajo se estructuró en tres secciones. En la primera, se introdujo el problema de la eficacia de las normas constitucionales y las discusiones doctrinales al respecto. Se presentó el concepto de normas de eficacia limitada y se analizó la obligación de legislar. Finalmente, se abordó el número de normas constitucionales que aún no están reguladas, a través de una encuesta realizada por la Cámara de Diputados. En la segunda sesión, se exploraron estudios en el campo de la filosofía del derecho para abordar la influencia del positivismo jurídico, con el fin de resaltar la materialidad del

derecho más allá de la norma codificada. Este aspecto material se dividió en tres partes: el aspecto histórico, la voluntad política establecida y el derecho en su aplicación. Se analizó la historia de la falta de efectividad de los derechos sociales en el mundo y en Brasil, demostrando la dificultad de implementar estos derechos durante la transición democrática. Posteriormente, se demostró la persistencia de fuerzas vinculadas al período militar durante la transición democrática en Brasil, resaltando la correlación de fuerzas a través de un análisis de la situación política de los partidos políticos en el Congreso Nacional.

En aquel momento, se abordaron los derechos con efectividad social práctica y cómo estos pueden impedir la realización de otros, resaltando la consagración del principio de discrecionalidad legislativa y el principio de reserva de lo posible en el ordenamiento jurídico brasileño. En la tercera sesión, el enfoque se centró en los derechos sociales y cómo estos se ven perjudicados por la falta de regulación, presentando cinco

normas constitucionales que carecen de ley y poseen contenido social: la huelga en el servicio público; la protección del trabajador frente a la automatización; la remuneración adicional por actividades arduas; la expropiación de tierras con mano de obra esclava; y la prohibición del despido arbitrario del dirigente sindical.

1. La Constitución Federal de 1988 y las normas de eficacia limitada

En Brasil, el debate sobre la eficacia de la Constitución Federal suele adoptar una forma crítica, señalando el contraste entre la idea de justicia social expresada en el texto y las injusticias que se materializan en la realidad social. Este contraste refleja el problema entre forma y eficacia presente en el Derecho Constitucional. Esto no podría ser de otra manera si consideramos que el constitucionalismo, en su dimensión histórica, tanto en Brasil como en el mundo, ha lidiado con el conflicto constante entre los aspectos políticos y jurídicos de la Constitución, así como entre su contenido formal y material.

Por lo tanto, se han consolidado en

el país estudios doctrinales sobre la eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales, esenciales para comprender las razones que dan lugar a la disonancia entre el programa propuesto por la Constitución Federal y el contexto social brasileño, ayudándonos a entender algunas de las razones de la distancia entre la «letra de la ley» y su práctica.

Específicamente entre las normas constitucionales, aquellas que requieren la acción posterior del Poder Legislativo para la elaboración de leyes que garanticen su aplicación efectiva, cobran especial relevancia en este debate, sobre todo cuando se prevén desde la promulgación de la Constitución, pero ni siquiera se presentan proyectos de ley en el Congreso Nacional para su regulación y consiguiente efectividad práctica, evidenciando así la brecha entre la teoría y la realidad.

En estas situaciones, resulta imperativo cuestionar la legitimidad del carácter programático de las normas, considerando que, a primera vista, cuando la Constitución

establece expresamente que una medida debe adoptarse "de conformidad con la ley", esta ley debería —o al menos aparenta— crearse para instituir la medida constitucionalmente prevista. Por lo tanto, si no existe una ley, y por ende no hay garantía de que la medida constitucional se adopte, la expresión de dicha norma en el texto constitucional resulta insuficiente y no vinculante, lo que puede generar una sensación de ineficiencia en relación con todo el sistema normativo brasileño.

En este punto, la aparente contradicción en la existencia de una norma que el Estado podría no cumplir plenamente merece especial atención. Esto se debe a que el mandato insertado por el constituyente original para activar el poder legislativo puede entenderse como una obligación impuesta al legislador, pero también como una facultad. Por lo tanto, es necesario diferenciar entre dos hipótesis: el deber de legislar para integrar plenamente la Constitución Federal, en contraposición a la facultad de legislar en relación con hipótesis

constitucionales que no imponen una obligación o deber al legislador (Leite, 2020).

Asimismo, la construcción histórica del constitucionalismo y el desarrollo de las constituciones nos han conducido hasta aquí, con un vínculo íntimo entre el problema de la naturaleza y la eficacia de las normas constitucionales y la determinación del contenido doctrinal de las constituciones. Al concebirlas en su dimensión histórica, es posible comprender sus instintos y propósitos (Bonavides, 2020).

1.1 la eficacia de las normas constitucionales

Tomando como objeto la evolución histórico-política del derecho constitucional, Bonavides (2020) observa que el surgimiento de las primeras declaraciones de derechos —que sentarían las bases para su posterior desarrollo en forma de constituciones— se produce con un carácter meramente político y formal, constituyendo un simple conjunto de principios generales y abstractos, desprovistos de naturaleza jurídica. Es solo durante

la consolidación de la denominada segunda fase de las constituciones liberales que estas adquieren carácter jurídico y pierden su naturaleza meramente política, transformando los derechos enunciados en derechos positivos y exigibles. Este proceso resulta del hecho de que dichas constituciones se centraron únicamente en regular el poder estatal y los derechos individuales, sin regular la sociedad misma en su ámbito material.

Con la llegada de ideas que desafiaban el credo político de la sociedad burguesa, que hasta entonces ostentaba el monopolio ideológico de los principios consagrados en las constituciones, la inestabilidad y el compromiso marcaron el surgimiento del constitucionalismo social, que buscaba formas de equilibrio y transacción en la ideología del Estado social. Este constitucionalismo introdujo por primera vez derechos relativos a las relaciones de producción, el trabajo, la educación, la cultura y la seguridad social —derechos sociales—, si bien insertados en

declaraciones con obstáculos mucho mayores para su aplicación que los antiguos derechos individuales liberales. De este modo, al intentar abarcar toda la esfera material de la sociedad, las constituciones sociales sufrieron un declive en su grado de juridicidad, que se reflejó en la programaticidad, los postulados abstractos y las tesis doctrinales. (Bonavides, 2020).

Así pues, cabe señalar que la controversia en torno a la programaticidad de las constituciones es un tema recurrente a lo largo de su historia, con una gran influencia en la génesis de las constituciones y, posteriormente, en el constitucionalismo social.

El problema de la naturaleza jurídica de la norma frente a su naturaleza programática ha sido objeto de debate desde la primera fase del constitucionalismo liberal, cuando los constitucionalistas estadounidenses realizaron las primeras clasificaciones de normas constitucionales, que posteriormente tuvieron importantes repercusiones teóricas en Brasil, a través de Rui Barbosa, quien llevó a cabo las

primeras clasificaciones brasileñas (Leite, 2020).

Sin embargo, en Brasil, la historia del debate sobre la disparidad entre la forma de la constitución y la realidad social se remonta al siglo XIX, a la Constitución Imperial de 1824. José Antonio Pimenta Bueno (1857), publicista de la época, escribe:

En efecto, la constitución en sí misma no es más que un símbolo de esperanzas halagadoras. Es el grandioso frontispicio del edificio representativo, que, para no ser una mera decoración aislada, exige sus pilares de seguridad, sus espacios interiores, que salvaguardan los derechos públicos e individuales, que sirven como talleres de prosperidad social.

[...] Por eso, la libertad y el bienestar de un pueblo dependen esencialmente de leyes reguladoras bien ejecutadas, del desarrollo práctico de su constitución; de lo contrario, solo tendrán el derecho a ser felices, pero no la felicidad, y el hecho es mejor

que el mero derecho.

¿De qué sirve o valor una promesa constitucional de amplia libertad personal o industrial, de asociación o de prensa, si las leyes reguladoras correspondientes, o en su ausencia los actos de la administración frustran estas predicciones (Bueno, 1857, pp. 45-46, citado por Leite, 2020, pp. 42-43)?

Así, al percibir la incongruencia entre el texto legal y la realidad material, en un país con contradicciones arraigadas en sus documentos políticos desde el siglo XIX, la sociedad brasileña se ha preocupado durante mucho tiempo por la efectividad de las normas constitucionales, dado que un texto constitucional desprovisto de efectividad normativa es inútil (Leite, 2020)

1.1.1 Clasificación de José Afonso da Silva

En Brasil, varios autores en el campo del derecho constitucional se han centrado en clasificar las normas constitucionales según criterios de

efectividad y aplicabilidad. Uno de los primeros juristas brasileños en formular su propia clasificación autónoma de normas constitucionales fue el profesor José Afonso da Silva.

Para Silva (2008), la Constitución de 1988 se ajusta al concepto de constitución orientadora, ya que está dirigida a fines y programas de acción futura en el sentido de una orientación democrática. Así, las conciliaciones entre los logros liberales y la evolución política del contenido social hacen que la redacción de las normas sea muy imprecisa, comprometiendo su efectividad y aplicabilidad inmediata, dado que requiere medidas adicionales para surtir efecto. Sin embargo, considera que no existen normas constitucionales de mero valor moral; un principio insertado en una Constitución rígida adquiere una dimensión jurídica, incluso aquellos de carácter más ideológico-programático, y, por lo tanto, no existe ninguna norma constitucional desprovista de efectividad.

Sin embargo, el autor señala dos significados para la palabra efectividad: (a) efectividad social, que

se refiere a la norma efectivamente obedecida y aplicada, es decir, a la conducta humana efectiva; y (b) efectividad jurídica, que se expresa en la capacidad/potencial de producir, en mayor o menor grado, efectos legales. Así, incluso si toda norma constitucional posee un mínimo de efectividad jurídica, existe la posibilidad de que carezca de efectividad social, es decir, que no se manifieste en la práctica de la realidad social brasileña. Si bien toda norma posee efectividad, lo que las diferencia es el grado de sus efectos jurídicos (Silva, 2008).

Así, al analizar las primeras corrientes doctrinales en Estados Unidos y posteriormente en Italia, Silva concluye que las constituciones prevén un determinado tipo de norma que debe ser debidamente desarrollada y aplicada por el legislador ordinario; reglas que no pueden ni deben entrar en los detalles de su aplicación, y que, por lo tanto, su efectividad no se manifiesta en la plenitud de los efectos jurídicos previstos por el constituyente hasta que se emite una norma jurídica ejecutiva ordinaria o complementaria,

según lo previsto o requerido (Silva, 2008).

Es en este contexto que crea su propia clasificación de normas constitucionales en cuanto a su efectividad, considerándolas en función de una triple característica y distinguiéndolas en tres categorías: normas de plena efectividad; normas de efectividad contenida; y normas de efectividad limitada. Estas últimas disposiciones constituyen el objeto de la presente investigación, en la que se definen como:

“todas aquellas que, al entrar en vigor, no producen todos sus efectos esenciales, porque el legislador constituyente, por la razón que sea, no estableció la reglamentación suficiente al respecto, dejando esta tarea al legislador ordinario o a otro órgano del Estado” (Silva, 2004, págs. 82-83).

1.1.2 Obligación de legislar: ¿deber o potestad?

Silva (2004), además de clasificar las normas constitucionales, también aborda el problema de la naturaleza

de la obligación constitucionalmente impuesta al legislador de emitir normas integradoras, es decir, hasta qué punto un mandato constitucional puede o no limitar al legislador a legislar. De este modo, se señala que, en virtud del párrafo 2 del artículo 103 de la Constitución de 1988, la omisión legislativa constituye una conducta inconstitucional, sujeta a revisión y control judicial:

«§2. Cuando se declare la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva una norma constitucional, se notificará al Poder competente para que adopte las medidas necesarias [...]» (Silva, 2004, p. 129).

Por lo tanto, existe la obligación de legislar, pero dado que constituye una mera notificación dirigida al poder legislativo, puede resultar ineficaz, considerando que los términos establecidos en este artículo consagran intacto el principio de discrecionalidad legislativa, el cual, expresado en la autonomía del órgano legislativo, le permite omitir un mandato constitucional, precisamente como consecuencia de

que dicho mandato no prevé ninguna sanción específica en caso de tal omisión.

Sin embargo, esto no impide que las sentencias emitidas por el poder judicial, que reconocen la omisión constitucional, resuelvan inmediatamente la cuestión normativamente sobre el asunto omitido, para que tengan validez con efectos jurídicos hasta que se cumpla la omisión legislativa. En palabras del profesor: «Con esto se reconciliarían el principio político de la autonomía del legislador y la exigencia del cumplimiento efectivo de las normas constitucionales» (Silva, 2013, p. 51). Por lo tanto, el poder judicial, al tener la legitimidad para llenar el vacío dejado por el Congreso Nacional, puede constituir una de las vías susceptibles de integración normativa.

Las sentencias capaces de llenar el vacío legislativo son las que resultan de dos instrumentos normativos vigentes en la Constitución Federal: la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, materializada en el artículo 103, caput y §2 citados anteriormente; y el auto de

incomparecencia, previsto en el artículo 5, LXXI. Estas dos garantías constitucionales se configuran como medios jurídico-institucionales para la supresión de la omisión legislativa frente a un mandato constitucional, que, no obstante, resultan en la declaración del deber. Se demuestra que las facultades para legislar son insuficientes porque constituyen mero conocimiento para el poder legislativo. (Leite, 2020).

Así pues, se concluye que el mandato constitucional pretende obligar al legislador a actuar, a la vez que le permite abstenerse de hacerlo, intentando consagrar simultáneamente el principio de autonomía legislativa y la separación de poderes con la exigencia del cumplimiento efectivo y la integración de las normas constitucionales. De este modo, el mandato constitucional se reviste de normatividad jurídica e incluso puede generar efectos jurídicos prácticos —mediante una sentencia con fuerza normativa—, pero no alcanza su objetivo declarado: revestirse de normatividad jurídica a través del proceso legislativo.

Sucede que la limitada eficacia de estas normas sigue siendo limitada incluso cuando se adquieren efectos prácticos mediante una sentencia judicial, debido a la disparidad jerárquica entre la normatividad de una decisión judicial y la de una ley, así como a la falta de legitimidad social de una decisión del Tribunal Supremo. Federal con fuerza normativa, dado que la función, a priori, del tribunal no sería «legislar» en lugar del Congreso Nacional, tema que Leite (2020, p. 15) aborda, por ejemplo, como parte de los «fenómenos de la judicialización de la política, la interpretación constitucional, el activismo judicial y sus límites».

En resumen, si bien debe respetarse la separación de poderes y la autonomía legislativa, la Constitución Federal, al hacerlo, obstaculiza un objetivo intrínsecamente contenido en sí misma: la caracterización de su normatividad, coercitividad, efectividad y su materialización en la sociedad brasileña. De tal manera que, al respetar ciertos principios contenidos en su ordenamiento jurídico, no logra implementar los

mandatos contruidos y promulgados por el poder constituyente, un poder que, en palabras de Bulos (2021, p. 394), sería "[...]la máxima expresión del fenómeno político del poder. Su importancia es tal que, si no existiera, no habría constitución y, por consiguiente, no habría ordenamiento jurídico. Por lo tanto, existe un compromiso sustancial asumido por la Constitución, en relación con su efectividad, para que pueda garantizar el orden constitucional y los principios ya consolidados.

1.1 Treinta y cinco años de la Constitución Federal: ejemplos de inercia legislativa

Según una encuesta realizada por la Cámara de Diputados (2024), actualmente existen 199 disposiciones constitucionales no reguladas en Brasil, de las cuales 94 cuentan con propuestas presentadas en la Cámara de Diputados y 105 no han sido objeto de propuestas en el órgano legislativo.

La encuesta revela que, entre los títulos que subdividen el cuerpo de la Constitución Federal, el Título II – Derechos Fundamentales y Garantías (Artículos 5-17) cuenta

actualmente con 15 disposiciones no reguladas por ley, a pesar de su importancia. Entre estos se encuentran 7 derechos y deberes individuales y colectivos previstos en el Artículo 5 (ítems VI, XV, XVIII, XXXVIII, XLVI, LI y LXI) y otros 6 derechos previstos en el capítulo sobre derechos sociales (Artículo 6, párrafo único; Artículo 7, ítems I, XXIII y XXVII; y Artículo 8, ítems IV y VII). Además, el Título VIII – Orden Social, contiene un total de 22 disposiciones que aún no se han regulado.

Así pues, considerando que la Constitución buscó abordar tanto la cuestión de su implementación práctica como los principios que garantizan la autonomía del legislador para guardar silencio, como se mencionó anteriormente, se concluye que un aspecto importante en el análisis de la efectividad de las normas constitucionales es la voluntad política del legislador, ya que si las garantías constitucionales para la integración normativa a través del poder judicial son insuficientes, entonces, en última instancia, solo el poder legislativo podrá otorgar efectividad normativa legal y, por

consiguiente, social a ciertos derechos, sin descuidar la influencia ejercida por el poder ejecutivo mediante la propuesta de proyectos de ley y medidas provisionales.

De este modo, otro aspecto importante es el contenido político de las normas no reguladas, que resulta fundamental para comprender por qué estas, en concreto, no han sido reguladas, a pesar de que han transcurrido 35 años desde la promulgación de la Constitución y de que muchas otras normas ya se han incorporado normativamente a la ley (281 disposiciones ya reguladas según datos de la Cámara).

Como ejemplo, consideremos la norma expresada en el apartado I del artículo 7 de la Constitución Federal:

Artículo 7. Los siguientes son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros destinados a mejorar su condición social:

I - Relación laboral protegida contra el despido arbitrario o injustificado, en virtud de una ley complementaria que prevea, entre otros derechos, la indemnización compensatoria. (Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988).

La ley complementaria a la que se refiere la norma aún no ha sido aprobada por el Congreso Nacional y, por lo tanto, el derecho a una relación laboral protegida contra el despido arbitrario o injustificado carece de una regulación infraconstitucional sólida. Es evidente que, debido a la frecuencia con que se producen casos de despido arbitrario y a las necesidades materiales de la clase trabajadora, la norma se regula provisionalmente en la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT), en su artículo 10, encabezado y cláusulas:

Artículo 10. Hasta que se promulgue la ley complementaria a que se refiere el artículo 7, inciso I, de la Constitución Federal:

I - La protección a que se refiere se limita a un incremento, hasta cuatro veces, del porcentaje previsto en el artículo 6, encabezado y § 1, de la Ley N° 5.107, de 13 de septiembre de 1966;

II - Se prohíbe el despido arbitrario o sin justa causa [...]

Con base en este artículo, que enumera los impuestos establecidos por la Unión, la Asamblea Constituyente original se propuso crear un impuesto aplicable a las "grandes fortunas", reservando su aplicación para una futura ley complementaria. Así, de los siete impuestos que debería establecer la Unión, solo uno, el impuesto sobre las grandes fortunas, aún no se ha establecido y, por lo tanto, nunca se ha recaudado. Se trata también de un impuesto que, de instituirse, estaría vinculado al Fondo para la Lucha y Erradicación de la Pobreza, según el artículo 80 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT), constituyendo así una redistribución directa de la renta:

Artículo 80. El Fondo para la Lucha y Erradicación de la Pobreza se compone de:

[...]

III - los ingresos procedentes de la recaudación del impuesto a que se refiere el artículo 153, apartado VII, de la Constitución;

De este modo, se demuestra que el contenido político de las

normas constitucionales, en su estrecha relación con la voluntad del legislador de actuar o no en favor de dicho contenido, constituye causa de omisión e inercia legislativa ante el mandato que exige la integración normativa infraconstitucional.

2. El aspecto material del problema de la eficacia

Se ha demostrado que, más allá de una explicación basada en el análisis de la forma de la norma, existen otros aspectos que influyen en el problema de la eficacia de las normas constitucionales, como los aspectos políticos mencionados anteriormente: el contenido político de la norma y la voluntad del legislador, estrechamente vinculados a aspectos históricos. En otras palabras, para encontrar las razones de la inercia legislativa, es necesario ir más allá de la mera discusión doctrinal sobre la clasificación de las normas constitucionales y profundizar en otros aspectos de lo que constituye el derecho.

La idea de que el derecho no se limita

a lo consagrado en las normas jurídicas surge de la crítica al positivismo jurídico presente en el debate sobre la filosofía del derecho. En este sentido, Mascaro (2018) caracteriza la cosmovisión positivista jurídica como la más común en el pensamiento jurídico contemporáneo, resultado de la expresión inmediata del dominio burgués sobre el Estado, caracterizada por una visión que convierte la acción jurídica en una acción técnica, desprovista de contenido más allá de la norma misma.

[...] La filosofía burguesa del derecho, basada en el estatismo, el positivismo jurídico y una cosmovisión liberal, entiende el derecho como una mera y continua técnica para operar instrumentos jurídicos. [...] Todo lo que sea mayor, más amplio y abarcador que esta teoría general de las técnicas jurídicas es aborrecido como no jurídico. Existe una aversión al pensamiento jurídico que se relaciona con la verdad social. Para los pensadores de esta

gran corriente de pensamiento, el fenómeno jurídico se limita, por excelencia, únicamente a la técnica jurídica. (Mascaro, 2018, p. 327)

Así, autores que se identifican con la cosmovisión positivista jurídica comparten la idea de que el derecho se limita a la normatividad jurídica, como Hans Kelsen: «el único objeto del conocimiento jurídico es la norma» (Kelsen, 2011, p. 72); y Norberto Bobbio: «[...]con la formación del Estado moderno, no solo el derecho se convirtió en la única fuente del derecho, sino que el derecho legislativo estatal se convirtió en el único orden normativo, el único sistema para regular el comportamiento humano en la sociedad;[...]» (Bobbio, 1995, p. 226). Sin embargo, las perspectivas positivistas no jurídicas dentro del ámbito del derecho argumentan en contra de la idea de que este se basa únicamente en normas jurídicas. Estas perspectivas fueron expresadas por autores como Carl Schmitt y Foucault, quienes explicaron la dinámica del derecho aportando concepciones que van más

allá de la técnica legislativa.

Schmitt analiza que la ley emana del Estado a través de su poder de decisión, y no solo a través del marco legal estandarizado (Mascaro, 2018, p. 418), por lo que, en la materialización de la ley en la realidad social, la decisión de quien está en el poder importa más que el aparato legal en sí. Por otro lado, Foucault analiza que existen poderes no atestiguados por la norma que influyen en el ámbito jurídico al imponer relaciones de dominación y sujeción, y, por lo tanto, es necesario buscar el derecho analizando esta dinámica de imposición, a la que denomina la microfísica del poder (Mascaro, 2018, p. 436).

Además, más allá de las perspectivas puramente no positivistas, existen visiones críticas del derecho, basadas en el pensamiento marxista, que no se centran en comprender la estructura que legitima el derecho, sino en comprenderlo en su manifestación concreta, trascendiendo la norma positivizada y enfocándose en comprender la materialidad en la que se manifiesta.

Así pues:

El pensamiento marxista, con respecto al derecho, no se preocupa por comprender la estructura que lo legitima, sino que busca comprenderlo en su manifestación concreta. Marx supera el dogmatismo jurídico normativo para adentrarse en la historicidad, en el materialismo histórico. Si bien el positivismo jurídico fundamenta su campo de estudio en el derecho positivo, originado en el Estado y reducido a él, la lectura del derecho desde una perspectiva no positivista y marxista amplía su campo de estudio y comprensión más allá de esta frontera limitante, reduccionista y conservadora (Sperandio, 2020, p. 60).

Mascaro, seguidor de la teoría jurídica crítica, define la forma política como «la reproducción de un conjunto de relaciones externas a la forma estatal misma que le confieren dicha condición» (Mascaro, 2013, p. 26). Es decir, entiende que, más allá de la institucionalidad, las normas y la

formalidad, existen relaciones que emanan del tejido social, y estas son las que, de hecho, definen la forma política, incluido el derecho.

Por lo tanto, resulta evidente que existe un elemento de materialidad en el derecho, un elemento que se explica a través de teorías no positivistas e incluso de la teoría crítica. Deduciremos entonces que esta materialidad es lo que se expresa en la realidad, lo que se materializa en la sociedad más allá de la letra de la ley, resultado de aspectos como la decisión de un líder, las relaciones de poder invisibles o incluso la lucha de clases.

Para analizar el problema de la eficacia de las normas constitucionales, es necesario mirar más allá...

2.1 El aspecto histórico de la consolidación de los derechos sociales

Desde una perspectiva histórica, el problema de la efectividad de las normas constitucionales adquiere un carácter político, ya que los derechos sociales no se garantizaban de la misma manera que los derechos liberales, dado que en la transición al

constitucionalismo social ya existían poderes establecidos y un orden imperante que se pretendía mantener.

En este sentido, la Constitución Federal Brasileña de 1988 se considera una Constitución del Estado Social (Bonavides, 2021, p. 379), es decir, prevé acciones positivas del Estado para garantizar sus derechos fundamentales, entre los que se incluyen no solo la lista de derechos liberales clásicos (propiedad, libertad, igualdad formal, etc.), sino también los derechos sociales (del trabajador, asistencia social, salud, educación).

Sin embargo, la historia del surgimiento de los derechos sociales que ahora se incluyen en nuestro texto constitucional como derechos fundamentales es producto de la sociedad industrial y, por lo tanto, está marcada por conflictos, un contenido dinámico, pluralismo y la tensión entre igualdad y libertad. Esto dio lugar a cartas políticas repletas de contenido programático que, al prever la acción positiva del Estado, encontraron limitaciones en su ejecución. En este sentido, Bonavides

(2021, p. 385) comenta: «Los derechos sociales fundamentales, como bien señaló Leibholz, pertenecían al ámbito de los derechos que el Estado “concede” (gewährt) pero no “garantiza” (gewährleistet)». Las limitaciones en la ejecución de ciertos derechos en relación con otros caracterizan el problema de la eficacia constitucional como un problema político, dado que los derechos sociales tenían limitaciones en su realización precisamente porque eran derechos que antagonizaban la posición ideológica preestablecida, a saber, la posición liberal, y que se intentaban alcanzar mediante los instrumentos ya establecidos por el constitucionalismo liberal.

Engels y Kautsky (2012), destacados teóricos que influyeron en los logros de los derechos sociales, ya lo atestiguaron en 1887:

Así como la burguesía, en su lucha contra la nobleza, arrastró durante un tiempo la concepción teológica tradicional del mundo, el proletariado también recibió inicialmente la concepción

jurídica de su adversario e intentó utilizarla en contra de la burguesía (Engels, Kautsky, 2012, p. 19).

A medida que el constitucionalismo social ganaba terreno y se consolidaba, el carácter programático de las cartas constitucionales también se acentuaba. Los nuevos derechos se imbuían de un aspecto positivista y formal. Se enunciaban, pero no se garantizaban realmente; estaban contenidos en la norma, pero no en la materialidad de la vida social.

La inclusión de los derechos sociales en las normas programáticas se caracterizó como un compromiso entre el orden existente y las nuevas presiones sociales, buscando formas de equilibrio entre las ideologías que ahora convergían en un Estado de derecho social:

“La inestabilidad y el compromiso, por el contrario, marcan el constitucionalismo social desde sus inicios, fragilizando los fundamentos de las Constituciones, que, desde el primer periodo de posguerra del siglo XX, buscan formas de equilibrio y

transacción en la ideología del Estado social. La tregua constitucional en medio del conflicto ideológico se logró únicamente gracias a las fórmulas programáticas introducidas en los textos de las Constituciones [...]” (Bonavides, 2020, p. 236).

En otras palabras, la forma en que se codificaron los derechos sociales sirvió como una especie de «tregua» ideológica entre dos ideologías jurídicas antagónicas, una preestablecida y otra nueva, en la que la forma jurídica, expresada en sí misma, sin efectividad práctica, sirvió de máscara para los problemas que se pretendían resolver. Estas declaraciones se encubrieron precisamente con una noción positivista del derecho para que los sentimientos de clase antagónicos se sintieran igualados por la normatividad jurídica y, por lo tanto, igualados en la realidad: «Da la falsa impresión de igualdad. Falsa, porque no es más que una igualdad formal. En esencia, existe una sujeción del sujeto trabajador en relación con el sujeto propietario de los medios de

producción, en este caso, el capitalista» (SPERANDIO, 2020).

Así pues, resulta evidente que el uso de una visión positivista puramente jurídica también sirvió como mecanismo para mantener el orden existente, mediante un compromiso con las demandas sociales, expresado en la promesa de garantizar los derechos sociales en algún momento futuro, pero no de inmediato.

El caso de Brasil no fue diferente; en su camino hacia la consolidación del constitucionalismo social, lo hizo mediante promesas futuras expresadas en normas de eficacia limitada, en un contexto social en el que la sociedad brasileña clamaba por el progreso social, pero se encontraba históricamente situada en un período posdictatorial. En este nuevo camino, los poderes que guiaban el antiguo orden también disputaron el nuevo orden y, por lo tanto, influyeron directamente en el proceso constituyente para garantizar.

En este sentido, según Codato (2005, p. 83):

[...] es necesario destacar las

condiciones políticas e ideológicas que rigieron el proceso de construcción de la democracia política en Brasil durante la última década. La historia reciente constituye el telón de fondo del largo e irregular proceso de construcción de un orden liberal-democrático a partir de los restos de la dictadura militar. Por lo tanto, es importante señalar esta dimensión, tanto por su ausencia en algunos análisis formalistas de la transición/consolidación, como por la presencia incidental de ciertos “hechos” en determinadas narrativas, reducidos a meros ejemplos para ilustrar un postulado o confirmar una “teoría”.

Brasil emergió de la dictadura militar no mediante el derrocamiento de un gobierno ni el surgimiento de un movimiento popular, sino mediante el compromiso con una transición democrática lenta y gradual, bajo la dirección del gobierno ya en el poder, la cual se limitó para no dar cabida a

una ofensiva de la oposición. Así, el periodo de transición a la democracia (de 1974 a 1989) se prolongó más que el propio régimen militar (1964-1974), con una excepcional continuidad del autoritarismo en las instituciones que debían ser transitorias (Codato, 2005).

El inicio de lo que se considera la transición a un régimen democrático se produjo con el anuncio de la política de modificación del régimen, presentada por el presidente Geisel poco después de su investidura en 1974. Esta política fue resultado de reajustes entre políticos y militares y de la redefinición de las relaciones de poder entre las clases sociales y el estamento militar, evidenciada por la gran presencia de protestas de trabajadores de clase media y profesionales liberales (Codato, 2005).

Esta política surgió con el propósito declarado de promover la distensión, es decir, la relajación de los controles políticos, y fue mantenida por el siguiente presidente, Figueiredo, bajo el nombre de «política de apertura». Sin embargo, dado que los principales cargos ejecutivos en

manos de los militares nunca fueron cuestionados, las crisis políticas no bastaron para revocar el monopolio político del gobierno por parte de las Fuerzas Armadas, un hecho que constituye el rasgo fundamental de la institucionalización de la dictadura (Codato, 2005).

La transición democrática concluyó durante la administración de Sarney, el primer presidente no militar — aunque elegido indirectamente— mediante la política de oposición al régimen en 1986, la promulgación de la Constitución en 1988 y las elecciones presidenciales populares en 1989. No obstante, persistía la existencia de centros de poder específicos en el Estado brasileño, dotados de gran independencia y sin control político. En este sentido, Codato (2005, p. 101) cita tres ejemplos:

En el ámbito económico, seguía vigente el esquema de "superministerios", como en la dictadura, ahora representado por la tríada Banco Central, Consejo de Política Monetaria y Ministerio de Hacienda. En el ámbito militar, se mantenían

tres «feudos burocráticos» intocables: la Oficina de Seguridad Institucional (antes Casa Militar), la Agencia Brasileña de Inteligencia (ABIN, antes Servicio Nacional de Información (SNI)) y el sistema de Justicia Militar. Finalmente, en el ámbito empresarial, [...] la norma era el contacto directo entre representantes influyentes del mundo de las grandes empresas y los responsables de la toma de decisiones estratégicas [...].

Asimismo, con respecto a la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución Federal de 1988, Bonavides señala la existencia de un poder constituyente de facto —sujeto a regresión— y un poder constituyente formal, caracterizado por el progreso. Esta disparidad de poderes al momento de crear una norma constitucional es lo que Bonavides clasifica como una crisis constituyente, la cual, a diferencia de una crisis constitucional (la mera falta de aplicación de la constitución), es una crisis del poder constituyente

mismo, «[...]un poder que, al reformar o redactar la constitución, se muestra en este acto completamente impotente para erradicar la raíz de los males políticos y sociales que aquejan al Estado, al régimen, a las instituciones y a la sociedad[...]» (Bonavides, 2020, p. 392).

A continuación, profundizaremos en el segundo aspecto material del derecho que se analizará: la voluntad política establecida en el orden vigente.

2.2. La voluntad política establecida en la transición democrática

Como consecuencia del contexto histórico, durante el período militar la voluntad política establecida estuvo en manos de los militares. En la transición hacia un período democrático gradual e ininterrumpido como el brasileño, se espera que la voluntad política establecida en el Estado se mantenga, en cierta medida, inalterada.

Al inicio del período militar, en octubre de 1965, el Acta Institucional n.º 2 dispuso la organización de los partidos políticos y extinguió los trece partidos políticos brasileños,

poniendo fin al multipartidismo en Brasil. Finalmente, en marzo de 1966, se inició el período de bipartidismo político, en el que solo dos partidos conformaban el abanico de posibilidades dentro de la política brasileña: la Alianza Renovadora Nacional (ARENA), el partido gobernante, y el Movimiento Democrático Brasileño (MDB), el partido de oposición autorizado por los militares (Napolitano, 2014).

Así, es posible, a través del preámbulo del Acta Institucional N° 2, verificar el uso del positivismo jurídico de la época como herramienta útil para validar un sistema democrático:

A LA NACIÓN

La Revolución es un movimiento que surgió de la inspiración del pueblo brasileño para satisfacer sus aspiraciones más legítimas: erradicar una situación de desgobierno que sumía al país en la corrupción y la subversión. [...] Lo que sucedió y seguirá sucediendo, no solo en el espíritu y la conducta de las fuerzas armadas, sino también en la opinión pública

nacional, es una auténtica revolución. Y se enfatizó que:

a) se distingue de otros movimientos armados por el hecho de que traduce, no el interés y la voluntad de un grupo, sino el interés y la voluntad de la Nación;

b) la revolución, por lo tanto, se invierte en el ejercicio del Poder Constituyente, legitimándose por sí misma;

[...] La democracia presupone libertad, pero no excluye responsabilidad ni implica licencia para contradecir la propia vocación política de la Nación. La revolución, implementada para restaurar la paz, promover el bienestar del pueblo y preservar el honor nacional, es irreversible (Ley Institucional N° 02, del 27 de octubre de 1965).

Al comparar este texto legal con las garantías constitucionales de las que gozamos en nuestra vida cotidiana, resulta evidente que, en la práctica, el país no atravesaba un período de verdadera democracia, a pesar de que el texto legal lo declarara

expresamente. Así, aunque parezca contradictorio desde una perspectiva actual, esto ayuda a explicar cómo el gobierno militar adquirió legitimidad ante la población: mediante la declaración formal y legal de que sus acciones no solo eran democráticas, sino también legítimas y acordes con los intereses y la voluntad de la nación y del pueblo.

Posteriormente, la Ley N° 6.767, del 20 de diciembre de 1979, redujo los requisitos para la creación de partidos políticos en Brasil, permitiendo el resurgimiento del multipartidismo e imponiendo a los grupos políticos la obligación de incluir la palabra "partido" en su nombre. El MDB pasó a llamarse PMDB (Partido del Movimiento Democrático Brasileño), y el nombre ARENA desapareció, dando origen al PDS (Partido Socialdemócrata), que posteriormente perdió relevancia en la escena política brasileña ante el dominio del PMDB. Además, el Partido Popular (PP) se organizó con miembros del antiguo ARENA y del MDB, y más tarde se fusionó con el PMDB (NETO, 1989).

En los años siguientes, el PMDB dominó la representación partidista en el Congreso Nacional, alcanzando el 53,4% de la Cámara de Diputados, con 260 escaños de un total de 487, y el 77,6% del Senado Federal, con 38 escaños de un total de 49 durante 1986 (Schmitt, 2005).

Un año antes, en 1985, el presidente José Sarney presentó un proyecto de enmienda constitucional al Congreso Nacional para convocar una Asamblea Constituyente, que otorgaría poderes constituyentes al Congreso, en lugar de proponer una Asamblea unicameral exclusivamente para este fin. En otras palabras, las elecciones de 1986 definirían a los constituyentes originales de la Constitución Federal de 1988, dado que la Asamblea Nacional Constituyente funcionaba, en la práctica, como un Congreso Constituyente (Brandão, 2011).

Así, durante la creación de la Constitución Federal, de los 512 diputados constituyentes, 279 estaban afiliados al PMDB, lo que representa el 54% del total, mientras que, entre los senadores constituyentes, 43 pertenecían al

PMDB, lo que representa el 53% (Cámara de Diputados, 2024).

Con la llegada al poder de los presidentes Fernando Collor, Itamar Franco y Fernando Henrique Cardoso, destacaron las reformas orientadas al mercado, en consonancia con la creciente tendencia del neoliberalismo a nivel mundial. Sin embargo, estas reformas no se combinaron con las demandas de mayor ciudadanía y control social por parte del Estado, y tenían como condición previa el ordenamiento autoritario establecido por gobiernos anteriores. (Codato, 2005). En este sentido, existía una complementariedad entre el discurso ideológico.

2.3 El derecho eficaz

Dada la historia de la dificultad para hacer valer los derechos sociales y la influencia de la voluntad política establecida por esta historia, resta analizar otro aspecto material del derecho: el derecho hecho valer, es decir, el derecho que, además de estar expresamente garantizado en la letra de la Constitución, se expresa efectivamente en la realidad,

poseyendo eficacia social.

Sucede que, como resultado de los dos aspectos ya mencionados (historia y voluntad política establecida), existen ciertos derechos que se hacen valer y otros que no. En este punto, la atención debe centrarse en las normas constitucionales, las cuales expresan positivamente la enunciación de nuevos derechos sociales derivados del proceso constituyente, así como derechos ya garantizados y aplicados en el antiguo orden preconstitucional. En consecuencia, se expresan materialmente más a través de estos últimos que de los primeros, es decir, más a través de los derechos preestablecidos que de los nuevos, manteniendo así el orden social ya expresado por la voluntad política derivada de la historia.

Cuando nos encontramos con derechos que no se realizan, es importante prestar atención a los derechos ya existentes, porque, como vimos antes, la voluntad política establecida se mantiene en un proceso de transición constitucional mediante la realización o no de ciertos derechos, es decir, mediante

la discrecionalidad inherente a la decisión de crear o no una ley. El ordenamiento jurídico resultante de esta elección es el que proporcionará o no una base sólida para el mantenimiento del antiguo orden y, a su vez, garantizará la resistencia a los impulsos de un nuevo orden.

En este sentido, algunos principios contenidos en nuestra legislación ejemplifican esta situación, ya que poseen una eficacia más marcada que ciertas normas constitucionales.

En primer lugar, como ya se mencionó, el principio de discrecionalidad legislativa, que garantiza al legislador autonomía para promulgar leyes, lo cual, a primera vista, parece evidente, pero, a la luz del problema de la eficacia de las normas constitucionales, se vuelve controvertido. Este principio garantiza que la autonomía legislativa sea tan amplia que el legislador no pueda ser obligado a promulgar leyes que regulen el texto constitucional (Leite, 2020); es decir, el legislador tiene la libertad de guardar silencio ante el mandato constitucional.

Como se mencionó anteriormente, el mandato constitucional busca tanto

obligar al legislador a actuar como permitirle no hacerlo. Por lo tanto, al consagrar este principio en su totalidad, existe la posibilidad de que ciertas normas constitucionales permanezcan sin implementarse.

El principio de discrecionalidad legislativa, por consiguiente, es más efectivo que, por ejemplo, el artículo 153, VII, de la Constitución Federal, analizado previamente. En consecuencia, el principio se convierte en un derecho efectivamente garantizado que, al implementarse, asegura que otros no lo sean. Por lo tanto, constituye un mecanismo para mantener la voluntad política históricamente establecida.

Asimismo, un principio que obstaculiza la implementación de los derechos sociales garantizados constitucionalmente es el principio de reserva de lo posible. Este principio se introdujo en Brasil siguiendo la tradición alemana, mediante una sentencia de la década de 1970 relativa a la constitucionalidad de las leyes que restringían el acceso a estudios superiores de medicina por agotamiento de la capacidad. La

decisión favoreció la restricción, entendiendo que un servicio exigido al Estado por un particular solo puede garantizarse mediante la reserva de lo posible, es decir, estableciendo lo que un individuo puede exigir racionalmente a la comunidad (Falsarella, 2012).

Así, al difundirse en Brasil, la teoría se convirtió en una justificación de la existencia de limitaciones a la realización de los derechos sociales, adoptando frecuentemente una forma distinta a la original, y entendiendo la reserva de lo posible como dependiente únicamente de la disponibilidad de recursos, y no en relación con la legitimidad de la demanda de un servicio entre el individuo y la colectividad (Falsarella, 2012). En este sentido, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 276) afirma: «la expresión “reserva de lo posible” busca identificar el fenómeno económico de la limitación de los recursos disponibles frente a las necesidades casi siempre infinitas que estos deben satisfacer».

Además, la importación de una teoría nacida en un país más desarrollado que Brasil presenta serios problemas

al aplicarse a nuestro ordenamiento jurídico, dado que la definición de lo que se puede o no se puede exigir a la sociedad solo puede sopesarse a la luz de las condiciones socioeconómicas de cada país y los recursos presupuestarios existentes (Nunes Junior, 2009, citado por Falsarella, 2012).

Brasil tiene mayores limitaciones presupuestarias que Alemania para la implementación de políticas necesarias para garantizar los derechos sociales, dado que, al no haber atravesado un período de desarrollo continuo, tiene menores ingresos.

3. La ineffectividad de los derechos sociales ante las omisiones legislativas

Considerando los aspectos materiales, centrémonos en la cuestión de los derechos sociales y las consecuencias de que, entre los derechos fundamentales, sean aquellos que más requieren la acción del Estado para su implementación. En primer lugar, es imprescindible definir este tipo específico de derechos. Uadi Lammego Bulos (2021, p. 832) los define como «las

libertades públicas que protegen a los menos favorecidos, brindándoles condiciones de vida más dignas y decentes, con la primacía de la igualdad real». Funcionan como obligaciones positivas legítimas de segunda generación [...]. El autor señala que son obligaciones positivas porque revelan una acción por parte de los órganos del Estado, al ser derechos de «crédito» que implican la facultad de exigir la acción estatal, guiada por el objetivo de garantizar la igualdad material, más allá de la formal. Por ello, considera que estos derechos tienen un carácter restrictivo o incluso limitado (Bulos, 2021). Como consecuencia lógica de su naturaleza, los derechos sociales requieren un carácter activo por parte del Estado, un carácter que necesariamente debe garantizar los cambios enumerados por la Asamblea Constituyente para el fin de las desigualdades sociales. Aquí radica el problema de su efectividad. A diferencia de una acción positiva que busca mantener el orden existente de una élite ya constituida —como en el caso de los esfuerzos por una transición democrática

gradual—, la acción positiva ahora requerida es antagónica al antiguo orden; no busca garantizar un orden o una democracia formalizada solo de palabra, sino una democracia verdaderamente material, es decir, la materialización del principio de igualdad. Y esta materialización está necesariamente asociada a una agenda progresista que históricamente ha... Se enfrentó a la resistencia de la élite brasileña, que, como hemos comentado, se mantuvo parcialmente establecida incluso después de la transición democrática. Por lo tanto, para que los derechos sociales se hagan efectivos, necesariamente dependen de la acción de un Estado que históricamente los ha negado.

3.1. Derechos sociales sin legalización

Entre las disposiciones constitucionales que aún no han sido reguladas, es decir, entre las normas de eficacia limitada que carecen de legislación, se encuentran actualmente 6 disposiciones pertenecientes al Capítulo II (sobre derechos sociales) y 22 disposiciones pertenecientes al Título VIII (sobre el

orden social).

Sin embargo, existen otras disposiciones sociales que no pertenecen a estas secciones de la Constitución, como el Artículo 37, VII (derecho de huelga para los empleados públicos).

Anteriormente, en este texto, se mencionaron dos ejemplos de derechos sociales estrechamente vinculados al problema de la inercia legislativa y a las demandas de los movimientos sociales que buscan su implementación: los artículos que prevén la creación de una ley para regular el despido arbitrario en el ámbito laboral (Artículo 7, I) y la institución de un impuesto sobre grandes fortunas vinculado al fondo para la erradicación de la pobreza (Artículo 153, VII).

A continuación, nos centraremos en otras disposiciones donde la falta de regulación también pone de manifiesto la dicotomía formalismo-materialismo del derecho constitucional en relación con los derechos sociales.

3.1.1 Huelgas en la Administración Pública

El artículo 37, apartado VII, establece:

Artículo 37. La administración pública, tanto directa como indirecta, de cualquiera de los Poderes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, deberá respetar los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, y, además, lo siguiente:

VII - El derecho de huelga se ejercerá en los términos y dentro de los límites definidos en la ley específica;

Esta disposición prevé la creación de una ley que regule las huelgas en el ámbito de la administración pública; sin embargo, esta ley nunca ha sido promulgada por el Congreso Nacional, lo que, en la práctica, resulta en una aplicación análoga de la Ley General de Huelga, según el Mandamus n.º 1. En el caso 670, dictado por la Corte Suprema Federal (2007), se estableció un plazo de 60 días para la promulgación de la ley a la que se refiere el artículo. Al término de dicho plazo, debido a la inercia legislativa, se consolidó la analogía.

En Brasil, las huelgas en el sector público son bastante frecuentes. Según el Departamento Intersindical de Estadística y Estudios Socioeconómicos (DIEESE), en los años 2017, 2018, 2019, 2022 y 2023, se registraron más huelgas en el sector público que en el privado, tanto en porcentaje de horas perdidas como en promedio, representando las huelgas en el sector público el 69,6% de las horas perdidas durante esos años.

Por lo tanto, la necesidad de regular esta norma es fundamental, dada la frecuencia y la presencia de huelgas en el sector público. Además, Sarlet (2012) señala que la asamblea constituyente consagró esta disposición en un capítulo aparte precisamente porque entendió que su régimen era diferente y, por lo tanto, tenía como objetivo crear una ley específica para el sujeto.

3.1.2. Protecciones para los trabajadores urbanos y rurales

En lo que respecta a los trabajadores, existe una falta de regulación en materia de trabajo extenuante y protección contra la automatización.

La ley establece:

Artículo 7. Los siguientes son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros destinados a mejorar su condición social:

XXIII - Remuneración adicional por actividades extenuantes, insalubres o peligrosas, según lo dispuesto por la ley;

XXVII - Protección contra la automatización, según lo dispuesto por la ley;

Por lo tanto, debido a la falta de regulación, el concepto de trabajo extenuante y su compensación adicional no existen en la legislación brasileña. Esta forma de actividad laboral sería:

“Aquella que se realiza hasta el agotamiento, con incomodidad, dolor, desgaste, concentración excesiva y monotonía en las tareas, lo que aniquila el interés, llevando al trabajador al agotamiento de sus energías, extinguendo el placer entre la vida laboral y las actividades a realizar, generando sufrimiento, que puede manifestarse con dos

síntomas principales: insatisfacción y ansiedad”.
(MARQUES, p. 64, 2007)

Asimismo, la protección contra la automatización, un tema cada vez más presente en los debates sobre Derecho Laboral (Correa, 2023), aún no está regulada en Brasil.

3.1.3 Expropiación de tierras con trabajo esclavo encontrado

El artículo 243 de la Constitución Federal contiene la única disposición sobre expropiación de tierras en el texto constitucional brasileño, que establece:

Artículo 243. Las propiedades rurales y urbanas en cualquier región del país donde se encuentren cultivos ilegales de plantas psicotrópicas o donde se explote trabajo esclavo, según lo define la ley, serán expropiadas y asignadas a programas de reforma agraria y vivienda popular, sin compensación alguna para el propietario y sin perjuicio de las demás sanciones previstas por la ley, observando, cuando corresponda, lo dispuesto en el

artículo 5.

Párrafo único. Todos los bienes de valor económico incautados como resultado del tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, así como de la explotación de mano de obra esclava, serán confiscados y reintegrados a un fondo especial con un propósito específico, según lo dispuesto por la ley.

Esta disposición constitucional exige la creación de una ley que regule dos supuestos en los que la expropiación de propiedades urbanas o rurales en el país sería permisible sin compensación: la ubicación de cultivos ilegales de plantas psicotrópicas y la ubicación de explotaciones de mano de obra esclava.

Sin embargo, la ley en cuestión fue promulgada: la Ley N° 8257 del 26 de noviembre de 1991. Esta ley solo regula el primer supuesto del artículo, es decir, el caso de la ubicación de cultivos de plantas psicotrópicas, y no contempla el supuesto de hacer lo mismo con terrenos donde se practica

la explotación de mano de obra esclava.

Esto demuestra que el legislador abordó la regulación de la disposición, pero, en virtud de su facultad discrecional, omitió parte de la misma.

En Brasil, entre 1995 y 2023, 61.035 personas fueron rescatadas de condiciones análogas a la esclavitud, con un promedio de 2.104,7 rescatadas por año y distribuidas por todo el territorio nacional, según datos actualizados de SmartLab (2024). Esto demuestra la gran presencia de casos de esclavitud en el país que podrían haber derivado en la expropiación como castigo y, posteriormente, en la asignación de los bienes a un fondo especial, pero esto no ocurrió, precisamente debido a la falta de regulación —intencional— de ciertas partes del sistema.

3.1.4. Destitución de dirigentes sindicales

Según el artículo 8, inciso IV de la Constitución Federal:

Artículo 8. La afiliación profesional o sindical es libre,

con sujeción a lo siguiente:

VIII - Se prohíbe la destitución de un empleado sindicalizado desde el momento de la inscripción de su candidatura para un cargo de dirigente o representante sindical y, si resulta elegido, incluso como suplente, hasta un año después de la finalización de su mandato, salvo que cometa una falta grave tipificada en la ley;

Por lo tanto, de acuerdo con esta disposición, debería existir una ley que regule la destitución de un empleado sindicalizado que se inscriba para un cargo de dirigente o representante sindical. Sin embargo, dado que nunca se ha promulgado, la regulación de dicha disposición se rige enteramente por las Directrices Jurisprudenciales y los Precedentes del Tribunal Superior del Trabajo (TST), que imponen limitaciones al derecho garantizado en la disposición, como el límite máximo de 7 dirigentes sindicales con seguridad laboral (Correa, 2023).

Además, otras limitaciones impuestas

por las decisiones judiciales incluyen: la falta de garantía de seguridad laboral si no se es elegido; la exclusión de los miembros del consejo fiscal y los delegados sindicales; la no aplicación del derecho en el caso de un contrato de duración determinada; y la necesidad de notificar previamente al empleador para que se aplique la seguridad laboral (Correa, 2023).

Por lo tanto, la falta de una ley específica que regule el derecho a prohibir el despido arbitrario de un empleado que ocupe un cargo de dirección o representación sindical conlleva la limitación de este derecho. Así pues, se ha demostrado que los derechos sociales se encuentran entre los más perjudicados por la omisión del legislador en lo que respecta a normas de eficacia limitada, y se hace evidente cómo la voluntad política del legislador, analizada en conjunto con la historia del país, tiende a afectar la realización de los derechos sociales.

Conclusión

Este trabajo buscó investigar el problema de la inercia legislativa

frente a la implementación de las normas constitucionales, un tema relevante para el debate social y jurídico en cuanto a la efectividad práctica de dichas normas, dada la gran desigualdad social en el país y la sensación de insuficiencia respecto al sistema jurídico. Así, el objetivo fue analizar el contexto jurídico e histórico del mandato constitucional para la creación de leyes y la coyuntura política establecida en Brasil desde la Dictadura Militar hasta el período de redemocratización, buscando comprender las razones que generan la inercia legislativa.

En cuanto al análisis del mandato constitucional para la creación de leyes contenido en las normas de efectividad limitada, se concluye que dicho mandato no tiene carácter vinculante para el legislador, quien, mediante la consagración del principio de discrecionalidad legislativa, tiene la posibilidad de omitir la creación de leyes regulatorias.

Además, al analizar el problema de la efectividad mediante un análisis crítico y no positivista, se concluye que históricamente ha existido una falta de efectividad de los derechos sociales

en el mundo y en Brasil, con especial énfasis en el período de transición democrática (1974-1989). En este período, se evidenció una coyuntura política establecida en las escañas del Congreso Nacional que, si bien no se mantuvo intacta, tampoco se reformuló por completo con la llegada del período democrático. Esta coyuntura se evidenció en la composición de los partidos políticos en el Congreso en ese momento y en su influencia a través de la forma en que se conformó la Asamblea Nacional Constituyente, integrada por los mismos diputados y senadores ya electos.

Sin embargo, al analizar la legislación vigente en Brasil, se demostró la efectividad práctica de consagrar los principios de discrecionalidad legislativa y reserva de lo posible, lo cual obstaculiza la realización de los derechos sociales constitucionales. Esto permite al legislador omitir la obligación de crear una ley y justificar la existencia de limitaciones a la realización de los derechos sociales, al interpretar la reserva de lo posible como dependiente únicamente de la disponibilidad de los recursos, y no de

la legitimidad de la exigencia de desempeño entre el individuo y la colectividad.

Posteriormente, se abordó la actual falta de legislación regulatoria para los derechos sociales constitucionalmente garantizados que son relevantes para la vida de los brasileños. Se demostró que la falta de normas regulatorias impone límites a la garantía del derecho a huelga de los empleados públicos, tal como se establece en el artículo 37, inciso VII, al aplicar de forma análoga las reglas de la Ley General de Huelga. Esto contrasta con el objetivo del legislador de crear una ley específica sobre el tema. Asimismo, se demostró que la frecuencia de las huelgas en el sector público supera la del sector privado, lo que subraya la importancia de este problema. Además, se puso de manifiesto la falta de ejercicio del derecho laboral a una remuneración adicional por actividades arduas (artículos 7, XXIII y XXVII, CF) y la protección de los trabajadores contra la automatización, donde la ausencia de legislación reguladora prácticamente anula estos derechos. Asimismo, se demostró la falta de

regulación del artículo 243, revelando que esta omisión legislativa impidió la expropiación de tierras relacionada con el rescate de 61.035 personas entre 1995 y 2023. Finalmente, se comprobó la existencia de limitaciones al derecho a prohibir el despido de un dirigente o representante sindical (artículo 8, IV) mediante Directrices Jurisprudenciales y Precedentes del Tribunal de Sesiones, que mantienen su vigencia precisamente por la ausencia de una ley reguladora. Se constató que la hipótesis de la influencia de la voluntad política del legislador como explicación de la omisión es cierta, ya que el poder legislativo tiene la facultad discrecional de omitirse en la creación de leyes, además de estar históricamente vinculado a las tendencias juspositivistas y a la época de la dictadura militar, lo que implica una falta de voluntad política para garantizar derechos con tendencias sociales contrarias al antiguo orden. Así mismo se demostró que el mandato constitucional contempla la posibilidad de demora u omisión legislativa como parte del «juego político brasileño», y que esta omisión

resulta materialmente perjudicial para la realización de los derechos sociales en Brasil. Así, el problema de la inercia legislativa frente a la efectividad de las normas constitucionales se explica por la consagración del principio de discrecionalidad legislativa y la coyuntura política establecida en el Congreso Nacional, que permite al Poder Legislativo omitir la regulación de los derechos sociales, al contar con

el respaldo legal para no actuar, así como cultivar posiciones ideológicas contrarias a estos derechos, resultado del proceso histórico de composición del Congreso.

Para la recopilación de datos, se utilizaron encuestas realizadas por la Cámara de Diputados y el Departamento Interuniversitario de Estadística y Estudios Socioeconómicos (DIES).

Referencias:

BARCELLOS, Ana Paula de. (2011) A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o

princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro. Renovar

BONAVIDES, Paulo. (2020.). Curso de Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo. Malheiros.

BOBBIO, Norberto. (1995) O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone.

BRANDÃO, Lucas Coelho. (2024). Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16082012-125217/publico/2011_LucasCoelhoBrandao.pdf> Acesso em: 19 mar.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). (2007). Mandado de Injunção 670-9/ES.

Mandado de Injunção. Garantia Fundamental (CF, Art. 5º, inciso VII). Evolução do tema na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em 20 mar. 2024.

BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Mantém a Constituição Federal

de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm> Acesso em: 20 mar. 2024

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 27 set. 2023

BRASIL. Lei nº 6.767, de 20 de dezembro de 1979. Modifica dispositivos da Lei nº 5.682, de

21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), nos termos do artigo 152 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978; dispõe sobre preceitos do Decreto-lei nº 1.541, de 14 de abril de 1977, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6767.htm#:~:text=L6767&text=Modifica%20dispositivos%20da%20Lei%20n%C2%BA,1977%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.> Acesso em: 20 mar. 2024

BRASIL. Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991. Dispõe sobre a expropriação das glebas

nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Brasília. DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8257.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos (2011). Desenvolvimento e subdesenvolvimento no Brasil.

Agenda brasileira: temas de uma sociedade em mudança. São Paulo. Companhia das Letras.

BUENO, José Antonio Pimenta. Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do

Imperio. Rio de Janeiro: Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>. Acesso em: 18 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. (2021). Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo. Saraiva

Educação.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: dispositivos constitucionais sujeitos

à regulamentação. Portal da Constituição Cidadã. 2024. Versão online. Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraaNao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Senadores Constituintes. Portal da Constituição Cidadã. 2024.

Versão online. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/parlamentaresconstituintes/senadores-constituintes.

Acesso em: 20 mar. 2024

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Deputados Constituintes. Portal da Constituição Cidadã. 2024.

Versão online. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/parlamentaresconstituintes/deputados-constituintes.

Acesso em: 20 mar. 2024

CODATO, Adriano Nervo. (2005) Uma história política da transição brasileira: da ditadura

militar à democracia. Revista de Sociologia e Política. n. 25. p.83-106 Curitiba.

CORREA, Henrique. (2023) Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo. Juspodivm.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Balanço das greves. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/sitio/buscaDirigida?tipoBusca=tipo&valorBusca=balan%E7o+das+greves>. Acesso em: 20 mar. 2024

ENGELS, Friederich. KAUTSKY, Karl. (2012) O Socialismo Jurídico. 2. ed. São Paulo. Boitempo.

FALSARELLA, Christiane. (2012) Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do

Estado. Associação dos procuradores do Estado de São Paulo. São Paulo.. Disponível em:

https://apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. (2011) Tradução de: J. Cretella Jr e Agnes Cretella.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

LEITE, George Salomão. (2020) Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Brasília. Senado Federal. Conselho Editorial.

MARQUES, Christiani. (2007) A Proteção do trabalho penoso. São Paulo. LTr.

MASCARO. Alysson Leandro. (2018) Filosofia do Direito. 6. ed. São Paulo. Atlas.

NAPOLITANO, Marcos. (2018) (1964: História do Regime Militar Brasileiro. São Paulo. Contexto2018.

NETO, Edgard Leite Ferreira. (1989). Os Partidos Políticos no Brasil. 2. ed. São Paulo. Contexto.

OLIVIERI, Cecília. (2005). Como construir uma estratégia de desenvolvimento? Resenha 1 do texto "Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica", de Ha-Joon Chang. RAE Eletrônica, v. 4, n. 2, jul./dez., versão online. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2051/205114650007.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2024.

SARLET, Wolfgang Ingo. (2021) A Eficácia Dos Direitos Fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

SARLET, Wolfgang Ingo. MARINONI, Guilherme Luiz. MITIDEIRO, Daniel. (2021). Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação.

SCHMITT, Rogério. (2005). Partidos políticos no Brasil (1945-2000). 3. ed. Rio de Janeiro. Zahar.

SILVA, José Afonso da. (2008). Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, versão online. Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023.

SILVA, José Afonso da. (2004). Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. 3.

tir. São Paulo: Malheiros.

SILVA, José Afonso da. (2013). Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São

Paulo: Malheiros.

SMARTLAB. Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de

SPERANDIO, Edson Antonio. (2020). Os três caminhos para a filosofia do direito

proposta por Alysson Leandro Mascaro na contemporaneidade. Revista Científica UNIFAGOC. Vol.1.