

BRASIL: LA CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LAS REFORMAS A LOS SISTEMAS DE PENSIONES*

**BRAZIL: THE CONSTITUTION OF 1988 AND THE REFORMS
TO THE SYSTEMS OF PENSIONS**

**LE BRÉSIL : LA CONSTITUTION DE 1988 ET LES RÉFORMES
UX SYSTÈMES DE PENSIONS**

Guillermo FARFÁN MENDOZA**

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es el de explorar el papel de la Constitución brasileña de 1988, particularmente en lo que se refiere a los principios que rigen los derechos sociales, en el tipo de reformas previsionales realizadas en ese país durante los gobiernos de F. H. Cardoso y Lula. A través del procedimiento de las enmiendas constitucionales se realizaron reformas paramétricas que han mantenido el sistema previsional de reparto, pero con reglas que establecen una mayor vinculación entre contribuciones y beneficios.

Palabras clave: Brasil, Constitución, previsión social, neoinstitucionalismo.

ABSTRACT: The article pretends to approach the role of the Brazilian Constitution of 1988, in the field of the principles that shape social rights, on the social insurance reforms undertaken by the F.H. Cardoso and Lula governments. Through the procedure of Constitutional Amendments, there had been reforms which have maintained the provisional payment system, but with rules and procedures that establish a closer vinculation between contributions and benefits.

Key Words: Brazil, Constitution, social insurance, neoinstitutionalism.

* Recibido el 24 de febrero de 2014 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2014.

** Profesor de carrera titular B, de tiempo completo, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Este trabajo se realizó bajo los auspicios del Programa de Apoyo para la Superación del Personal Académico (PASPA), DGAPA, UNAM (farmen@servidor.unam.mx).

RÉSUMÉ: Le but de cet article est d'explorer le rôle de la Constitution brésilienne de 1988, notamment en ce qui concerne les principes de droits sociaux, sur le type de réformes des retraites dans ce pays durant les gouvernements de F. H. Cardoso et Lula. Grâce au processus de modifications constitutionnelles, il a été procédé à des réformes paramétriques qui ont gardé le système de retraite par répartition, mais avec des règles qui établissent un lien plus fort entre les cotisations et de prestations.

Mots-clés: Brésil, Constitution, protection sociale, neoinstitucionalismo.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La previsión social en las Constituciones brasileñas.* III. *El surgimiento de la Constitución de 1988: la transición a la democracia.* IV. *La Constitución de 1988 y los constituyentes.* V. *Peculiaridad de la Constitución de 1988: principios fundamentales y modelo de previsión social.* VI. *El universalismo en la Constitución de 1988 y la previsión social.* VII. *Los principios normativos de los derechos sociales en la Constitución de 1988.* VIII. *El modelo previsional de la Constitución de 1988 a prueba: las reformas a través de las enmiendas constitucionales.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Las razones que han llevado a la crisis de los sistemas previsionales a nivel mundial son de orden financiero, al margen de sus causales: la transición demográfica, las reglas y los beneficios previsionales de cada sistema, la evolución del crecimiento económico y del empleo. Lo que puede observarse es que el desequilibrio financiero de los sistemas de pensiones es el condicionante fundamental de las reformas que vienen sucediéndose en las últimas décadas, aunque esto no explica el tipo de reforma resultante, sea de tipo sustitutivo, mixto o paramétrico. Un enfoque neoinstitucionalista¹ de este fenómeno puede contribuir a esclarecer la naturaleza de estas transformaciones.

En este trabajo vamos a explorar el papel de las instituciones formales. ¿Cuál es la institución formal más importante de las sociedades democráticas contemporáneas? La Constitución. Y ¿cuál es el papel de las Constituciones

¹ Para este trabajo partimos de conceptos como las llamadas “coyunturas críticas”, que entendemos como procesos de desarticulación abrupta de las instituciones existentes que abren la oportunidad del cambio institucional; “reproducción por adaptación”, cambios institucionales que no modifican su esencia; o “transformación gradual”, cambios incrementales que terminan por modificar la naturaleza de las instituciones.

en relación con los sistemas previsionales? La respuesta a esta pregunta constituye nuestra hipótesis central: las Constituciones son reglas fundamentales que prefiguran las características de políticas que definen los derechos previsionales de la sociedad o de una parte de ésta, con base en la elección de determinados modelos: laborales o universales, contributivos y/o no contributivos. Una Constitución genera un conjunto de derechos exigibles dentro de la sociedad, y por tanto crea una serie de restricciones que hacen el sistema previsional más proclive o más resistente al cambio. Vamos a contrastar esta hipótesis con el papel que ha desempeñado la Constitución de 1988² en Brasil en la configuración de sus actuales sistemas de pensiones y las enmiendas constitucionales posteriores.

II. LA PREVISIÓN SOCIAL EN LAS CONSTITUCIONES BRASILEÑAS

La Ley Eloy Chaves de 1923 inaugura el sistema previsional brasileño al llevar a la creación de las cajas de jubilaciones y pensiones (CAP's), primero para los ferrocarrileros y después extendiéndose en 1926 a los trabajadores portuarios y marítimos y, en 1928, a los trabajadores de los telégrafos; hacia 1936 había ya 183 de estas entidades. Entre 1931 y 1966 eran de cotización tripartita, lo cual quedó incorporado, por primera ocasión, en la Constitución de 1934.³

Ese ordenamiento también inauguró el modelo autoritario y centralista, de arriba-abajo, que habría de establecerse a partir de entonces. El contexto de la época nos habla de la crisis de 1929 y del modelo agroexportador, por un lado, y la fractura del bloque oligárquico dominante, además de nuevas alianzas entre los sectores medios. Así, los derechos sociales en Brasil vienen explicados por una postura “tutelar y dirigista” del Estado frente a las masas urbanas emergentes. Pero no debe considerarse esa Constitución como una

² Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada el 5 de octubre de 1988), texto original, Brasilia, Senado Federal, Secretaría Especial de Informática, 2013, disponible en: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/constituição_1988_05.10.1988/constituição_1988.pdf. La Constitución actual con todas sus enmiendas está en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm.

³ Carvalho dos Santos, Darcy Francisco, *A previdência social no Brasil: 1923-2009. Uma visão económica*, Porto Alegre, AGE Editora, 2009, pp. 31-34.

simple y primera legislación previsional, sino como todo un nuevo proyecto de desarrollo moderno vinculado al avance de la burguesía industrial.⁴

La Constitución de 1934 estableció un esquema de seguro social de carácter tripartito para los trabajadores de la industria privada (en el artículo 121, parágrafo 1, inciso *b*), así como para los funcionarios públicos (en el artículo 170). En ese entonces, la previsión social funcionaba como un sistema de capitalización, pero más adelante la participación del gobierno federal y su necesidad de fondos llevó a convertirlas al sistema de reparto. Al igual que sucedió en México, la primera modalidad de previsión social en Brasil también se colocó dentro del ámbito del derecho laboral, incluso como consecuencia de la inspiración corporativista del gobierno de Getulio Vargas. A partir de aquí surgieron los institutos de jubilaciones y pensiones (IAPs), de orden público, que vinieron a coexistir y luego a sustituir a las anteriores cajas de jubilaciones y pensiones (CAP's) de carácter empresarial.⁵

La Constitución de 1934 tuvo una corta vigencia a consecuencia del golpe de Estado que creó el Estado Novo y una nueva Constitución en 1937, sin embargo no se produjeron cambios tan relevantes, aunque de aquí derivan diversas leyes particulares que van añadiendo beneficiarios y algunos beneficios desde 1938 hasta 1946.⁶ La deposición de Vargas en 1946 llevó a una nueva Constitución en ese mismo año que buscó recobrar las bases del texto de 1934; el término seguro (social) es sustituido por primera vez por el de previsión social, además se produce una primera innovación fundamental: la previsión social ganó autonomía frente al derecho laboral en los artículos 50. (inciso XV, a y b) y 157.

No obstante, la nueva normatividad sólo ocurrió con la aprobación de la Ley Orgánica de Previsión Social (LOPS, Ley núm. 3.807/1960) y la creación

⁴ Wolkmer, Antonio Carlos, “Para una historicidad de los derechos sociales en el Brasil”, *Precedente*, Cali, 2010, pp. 18-20.

⁵ Nogueira, Narlon Gutierre, *A Constituição e o direito à previdência social*, São Paulo, LTR Editora, 2009, 136 pp.; consultado como Abraham Bill of Rights (seudónimo), monografia presentada al I Concurso de Tesis sobre Seguridad Social, promovido por la Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, ANFIP e Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social, Brasilia, 2007, disponible en: http://fundacaoonfip.hospedagemdesites.ws/site/wp-content/uploads/2012/03/Abraham_Bill_Off_Rights.pdf.

⁶ Nolasco, Lincoln, “Evolução histórica da previdência social no Brasil e no mundo”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, núm. 98, marzo de 2012, pp. 6-10, http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11335&revista_caderno=20.

del Instituto Nacional de Previsión Social (INPS) en 1966. También durante los gobiernos militares, en 1967, se realizó otra Constitución y otra enmienda en 1969, que no afectaron los derechos previsionales, incluso se produjeron avances en la materia al incorporar a los beneficios a nuevas categorías de trabajadores: independientes, domésticos y rurales (a través de un mecanismo asistencial). En la Constitución de 1967 se instituye el seguro de desempleo (artículo 158, inciso XVI) y se suceden nuevas reglamentaciones particulares en el mismo tenor de las anteriores, que incluyeron, por ejemplo, a los trabajadores del campo (1971). Pero la ampliación de la cobertura previsional también abarcó otros sectores: empleadas domésticas (1972), el trabajador autónomo y el jugador profesional de fútbol (1973) y el trabajador temporal (1974). En este último año también se crea el Ministerio de Previsión y Asistencia Social y se instituye la renta mensual vitalicia para los pobres en edad de retiro (medio salario mínimo) bajo la contribución mínima de un año. En 1977 se crea el Sistema Nacional de Previsión y Asistencia Social (SINPAS), encargado de definir e integrar todas las acciones públicas de previsión social, asistencia médica y asistencia social.⁷ Finalmente, sobre la base de la Constitución de 1967 se emite el Decreto 89.312, en 1984, para la Consolidación de las Leyes de la Previsión Social.⁸

Luego de esta trayectoria de varias décadas se produce el gran salto a la Constitución de 1988. Se crean derechos sociales de segunda generación como derechos fundamentales y se le da cuerpo a un nuevo sistema nacional de seguridad social que abarca la salud, la previsión social y la asistencia social, a partir de diversos principios que la definen de manera detallada y que tienen la forma de los llamados “derechos pétreos”, es decir, no abolibles. La reglamentación general de estos derechos se realizó a través de las leyes 8.212 (Ley Orgánica de la Seguridad Social) y 8.213 de 1991 (sobre los Planes de

⁷ Carvalho dos Santos, *op. cit.*, pp. 37 y 38. En los próximos años se sucedieron diversas reconfiguraciones institucionales que conviene señalar: en 1977 el INPS es dividido en varios organismos: el INPS queda como responsable de los pagos de los beneficios asistenciales y previsionales; el Instituto de Administración de la Previsión y Asistencia Social (IAPAS) a cargo de la recaudación de los recursos del INPS, y el Instituto Nacional de la Asistencia Médica de la Previsión Social (INAMPS) como titular del sistema de salud. En 1990, el INPS se volvió a fusionar con el IAPAS y se denominó ahora como el actual Instituto Nacional del Seguro Social (INSS), en tanto el INAMPS fue absorbido por el Ministerio de Salud.

⁸ Nogueira, *op. cit.*; Nolasco, *op. cit.*; Behring, Elaine Rossetti y Boschetti, Ivanete, *Política social. Fundamentos e historia*, 9a. ed., São Paulo, Cortez Editora, 2013, pp. 136 y 137.

Beneficios de la Previsión Social), que abarcan los temas de organización, financiamiento y los esquemas de beneficios.

El artículo 60. de la Constitución de 1988 es el primero en definir esos nuevos derechos: educación, salud, trabajo, vivienda, esparcimiento, seguridad, previsión social, protección a la maternidad y a la infancia, y a la asistencia de los desamparados. Las disposiciones relativas a la previsión social (jubilaciones, pensiones y otros seguros) se concentran en cuatro artículos: 40, 195, 201 y 202; sin embargo, se trata de un tema ampliamente tratado a lo largo de la Constitución. Después de eso se han realizado tres enmiendas constitucionales, 20/1998, 41/2003 y 47/2005,⁹ como ya se ha mencionado.

III. EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988: LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

La Constitución de 1988 proviene de la transición de un régimen militar a un nuevo sistema democrático, pero a la manera de una concesión paulatina de los militares a la sociedad y no como resultado de una irrupción o revolución democrática. Se trata de un proceso que avanza de arriba-abajo, no obstante está condicionado por los problemas económicos que lo originaron y por el crecimiento de las fuerzas sociales que iban ganando presencia en la sociedad política.

Históricamente, las fuerzas armadas habían jugado un papel político protagonico en Brasil, en algunos momentos en asociación con las élites civiles y en otros como árbitro de las pugnas y contradicciones dentro del sistema político. En efecto, las fuerzas armadas habían ganado un espacio dominante en la sociedad política brasileña desde mucho tiempo atrás en que los gobiernos civiles, la debilidad de los partidos y la fragmentación regional de la República les otorgaron una función integradora y arbitral, que fueron capitalizando hasta convertirse en el poder real. Este proceso se describe como una sucesión de funciones que va desde un papel moderador (1889-1930), luego tutelar o supletorio (1930-1964), y finalmente dominador o permanente (1964-1985). Un rasgo observable en la época de los gobiernos militares es su apelación constante a la restauración de la democracia, como si asumieran

⁹ Nogueira, *op. cit.*, p. 8; Nolasco, *op. cit.*, pp. 2-4.

que su función gubernamental y de garantía de la “seguridad nacional” fuera transitoria, aun así, pasaron dos décadas antes de que se consumara tal transición.

Otro rasgo de los régímenes militares fue la hipertrofia del poder presidencial. Por un lado, ese presidencialismo autoritario se expresó en acciones como las acontecidas en los gobiernos de Getulio Vargas sobre la conformación de la legislación laboral y previsional moderna; pero, por otro, se expresó también en detrimento del Parlamento y de las normas constitucionales. La siguiente fase, más autoritaria, resultó de la deposición del presidente João Goulart, en marzo de 1964; aquí las funciones de las fuerzas armadas serán cada vez más centralistas y dirigistas del régimen político, lo que hizo consuetudinaria la autorización o cancelación de los partidos y de sus derechos políticos, modificando la estructura de representación de los partidos políticos, imponiendo a veces un sistema bipartidista, y otras fragmentando los partidos de oposición, estableciendo la elección indirecta de los presidentes de la República, todos generales, y sometiendo el orden constitucional al institucional. En este periodo también se comenzó a ejercitar el acto presidencial de nombrar constituyentes para la elaboración de la Constitución de 1967 o la enmienda constitucional de 1969.¹⁰

Esta modalidad de dominación institucional sobre el sistema político partidista y constitucional va a durar hasta la transición a la democracia. El proceso se puede remitir hasta el gobierno del general Ernesto Geisel, en donde aparecen signos de distención política, pero los movimientos más firmes hacia la transición democrática se inician en la década de los años ochenta, cuando termina la era de la alineación obligatoria a los partidos oficialista y de oposición, y comienza una etapa de multipartidismo, en 1982, con la elección de parlamentarios, concejales e incluso de gobernadores de los estados. Con el término de la alineación obligatoria aparecieron los protagonistas políticos de la nueva era democrática: la oposición, Movimiento Democrático Brasi-

¹⁰ Bravo Lira, Bernardino, “La Constitución de 1988 en Brasil. Trasfondo histórico e institucional”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, vol. I, 1987, pp. 50-62; también Rizzo de Oliveira, Eliézer y Alves Soares, Samuel, “Forças armadas, direção política e formato institucional”, en D’Araujo, Maria Celina y Castro, Celso (orgs.), *Democracia y fuerzas armadas en el Cono Sur*, Río de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 2000, pp. 98-101, disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6730/50.pdf?sequence=1>.

leño (MDB), se dividió en cuatro: Partido Movimiento Democrático Brasileño (PMDB); Partido Popular (PP); Partido Demócrata de los Trabajadores (PDT), encabezado por Leonel Brizola (cuñado de Goulart), y el Partido de los Trabajadores (PT), de Luiz Inácio da Silva, Lula. Aun así, el proceso de transición seguirá extendiéndose por varios años y en distintos episodios como las elecciones directas de 1989, el acontecimiento del *impeachment* de Fernando Collor, el ascenso de Itamar Franco a la Presidencia, la aprobación de la Ley de los Desaparecidos y la creación del Ministerio de Defensa durante el segundo gobierno de Cardoso, para dejar atrás la era del Consejo Nacional de Seguridad.

La transición a la democracia también está precedida por la aparición de grandes problemas económicos; es el momento en que se hizo patente la crisis del modelo sustitutivo de importaciones y donde se configura una gran crisis de la deuda externa, atizada por el incremento subrepticio de las tasas de interés a nivel internacional, en el inicio de los años ochenta y, a partir de esta crisis financiera, la hiperinflación, la recesión y el desequilibrio de las cuentas externas.¹¹

En todo caso, la transición formal se produce durante el gobierno de José Sarney (1985-1989), que es cuando se concreta el pacto entre civiles y militares para retornar al orden democrático, a cambio de mantener el espacio tutelar de las fuerzas armadas como garantes de la seguridad nacional. En 1985 se reinicia la elección presidencial mediante el llamado “pacto de las élites”, que lleva primero a Tancredo Neves y, por imposibilidad de salud y fallecimiento de éste, a José Sarney, vicepresidente, al poder. En este marco de transición institucional, más que democrática, la preocupación central de los partidos se concentra en dictar una nueva Constitución y en tratar de moderar la supremacía del poder presidencial.

La Constitución de 1988 surge de una enmienda constitucional, la núm. 26/1985, a través de la cual se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) que fue instalada el 1o. de febrero de 1987. Desde febrero de 1987 y durante 19 meses más se reunió la ANC para dar cuerpo a la nueva carta magna que entró en vigor en 1988.¹²

¹¹ Behring y Boschetti, *op. cit.*, pp. 138-140.

¹² Bravo Lira, *op. cit.*, pp. 62-66.

IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LOS CONSTITUYENTES

La Constitución de 1988 plantea otras cuestiones que deben ser respondidas para entender su significación. Concretamente, ¿cómo puede explicarse la promulgación de una “Constitución ciudadana” en el marco de un proceso de transición tutelado por las fuerzas armadas y las clases dominantes? ¿Cómo logró constitucionalizarse un conjunto de derechos sociales, contrario a la naturaleza de los diversos gobiernos que preceden a la transición democrática?

Una primera aproximación a estas interrogantes nos hace recordar que el proceso de transición democrática, si bien no fue fruto de una irrupción social radical, sí en cambio se precipitó como consecuencia de una grave crisis económica y de la división en el bloque dominante. La crisis, en su doble dimensión económica y política, se convirtió así en la oportunidad, en la “coyuntura crítica” que abrió la posibilidad de un cambio institucional de gran envergadura; sin embargo, el desenlace específico de este momento no puede explicarse simplemente por la crisis referida; podríamos preguntarnos ¿por qué la coyuntura se decantó en un nuevo orden constitucional progresista?, ¿por qué no se tradujo en una Constitución conservadora o, al menos, “sintética” y no “analítica” como finalmente sucedió?

Así pues, el origen de la Constitución de 1988 constituye en sí mismo un tema de particular importancia sobre el cual debemos detenernos un poco, aunque no sea el objetivo central de este trabajo. Podemos anticipar nuestro argumento diciendo que detrás de este acontecimiento se descubren diferentes escenarios institucionales: el conflicto entre diversas coaliciones (al interior de la ANC) y sus bases de apoyo (respecto a los movimientos y organizaciones sociales externos a la misma), las reglas establecidas en el seno de la ANC para elaborar el texto constitucional, y la secuencia con la que se desencadenaron estos procesos.

La crisis económica del régimen militar se produjo como resultado del agotamiento del “milagro económico” (de 1968-1973), del endeudamiento externo y de la hiperinflación, como ya se dijo, pero hay que observar con más atención la combinación entre la división interna en el seno de las fuerzas armadas y el crecimiento sostenido de la oposición oficial representada en el Movimiento Democrático Brasileño (MDB), que comenzó a incluir también a la oposición más radical y que se expresó en el restablecimiento del multi-

partidismo. En este contexto se va a presentar el proceso de elaboración de la nueva Constitución con la participación de toda esa nueva constelación de partidos políticos. Por su parte, las instituciones democráticas nacientes estimularon el desarrollo y la participación de otros actores político-sociales: movimientos sociales, sindicatos, asociaciones de colonos, asociaciones profesionales y religiosas. En su conjunto, el proceso de transición democrática promovió el interés por reconstruir los derechos políticos de la ciudadanía, pero también llevó a la reivindicación de derechos sociales en el terreno de la educación, vivienda, salud, trabajo, entre otros. Así, luego de la elección presidencial de 1985, creció la movilización político-social en favor de la elaboración de la nueva Constitución. Las fuerzas políticas que venían creciendo a lo largo de la dictadura eclosionaron en la discusión y elaboración del nuevo texto constitucional. Los intereses laborales y ciudadanos se expresaron en la redacción de los derechos sociales, particularmente la nueva concepción de seguridad social, los derechos humanos y, desde luego, los derechos políticos readquiridos.¹³

Ya desde algunos años atrás venía planteándose la demanda de un nuevo orden constitucional, que no pudo concretarse sino hasta el debilitamiento de la dictadura militar, lo que abrió un espacio privilegiado para la acción de la próxima ANC. A esto coadyuvó el hecho de que, al momento de iniciarse los trabajos de la Asamblea Constituyente, no se tuvo que ajustar a un anteproyecto que le marcara una línea oficialista. No obstante que el presidente Sarney había instruido la creación de una Comisión Provisional de Estudios Constitucionales, finalmente sus resultados no se enviaron al Congreso. A partir de ahí comenzó a desarrollarse la elaboración de múltiples anteproyectos alternativos, por tanto representativos de un entorno de fragmentación política, pero que paradójicamente abrió el espacio para la participación de nuevos actores que habrían de ser no sólo los partidos políticos, sino también los movimientos sociales y los grupos de presión. La elaboración de la Constitución de 1988 sería, así, el crisol de esta gran diversidad. La estructura de

¹³ Behring y Boschetti, *op. cit.*, pp. 141, 142, 144 y 156; Coelho Brandão, Lucas, *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*, São Paulo, Dissertação apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Mestre. Departamento de Sociologia, Programa de Pós-graduação em Sociologia, 2011, pp. 33-42, disponible en: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16082012-125217/pt-br.php>.

trabajo de la ANC es una evidencia de la falta de consensos iniciales sobre el contenido constitucional. Se acordó una modalidad de trabajo descentralizada con 24 subcomisiones y 8 comisiones temáticas, para finalmente concentrar los resultados en una Comisión de Sistematización. Las razones por las que el gobierno de ese momento no logró generar un anteproyecto unificador se pueden explicar por el distanciamiento del presidente Sarney respecto al dominante PMDB, y también desde luego a su falta de legitimidad ante el hecho de llegar al poder mediante una elección indirecta.¹⁴

En su conformación inicial, la Constituyente de 1987-1988 obedecía a la lógica histórica del momento, con una mayoría de diputados y senadores pertenecientes a los partidos oficialista (Partido Movimiento Democrático Brasileño, PMDB) y conservadores (Partido del Frente Liberal, PFL; Partido Democrático Social, PDS; Partido Demócrata Cristiano, PDC; Partido del Trabajo Brasileño, PTB) que debería garantizar los intereses dominantes frente al resto de partidos minoritarios de izquierda (Partido Comunista Brasileño, PCB; Partido Comunista de Brasil, PC de B; Partido Democrático del Trabajo, PDT; Partido Socialista Brasileño, PSB; Partido de los Trabajadores, PT; y Partido de la Social Democracia Brasileña, PSDB); sin embargo eso no sucedió exactamente así y el proceso de elaboración constitucional siguió por un curso imprevisto.

Pilatti encuentra diversas razones para que esto pudiera suceder: el papel que habrían de desempeñar los líderes de los diversos partidos en la formulación de acuerdos, que permitió que aun los representantes de los minoritarios partidos progresistas y de izquierda pudieran influir en el proceso, a la par de los líderes de los partidos mayoritarios; la exigencia de una mayor participación de aquellos constituyentes que él denomina “bajo clero”, frente a la presencia de los más influyentes y conservadores, “alto clero”; la designación inesperada de un liderazgo progresista por parte del partido mayoritario PMBD y su ocupación de puestos clave en el Congreso y en la Asamblea Nacional Constituyente, lo que se tradujo en la participación sobresaliente de los progresistas en comisiones y subcomisiones; finalmente, la secuencia del proceso de elaboración del texto constitucional a través de diversas etapas (subcomisiones, comisiones temáticas, Comisión de Sistematización y Plenaria) que permitió la incorporación de títulos y capítulos progresistas

¹⁴ Coelho, *ibidem*, pp. 43-47.

en las primeras fases, que lograron sobrevivir en gran medida en las etapas consecutivas, en virtud de las reglas de aprobación y enmienda establecidas.¹⁵

La elaboración constitucional se desarrolló entre el 1o. de febrero de 1987 y el 5 de octubre de 1988 en el edificio del Congreso brasileño, en Brasilia. Cabe mencionar que la enmienda constitucional que creó la ANC también mandató que los diputados y senadores deberían asumir la doble función de legislar ordinariamente en ambas cámaras, por un lado, y de elaborar la nueva Constitución en su carácter de una sola Constituyente (diputados más senadores), por otro.

En el plano de las coaliciones políticas, la Constituyente estaba conformada por los dos grandes bloques señalados: el progresista o de izquierda, con los partidos ya mencionados e incluyendo una fracción minoritaria del PMDB, y por el bloque conservador, congregado alrededor de lo que se conoció más adelante como el “centrão”, con los partidos conservadores o de derecha ya mencionados más la fracción mayoritaria del PMBD. Una circunstancia trascendental en la contienda entre estas coaliciones políticas es que la primera actuó con gran cohesión y disciplina, en tanto que la otra se caracterizó por lo contrario, es decir, por la indisciplina e incluso por la falta de asistencia a los procesos de votación. Paralelamente, hay que tomar en cuenta los constantes intentos de intervención del gobierno de José Sarney, así como la fuerte presión de la organización de propietarios rurales (Unión Democrática Rural). En este escenario, la coalición conservadora era claramente mayoritaria pero su peso se diluyó parcialmente por las reglas formales e informales del proceso constituyente: la mayoría conservadora se concentraba predominante en el Senado, pero como los trabajos de elaboración constitucional incluyeron indiscriminadamente a diputados y senadores, se redujo el peso de éstos frente al número mayor de los primeros.¹⁶

Más aún, al final del proceso se magnificó la influencia de los líderes de todas las bancadas, por encima del poder de decisión de cada constituyente, lo que redujo aún más el peso relativo de la mayoría conservadora que podía expresarse a través del voto y no de las consignas de sus respectivos líderes. Esta conformación de liderazgos influyentes, meta-reglamentarios, fue con-

¹⁵ Pilatti, Adriano, *A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, conservadores, Ordem Econômica e regras do jogo*, Río de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008, pp. 311-316.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 13-17 y 22-24.

secuencia de la colocación de dos personajes pertenecientes al mayoritario PMBD en puestos clave: Ulysses Guimarães como presidente de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y Mário Covas como líder del PMBD, quienes habrían de jugar papeles fundamentales en distintas etapas del proceso, Covas en la fase inicial y Guimarães más adelante junto con los líderes del resto de los partidos.¹⁷

En lo que se refiere a las reglas de funcionamiento de la ANC, se destaca el hecho de que el primer Reglamento aprobado le confirió gran influencia al trabajo de los constituyentes progresistas, principalmente como relatores y, en algunos casos, como presidentes de las subcomisiones y comisiones temáticas, así como en la conformación de la denominada Comisión de Sistematización (que incluía a todos los relatores de subcomisiones, así como a todos los presidentes y relatores de las comisiones), en contraste con los presidentes y secretarios de pertenencia mayoritariamente conservadora; es en estas etapas en las que se incorporaron los temas de derechos fundamentales, políticos y sociales que ya no habrían de ser excluidos en etapas posteriores, así como el desglose temático que acabaría por hacer del texto constitucional un ordenamiento “analítico”, es decir, mucho más detallado que las Constituciones “sintéticas” o “programáticas”. En otros términos, el predominio de representantes conservadores en la ANC fue reducido al momento de colocar a distintos miembros progresistas en las posiciones clave para conformar la agenda constitucional.¹⁸

En las últimas etapas del proceso constituyente (Comisión de Sistematización y Plenaria), otros aspectos vinieron a consolidar los resultados anteriores. Más allá de la representación del ala progresista en la Comisión de Sistematización, se hizo fundamental la participación del presidente de la ANC, así como ciertas restricciones reglamentarias: Ulysses Guimarães contribuyó a preservar el trabajo de subcomisiones y comisiones temáticas al defender el papel de los relatores, mientras que las reglas establecidas dentro de la Asamblea limitaron en gran medida la posibilidad de enmendar la estructura y los contenidos elaborados por aquéllas en las etapas subsiguientes. No

¹⁷ *Ibidem*, pp. 28-34.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 43-76. También, Gomes, Marcos Emílio, “A saga da carta da cidadania”, en Gomes, Marcos Emílio (coord.), *A Constituição de 1988, 25 anos. A construção da democracia e a liberdade de expressão: O Brasil antes, durante e depois da Constituinte*, São Paulo, Instituto Vladimir Herzog, 2013, pp. 142 y 143.

obstante la mayoría nominal de los conservadores en el pleno de la ANC, su proporción respecto a los progresistas no fue tan determinante en el seno de la Comisión de Sistematización; por su parte, las votaciones sobre los contenidos de los proyectos constitucionales fueron tamizados por los acuerdos alcanzados entre los líderes de los partidos, sin atender a los criterios de proporcionalidad de representantes, lo que favoreció la participación de los partidos en minoría. Más aún, las reglas para la presentación de los proyectos refrendaron el papel de los relatores de subcomisiones en la conformación de la agenda, así como la conformación de coaliciones voto frente a las iniciativas conservadoras.¹⁹

El momento decisivo llegó en la etapa final del proceso constituyente, cuando el bloque conservador, conocido como el “centrão”, promovió y logró la reforma al Reglamento Interno de la ANC, para restablecer las bases que permitieran hacer valer su mayoría nominal. En este escenario, formalmente favorable a la mayoría conservadora, nuevamente actuaron las reglas informales al impedir la modificación sustancial de la “Constitución ciudadana”. Los procedimientos para la realización de enmiendas siguieron actuando en beneficio de las coaliciones de voto. Prevaleció la práctica de buscar el consenso y, por tanto, de conceder mayor peso a los partidos de izquierda en minoría; asimismo, mientras que el bloque progresista se destacó por su disciplina y presencia en los momentos de las votaciones, la coalición conservadora se comportó más erráticamente y con ausentismo. Consecuentemente, se arraigó el texto confeccionado en las etapas previas.²⁰

Paralelamente al proceso interno de la ANC, hacia la mitad de la década de los años ochenta los movimientos sociales se encontraban en ascenso, reivindicando derechos laborales e impulsando nuevos derechos ciudadanos. Esta movilización ascendente se acentuó con la decisión del presidente Sarney de otorgar poderes constituyentes a un Congreso que desempeñaría, paralelamente, un rol parlamentario ordinario además de redactar la nueva Constitución. La reacción social inicial fue la de impugnar la disposición presidencial pero, una vez que fue aprobada, la acción política de los movimientos sociales pasó a concentrarse en la capacidad de incidir sobre las decisiones de los legisladores. La lucha por la incorporación de las múltiples demandas políticas,

¹⁹ Pilatti, *op. cit.*, pp. 147-171 y 192-194.

²⁰ *Ibidem*, pp. 195-238 y 283-308.

económicas y sociales en la nueva Constitución rebasó los límites de la acción partidaria y surgieron nuevas formas de organización de los movimientos sociales alrededor de los trabajos de la Constituyente. El objetivo inicial de los diversos actores apuntó, en primera instancia, a la elección de los candidatos al Congreso más favorables a sus intereses, pero en seguida se enfocó en desarrollar mecanismos de comunicación formal e informal con los representantes parlamentarios.²¹

Desde la perspectiva neoinstitucionalista son tan relevantes las reglas formales para la toma de decisiones, como las ideas y valores que configuran la mentalidad de los tomadores de decisiones, en este caso de los constituyentes. Así, para informar las causas que llevaron a elaborar una Constitución tan abundante en principios y normas fundamentales es importante observar las características ideológicas de los parlamentarios. Como ya se indicó, los diputados y senadores responsables del nuevo texto constitucional se ubicaban en dos frentes más o menos definidos: un sector oficialista y conservador y otro sector progresista, de filiación izquierdista moderada o de centro-izquierda, integrado de forma multipartidista, pero con la mayoría del PMDB.

En este marco, una vez más cobró importancia la designación de Ulysses Guimarães como presidente de la Constituyente, ahora por su disposición a establecer vínculos de comunicación con los movimientos ciudadanos. El resultado fue la aprobación, dentro del Reglamento Interno de la ANC, de un procedimiento de “enmiendas populares” diseñado para recoger las propuestas ciudadanas en todos los aspectos relativos a la nueva Constitución. La combinación entre el mecanismo de participación popular que inauguraron estas “enmiendas populares” y el escenario de predominio de ciertos constituyentes de características progresistas podría abundar sobre las razones por las que la Constitución de 1988 incorporó derechos sociales de tan amplio espectro.²²

No obstante la importancia de los derechos sociales en la Constitución de 1988, no debe pensarse que éstos representaron el foco de la atención principal del trabajo constituyente o de los propios movimientos populares. Otros fueron los temas centrales y más polémicos en ese proceso: el lugar de las empresas nacionales, el régimen de propiedad en las telecomunicaciones, el periodo de duración del mandato del presidente Sarney, entre otros.

²¹ Coelho, *op. cit.*, pp. 48-55.

²² *Ibidem*, pp. 59-123.

Las demandas sociales en favor de mayor seguridad social, en lo particular, no fueron tan intensas como las reivindicaciones de otros derechos sociales como la educación, la salud, la vivienda, el trabajo, la reforma agraria, incluso los derechos ambientales y de los indígenas; la participación social de los sindicatos, de los movimientos vecinales, de la Iglesia, de los grupos étnicos, de los empresarios urbanos y rurales en el proceso no fue una excepción. Por ello, no resulta fácil identificar hasta dónde los procesos de interacción de los movimientos populares con los constituyentes fueron lo suficientemente influyentes sobre la configuración del modelo de previsión social que prevaleció en el texto constitucional. Pero es de notar la participación destacada del movimiento de los jubilados. Por un lado, debe señalarse la movilización de este sector social en el entorno del Congreso, a través sobre todo de la Confederación y Federación de Jubilados. El éxito de este movimiento se concretó en ciertos derechos constitucionales como la garantía a la irreductibilidad de la jubilación, el piso de un salario mínimo, las pensiones de viudez y orfandad, un nuevo sistema para el cálculo de las jubilaciones, el ajuste de la jubilación de acuerdo con el último salario y el derecho a participar en la gestión administrativa de la previsión social.

Por otra parte, todo lo conseguido por el sector progresista de la ANC podría eclipsarse ante los logros del bloque conservador: la consolidación del sistema presidencialista frente a la opción parlamentarista, la ampliación del periodo de gobierno del presidente Sarney (de cuatro a cinco años), el rechazo a la estabilidad en el empleo después de 90 días de contratación, la jornada laboral de 44 horas, la no expropiación de tierras productivas para el reparto agrario y, sobre todo, el rechazo a la reforma agraria en su conjunto.²³

Pero más allá de las vicisitudes que debieron remontarse a lo largo de esos meses, el 5 de octubre de 1988 finalmente se promulgó la nueva Constitución.

V. PECULIARIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y MODELO DE PREVISIÓN SOCIAL

La promulgación de la Constitución de 1988, al realizarse en una etapa tan avanzada del siglo XX, tiende a suscitar analogías y parangones con otras

²³ *Ibidem*, pp. 114, 161 y 175.

Constituciones que le han precedido y que dieron lugar al constitucionalismo social. Se citan diversos antecedentes de esta naturaleza, pero todos coinciden en que la primera constitución social y, por consiguiente, referente obligado de la actual Constitución brasileña, es la Constitución Política de 1917, en México, pero se habla también de la Declaración Rusa de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918, de la Ley Fundamental de la República de Weimar de 1919, del Tratado de Versalles (donde nacen las bases de la OIT), y hasta de la Constitución Política española de 1931. En este recuento destaca la primacía de la Constitución mexicana por ser la primera en introducir un ordenamiento con claro contenido social, resultado del predominio de un sector radical en los trabajos de su propio Constituyente. Pero es necesario tener presente que el contenido “social” de esta Constitución, como el de las otras ya mencionadas, obedece a reivindicaciones gremiales más que sociales, representa los intereses de sectores sociales definidos, como los campesinos o los trabajadores de la industria, y todavía no adquiere las características de derechos sociales para el conjunto de la ciudadanía. La Constitución mexicana tiene otra característica que le es propia y que limita su carácter social: se trata de un proyecto nacional de sociedad en el que los derechos laborales o sociales ahí señalados no tienen una aplicación inmediata, sino programática; es decir, conforme dicho proyecto se va realizando a lo largo del tiempo.

Por su parte, la Constitución de 1988 tiene una gran particularidad frente a Constituciones como la mexicana, esto es, no obstante que posee elementos de carácter programático, también posee la estructura de un ordenamiento que mezcla los principios fundamentales característicos de toda Constitución, con una serie de dispositivos del orden común, más bien pertinentes a las políticas públicas que produce cada gobierno en sus distintos períodos. Esta es una de las razones por las que la Constitución brasileña actual ha sido sometida a tantas enmiendas: para poder operar, cada gobierno, dentro de su contexto coyuntural, requiere de hacer modificaciones constitucionales que normalmente deberían afectar sólo a leyes comunes aprobadas en el Congreso. Una atenuante de esta restricción, que obstaculiza y resiste la elaboración de nuevas políticas públicas, es la regla de mayoría para realizar las enmiendas, que es más simple que en otras latitudes, 3/5 de las cámaras (frente a los 2/3 más comunes), lo que reduce el margen de rigidez de la actual estructura

constitucional; pero en cambio son exigidas dos votaciones nominales en cada una de las cámaras.²⁴

En síntesis, la Constitución de 1988 exige la realización de enmiendas para poder reformular las políticas públicas, así como amplias mayorías en las cámaras para obtener la votación necesaria; eso complica la gobernabilidad de un país presidencialista, multipartidista y bicameral.

Las razones concretas por las que la Constitución de 1988 adquirió esta configuración son más complejas aún que las de orden ideológico, ya señaladas: podría ser la consecuencia de equilibrios sumamente complejos entre los sectores representados en la ANC; o bien, como señalan otros autores, como resultado de las dudas o incertidumbres de los constituyentes acerca de la viabilidad, en el corto plazo, de las reformas que se estaban definiendo en ese “momento crítico” sobre diversas cuestiones económicas, fiscales y sociales; o porque la gestión pública cotidiana, en coyunturas o contextos cambiantes a lo largo del tiempo, no se abría a otras posibilidades.²⁵ Lo cierto es que hasta 2008 la Constitución de 1988 ya había sido enmendada en 62 ocasiones (56 enmiendas y 6 revisiones). Mediante este procedimiento, bajo el mandato de Fernando H. Cardoso y Lula se rediseñaron el sistema tributario, el modelo económico y, desde luego, algunos derechos sociales.²⁶

En este marco, es de subrayar que el mayor número de enmiendas constitucionales se realizó durante los dos períodos de gobierno de Fernando H. Cardoso (1995-2002), 35 enmiendas. Este dato es particularmente relevante porque cabe recordar que fue en esta etapa cuando se intentó modificar el sistema previsional brasileño de forma más radical, al menos hasta la fecha. Ante el contexto cambiante del país en esos años, particularmente con la apertura de la economía ante los procesos de globalización, el gobierno de Cardoso tuvo que recurrir consistentemente a las enmiendas constitucionales y pudo llevarlo a cabo gracias a la coalición política, parlamentaria y gubernamental.

²⁴ Gonçalves Couto, Cláudio y Bastos Arantes, Rogério, “Constituição, governo e democracia no Brasil”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 21, num. 61, junio de 2006, pp. 42-44, disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v21n61/a03v2161.pdf>. También Souza, Celina, “Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988”, *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, Río de Janeiro, vol. 51, núm. 4, 2008, p. 803, disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v51n4/01.pdf>.

²⁵ Souza, *idem*.

²⁶ *Ibidem*, pp. 791-793, 816 y 817.

mental que le facilitó las cosas en el Congreso con la mayoría de las iniciativas presentadas; en casi todos los casos, en efecto, pero no así en lo que se refiere a la reforma previsional.

Así pues, podemos anticipar alguna conclusión: por efecto de la morfología que le es característica y en virtud de las reglas escritas y no escritas que atañen a la continuidad y gobernabilidad a los diversos gobiernos que le han sucedido, la Constitución de 1988 ha sido resistente al cambio institucional, al menos en lo que se refiere al sistema previsional, sobre lo cual regresaremos más adelante.

VI. EL UNIVERSALISMO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LA PREVISIÓN SOCIAL

Como se dijo, lo que es una verdadera innovación en la Constitución de 1988 es la inclusión de un capítulo sobre derechos sociales que no existía con antelación, así como el grado de detalle de los mismos.²⁷ Lo que sucede es que a los derechos individuales clásicos y liberales vinieron a sumarse otros derechos sociales, materiales, cuyo objetivo es el de procurar una menor desigualdad social, además de la protección efectiva de los ciudadanos, lo que los convierte, por un lado, en derechos fundamentales incontrovertibles pero, por otro, le impone al Estado una función específica para poder garantizarlos. Esta particularidad de la Constitución de 1988 explica por qué tiene un carácter jurídico tan avanzado, pero al mismo tiempo por qué es tan abundante en disposiciones que deberían pertenecer al ámbito de las políticas públicas.²⁸

La Constitución de 1988 reviste una importancia capital en la sociedad brasileña actual porque produce la elevación de los derechos sociales a la categoría de derechos fundamentales, con autonomía de otros conceptos como los derechos laborales. La previsión social se incorpora dentro de una nueva categoría más amplia que se denominó seguridad social, en la que se suman, además del derecho a la previsión social, el derecho a la salud y el derecho a la asistencia social; esta concepción de derechos sociales integrados en un solo concepto de seguridad social es lo que corresponde a la versión brasileña de

²⁷ *Ibidem*, p. 814.

²⁸ Gonçalves Couto y Bastos Arantes, *op. cit.*, p. 51, *passim*.

universalidad. Para ser precisos, no se universaliza cada uno de los derechos que integran esta nueva categoría, sino que se dividen las prestaciones en un derecho universal a la salud, una previsión social obligatoria y contributiva para los trabajadores, así como una asistencia social no contributiva para quienes no tienen acceso a la previsión social (basada en el esquema denominado “prueba de medios”). Sin embargo, pese a estas restricciones, se trata de un concepto de seguridad social único en el que, en su conjunto, los beneficios sociales se otorgan según la necesidad de cada quien, pero se financian según la capacidad de cada persona.²⁹

Insistimos, no es que las Constituciones brasileñas hubieran omitido enunciar diversos derechos económicos, sociales y culturales con anterioridad, pero lo habían hecho de manera restringida y subordinada a un capítulo general de “orden económico y social” de carácter predominantemente laboral (como sucede en el caso mexicano). Por tanto, no se podían considerar aún como derechos sociales exclusivos y fundamentales. Así, la Constitución de 1988 tiene la característica de profundizar el derecho social, haciéndolo obligatorio y exigible, de forma gradual pero constante, aun dentro de las limitaciones materiales o financieras que pueda enfrentar.

Particularmente, la previsión social cambia su posición original; de inicio aparecía dentro de un título “De orden económico y social” (1934, 1937, 1946, 1967 y 1969), pero en la Constitución de 1988 el título se desdobra en dos: “De Orden económico y financiero” (título VII) y “De orden social” (título VIII), donde queda enmarcada la seguridad social. Más aún, “De los derechos y garantías fundamentales (título II) se subdivide en “De los derechos y deberes individuales y colectivos” (capítulo I) y “De los derechos sociales” (capítulo II), en cuyo artículo 60. aparece la previsión social.³⁰ La trascendencia de este reordenamiento resulta así evidente; la previsión social, dentro de la categoría de seguridad social, pasa a convertirse en uno de los derechos fundamentales de la sociedad brasileña, con autonomía de otras prerrogativas, por ejemplo el derecho al trabajo.

²⁹ Bessa dos Santos, Rita de Cássia, *O discurso de “racionalidade econômica” e a racionalização na reforma de Previdência Social*, São Paulo, Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidades de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Sociologia, 2008, pp. 121-126, disponible en: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-18092008-145534/pt-br.php>.

³⁰ Nogueira, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

En cuanto a su aplicabilidad, en el artículo 50., § 1, se señala que la aplicación de los derechos y garantías fundamentales será inmediata; pero también se señala en el artículo 60 (“De la Enmienda a la Constitución”), § 4, inciso IV, que no serán abolibles (cláusula pétrea) los derechos y garantías individuales, y por tanto los propios derechos sociales.³¹

La Constitución de 1988 delinea las características de la previsión social brasileña en cuanto a los principios básicos de la seguridad social: la solidaridad, la obligatoriedad, la universalidad (dentro del marco del trabajo formal) y el carácter contributivo.³² El principio de universalidad, pese a su aplicación restringida, es una particularidad importante de la previsión social brasileña porque le ha permitido avanzar rápidamente a la incorporación de nuevos sectores de trabajadores, como la integración de trabajadores autónomos de ingreso bajo y doméstico, a partir de las enmiendas constitucionales núms. 41/2003 y 47/2005, y que se esté haciendo con el mismo carácter de exigibilidad inmediata.³³

Ahora bien, la Constitución original de 1988 (antes de las enmiendas) no define con detalle las modalidades actuales de previsión social, pero sí habla de “planes de previsión” (artículo 201). Después, con la enmienda constitucional núm. 20/1998 ya se señala, con minúsculas, un régimen general de previsión social, RGPS, (artículo 201) para los trabajadores del sector privado y aquellos del sector público no integrados al otro sistema, mediante un esquema contributivo; después aparece la alusión, también en minúsculas, de un “régimen de previsión de carácter contributivo y solidario” (artículo 40), el cual se conoce convencionalmente en la actualidad como regímenes propios de previsión social, RPPS, o régimen jurídico único, para dar cobertura a los trabajadores de la Unión (federación), del Distrito Federal, así como de los estados y municipios, con un carácter igualmente contributivo;³⁴ finalmente, se señala un régimen de previsión privado, de carácter complementario, facultativo (artículo 202). Desde el punto de vista jurídico, la previsión social

³¹ *Idem.*

³² Recordemos que la Constitución mexicana, en su versión de 1929, definió la seguridad social como pública, obligatoria y tripartita.

³³ Nogueira, *op. cit.*, pp. 60-63 y 69-71.

³⁴ Dentro de esta modalidad está el régimen previsional de las fuerzas armadas (artículo 142), aunque las reglas y beneficios no se sujetan a las mismas reglas que el resto de los servidores públicos.

brasileña estaría dividida en tres modalidades: una de carácter comprensivo y residual (RGPS), otra específica (RPPS), y otra privada y complementaria.³⁵

Vale la pena señalar algunas particularidades de la previsión social emanada de la Constitución; en primer lugar, el hecho ya referido de que, aunque no es propiamente universal, sí contiene beneficios y prestaciones más comprensivos. No obstante, con las enmiendas constitucionales realizadas, en vez de profundizarse la universalización, se ha venido enfatizando su carácter restringido y contributivo, además del impulso al régimen de previsión social complementario y privado.³⁶

VII. LOS PRINCIPIOS NORMATIVOS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988

Como ya se mencionó, la Constitución de 1988 describe un concepto de seguridad social en el que se incluye la salud universal, la asistencia social no contributiva y la previsión social de carácter contributivo. Para estos derechos sociales, la Constitución señala una serie de principios normativos que resulta central para comprender los límites que tiene que enfrentar una reforma previsional o de la seguridad social. Además de tener un carácter universal, la seguridad social deberá ser uniforme y equivalente para trabajadores urbanos y rurales, irreductible en cuanto al valor de los beneficios, equitativa y diversificada en cuanto al financiamiento, descentralizada y democrática en cuanto a su administración mediante un carácter cuatripartito en el que participan trabajadores, empleadores, gobierno y los propios jubilados en los órganos de gobierno. Vamos a ver con más detalle estos aspectos.

La Constitución de 1988 abunda en los principios u “objetivos” (artículo 194) que rigen los derechos sociales y que representan el conjunto de reglas normativas que estructura las características y los límites de las distintas pres-

³⁵ *Ibidem*, pp. 64-69; Pierdoná, Zélia Luiza, “A proteção social na constituição de 1988”, *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, núm. 28, 2007, pp. 14-16, disponible en: http://www.reid.org.br/arquivos/00000028-001_Zelia.pdf.

³⁶ Hay regímenes complementarios “cerrados” y “abiertos”, cerrados cuando sólo pueden participar los trabajadores de una empresa o empresas determinadas y abiertos cuando puede participar cualquier trabajador de cualquier empresa; puede haber regímenes complementarios para los trabajadores del RPPS y para los servidores públicos, en la práctica han funcionado básicamente para los trabajadores del RPPS.

taciones a que tienen acceso los ciudadanos, particularmente en materia de previsión social, que es lo que nos ocupa. Estos principios constituyen la dimensión más programática de la Constitución; por tanto, no significa su cumplimiento a cabalidad pero sí una serie de restricciones que delimita el margen de maniobra de las políticas públicas. Como se verá, se trata de fundamentos que refuerzan la pretensión universalizante de la seguridad social brasileña y que resisten, aunque no excluyan, la realización de reformas radicales en los diversos sistemas previsionales.³⁷

Vamos a apoyarnos en el análisis de interpretación jurídica que hace Vilian Bollmann³⁸ como base de esta descripción, añadiendo algunas observaciones desde la óptica de nuestra preocupación. Desde la lógica del legislador, este autor trata de precisar cómo deben interpretarse los principios de la previsión social general (RGPS):

- *Universalidad de cobertura y atención.* Se aplica a la prestación de servicios o beneficios para todos los eventos cuya reparación sea necesaria para la sobrevivencia. Es un principio de gran amplitud subjetiva de todo el sistema; sin embargo, debe recordarse que su aplicación atañe tanto a la salud como norma verdaderamente universal, a los trabajadores formales del sector privado y a los servidores del sector cubiertos por los RPPS, así como a los pobres. Se trata de un principio de carácter universal de todas formas porque abarca beneficios contributivos entre los trabajadores urbanos, que cotizan plenamente, y los trabajadores rurales, que lo hacen de manera casi simbólica, así como aquellos que reciben beneficios asistenciales totalmente no contributivos.
- *Isonomía en el tratamiento urbano y rural (uniformidad y equivalencia).* Los beneficios serán los mismos entre trabajadores urbanos y rurales, cubriendo los mismos eventos y con beneficios equivalentes, se trata de la concretización del principio de igualdad jurídica; lo que viene a complementar el principio anterior en el sentido de que no obstante que unos y otros contribuyen diferenciadamente, los beneficios son equivalentes.

³⁷ Véase la descripción de la evolución de estos principios y sus limitaciones en Bessa dos Santos, *op. cit.*, capítulo II.

³⁸ “Princípios constitucionais da previdência social”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, vol. 1, núm. 1, tercer cuatrimestre de 2006, pp. 619-629, disponible en: <http://siabib01.univali.br/pdfs/Artigo%20Vilian%20Bollmann.pdf>.

- *Selectividad en la prestación.* Se refiere a la posibilidad del legislador de priorizar ciertas necesidades sociales, por tanto, es el lado objetivo de la universalidad, la comprensibilidad del sistema depende de la capacidad económica de realizarla; esto implica, por un lado, una limitación en cuanto a la implementación plena de los derechos previsionales pero, por otro, los convierte en prestaciones inmediatas y jerarquizadas en beneficio de los menos favorecidos (como podría decirse en los términos de Rawls).
- *Distributividad.* Se interpreta como el otorgamiento de los beneficios a cada quien según sea su necesidad, lo que permite la posibilidad de que el legislador considere con prioridad a aquellos con más necesidades; significa también que la contribución no es la base última de los beneficios, puesto que puede ser redistribuida; esto en contraste con la tendencia más reciente a vincular las contribuciones a la previsión social con los beneficios.
- *Irreductibilidad de los beneficios.* Es la prohibición a reducir el valor *nominal* de las prestaciones, un salario mínimo, pero lleva implícito también el carácter cualitativo de la prestación, es decir, el ajuste necesario del beneficio para mantener el poder adquisitivo; principio que ha abierto otro frente de discusión sobre los objetivos de las reformas previsionales, puesto que conduce a revisar los factores de actualización del valor del “piso” de los beneficios, sea en términos del salario mínimo o de la inflación, pero también de las reglas que permiten acceder al “techo” de las prestaciones.
- *Diversidad en la base del financiamiento.* El sostenimiento del sistema puede provenir de diversas fuentes, además de las contribuciones, como el recurso a las loterías públicas o a impuestos especiales a los beneficios y ganancias patronales, para destinarlos al financiamiento de la seguridad social, de tal forma que no impliquen gravar aún más la nómina salarial, todo con el fin de darle estabilidad y seguridad al sistema. Con este principio se refrenda el carácter contributivo y no contributivo de toda la seguridad social, incluyendo la previsión social, aunque en la discusión actual se hacen esfuerzos para tratar por separado cada uno de sus componentes.

- *Equidad en la participación del costeo.* El financiamiento es responsabilidad del Estado y de la sociedad, según las características de los sistemas, es decir, cuentas individuales implican financiamiento privado, pero el esquema de reparto implica financiamiento inter e intra-generacional, así como el criterio de la progresividad según el tipo de contribución. Claramente, en este principio se hace efectivo también el principio de la solidaridad que caracteriza a la previsión social basada en el reparto, a diferencia del modelo de cuentas individuales.
- *Gestión democrática y descentralizada.* Se refiere a la participación de toda la sociedad en la planeación, ejecución y control de las actividades de aseguramiento social, a través de la creación concreta de órganos colegiados de deliberación. Es una norma de gran innovación previsional que pretende prevenir la realización de reformas casi por decreto, para llevarlas a un terreno más próximo a los pactos sociales o “reformas pactadas” (por ejemplo, el Pacto de Toledo en España). No obstante, también aquí existe un debate acerca de cómo definir las atribuciones de los órganos colegiados.
- *Precedencia de la fuente de costeo.* Para la creación o ampliación de beneficios se tiene que indicar la fuente de financiamiento como condición previa. Se trata así de un principio de responsabilidad financiera para reducir el riesgo demagógico, pero al mismo tiempo se convierte en un punto de contención política en la lucha por la asignación de los presupuestos
- *Presupuesto diferenciado.* Implica la intransferibilidad de los recursos de la seguridad social a otros fines. Parece el principio que daría mayor garantía al buen funcionamiento de la previsión social y de los otros derechos sociales, pero en los hechos no ha sido capaz de sostenerse.

Por otro lado, después de las enmiendas constitucionales de Cardoso y Lula, la Constitución establece la previsión social como una acción obligatoria, contributiva, en condiciones de equilibrio financiero y actuarial, con un valor garantizado de cuando menos un salario mínimo, con beneficios indexados al momento de calcularlos preservando así el valor real de los beneficios, con un carácter comutativo (el tiempo en un régimen se suma al tiempo laborado en otro, portabilidad), con un sistema privado complementario, facultativo, con derechos inalienables, imprescriptibles y no sujetos a empeño, a partir del

principio de la unicidad, es decir, un solo beneficio que sustituya la remuneración del trabajador.

VIII. EL MODELO PREVISIONAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988 A PRUEBA: LAS REFORMAS A TRAVÉS DE LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES

A partir de los elementos aportados, retornamos a las preguntas centrales del trabajo: ¿el modelo de previsión social previsto en la Constitución de 1988 ha resistido las tentativas de cambio institucional? En todo caso, ¿qué tipo de reformas se ha podido implementar bajo el peso jurídico, pero también moral, del texto constitucional?

Las reformas previsionales derivadas de las enmiendas constitucionales núms. 20/1998, así como 41/2003 y 47/2005 durante los gobiernos de Fernando H. Cardoso y Lula, respectivamente, son el resultado de acomodar las políticas públicas sobre la materia a las coyunturas históricas de cada gobernante, pero también son, desde luego, la expresión de las ideas o modelos previsionales que conforman la mentalidad de los tomadores de decisiones en un momento determinado. Tanto la reforma de Cardoso como la reforma de Lula forman parte de un mismo proceso de actualización de las reglas de acceso y de los beneficios previsionales, en el marco de supuestos desequilibrios financieros y, por ende, de la necesidad de replantearse la viabilidad del modelo previsional contenido en la Constitución de 1988.

Correspondió al presidente Cardoso intentar una reforma previsional más radical, acorde con las reformas que ya venían realizándose en la región latinoamericana, en tanto que la reforma de Lula se limitó a completar, de alguna forma, aquello que quedó pendiente de la reforma de su antecesor; por tanto, la verdadera “coyuntura crítica” para modificar el sistema previsional brasileño se abrió durante el primer gobierno de Fernando H. Cardoso.

Los primeros cambios en la concepción de un nuevo modelo de desarrollo para la sociedad brasileña se presentaron al final de los años ochenta e inicios de los noventa, con el gobierno de Fernando Collor, pero su expresión concreta aconteció durante el gobierno de Itamar Franco, siendo Fernando H. Cardoso ministro de Hacienda y creador del exitoso Plan Real. Ya como presidente, Cardoso presentó el proyecto de enmienda constitucional núm. 173 para la reforma del Estado, para la que se anticipaban buenos resultados

gracias al éxito electoral del nuevo gobierno y a la estabilización de la economía lograda con el Plan Real. Así, la reforma del Estado se encaminó hacia la flexibilización de las relaciones laborales, el ajuste fiscal, la privatización, la apertura a la inversión extranjera, la desregulación económica, entre otros. El argumento central de las reformas de Cardoso se centraba en la tesis de que dicha estrategia era una condición para mantener la estabilidad que dio el Plan Real y para reiniciar el crecimiento económico.³⁹

Como parte de este proceso se decidió emprender la reforma del sistema previsional, el cual era considerado por el gobierno de Cardoso como una de las causas fundamentales del desequilibrio fiscal. En este momento, cabe mencionar, ya había ganado gran influencia la posición del Banco Mundial sobre la necesidad de emprender reformas previsionales a partir del modelo de los “tres pilares”. En este marco, se presentó ante el Congreso, en 1995, el proyecto de enmienda constitucional en cuestión. Además del éxito estabilizador del Plan Real, Fernando H. Cardoso poseía otros elementos institucionales favorables como el apoyo de la coalición política entre el Partido del Frente Liberal (PFL) y el Partido de la Socialdemocracia Brasileña (PSDB), así como la consecuente mayoría para traducir este apoyo en la votación de las cámaras.

El resultado no fue totalmente el esperado, pues el texto final de la enmienda sólo pudo ser aprobado luego de tres años y diez meses, hasta diciembre de 1998, con modificaciones sustanciales a la propuesta de Cardoso que preveía una reforma más estructural del sistema previsional.

Con la enmienda constitucional núm. 20/1998 se afectó tanto al régimen general de previsión social (RGPS) como a los regímenes propios de previsión social (RPPS). El cambio general más importante fue la mayor vinculación entre contribuciones y beneficios; se impuso en el artículo 201 de la Constitución el principio del “equilibrio financiero y actuarial” como base de la organización de la previsión social y se redefinió el criterio para el cálculo de las jubilaciones, sustituyendo la expresión original “años de servicios” por la de “años de contribución” (mismo artículo 201, § 7, inciso I); adicional-

³⁹ Carinhato, Pedro Henrique, “Neoliberalismo, reforma do Estado e políticas sociais nas últimas décadas do século XX no Brasil”, *Aurora*, año II, núm. 3, diciembre de 2008, p. 41, disponible en: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1192/1060>. También Behring y Boschetti, *op. cit.*, p. 146.

mente, se impulsó la creación de un nuevo “pilar” de la previsión social: el esquema privado, complementario al régimen general, o régimen de previsión privado (artículo 202).

En cuanto al RGPS, se modificó el criterio para el cálculo de las jubilaciones conforme al salario de los tres últimos años laborados, para establecer en su lugar uno nuevo basado en el 80% de los salarios de contribución a partir de 1994. Más adelante, en 1999, se incorporó el llamado factor previsional para calcular las jubilaciones, tomando en consideración la edad de retiro y la expectativa de vida del trabajador retirado. En lo referente a los RPPS, se estableció la edad mínima para el retiro (48 años mujeres y 53 años hombres) independientemente del periodo de contribución, e incorporando un factor complementario para incrementar el tiempo de contribución; se eliminó la jubilación proporcional; se desvincularon los beneficios previsionales del salario mínimo, como base de indexación, para los ingresos superiores al piso (un salario mínimo), y se rebajó el techo nominal de los beneficios. Para los nuevos servidores públicos se definió una nueva edad de retiro de 60 años para hombres y 55 para mujeres.

Pero otras reglas no fueron aprobadas, la más importante de ellas la elevación de la edad de retiro (60/65, mujer/ hombre) adicional al tiempo de contribución (30/35), permaneciendo la posibilidad de retirarse con un solo criterio: por tiempo de contribución (30 años mujeres y 35 años hombres), o por edad (48 años mujeres y 53 años hombres).⁴⁰

La enmienda 41 de 2003 se promulgó el 19 de diciembre de 2003, junto con la núm. 42 relativa al sistema tributario, aprobándose en un plazo muy reducido dentro del Congreso. Introdujo cambios menores al RGPS y se concentró en los RPPS. Se mantuvo la edad mínima de retiro para hombres y mujeres, así como el tiempo de servicio mínimo para tener derecho a los beneficios. En cambio, se impuso un techo para los beneficios del RGPS por valor de \$2,400 reales mensuales a la fecha de la enmienda, pero actualizables para mantener su valor. En cuanto a los RPPS, se establecieron reglas similares al RGPS; se introdujo la definición de los regímenes propios como

⁴⁰ Fagnani, Eduardo, “Previdência Social e Constituição Federal: Qual é a visão dos juristas?”, *Tributação*, año 16, núm. 57, julio-diciembre de 2010, pp. 6 y 7, disponible en: http://www.conselho.saude.gov.br/cm/artigos/Previdencia_Social_ConstituicaoFederal_Qual_visao_Juristas_Eduardo_Fagnani.pdf; Behring y Boschetti, *op. cit.*, nota 8, p. 161.

de carácter contributivo y solidario; se hizo obligatoria la contribución de los jubilados y pensionistas para los beneficios que excedieran el techo del RGPS; para los nuevos servidores públicos se homologó el monto de las jubilaciones en concordancia con el RGPS, incluyendo el techo máximo ya señalado, pero condicionado a la creación de un régimen complementario de retiro. Se alteraron las bases de los RPPS para los servidores públicos; se anticipó el establecimiento de la edad mínima de retiro (60 hombres y 55 mujeres); se incrementó en un 20% el tiempo de contribución para la jubilación proporcional y 40% para la integral; se estableció el requisito de comprobar cinco años efectivos en el cargo público para obtener la jubilación; se terminó con la jubilación especial de los profesores universitarios, para los trabajadores entrantes; se introdujo la jubilación obligatoria a los 70 años.⁴¹ Por su parte, la enmienda 47/2005 profundizó algunos detalles de la reforma previa a los llamados RPPS.

A lo largo de este periodo de reformas se han realizado otras acciones que afectan el contenido original de la Constitución de 1988 por el camino de las leyes reglamentarias y por el recurso de la omisión. Las más importantes son aquellas que afectan la asignación presupuestal. En primer lugar, es de destacar que una de las disposiciones constitucionales más importantes establecía la obligación de elaborar un presupuesto independiente para la seguridad social (artículo 165, § 5, inciso III); sin embargo, hasta la fecha la asignación de los recursos de ésta sigue formando parte de un solo presupuesto fiscal y de la seguridad social, por lo que no puede garantizarse la inafectabilidad de los recursos destinados a la protección social y su uso para otros fines. En efecto, este hecho se confirma, en segundo lugar, con la aprobación en 1994 de la llamada desvinculación de las recaudaciones de la unión (DRU), que permite al gobierno federal disponer del 20% de las recaudaciones fiscales que deberían ser exclusivas para la seguridad social, con el propósito de fortalecer el superávit fiscal y el consecuente pago de la deuda pública.⁴²

⁴¹ Behring y Boschetti, *op. cit.*, pp. 161, 173 y 174; también Lazzari, João Batista y Pereira, Carlos Alberto, “A Constituição de 1988 e a Seguridade Social. Evolução e perspectivas”, en Alkim, Marcelo (coord.), *A Constituição consolidada. Críticas y desafios*, Brasilia, Conceito Editora, 2008, pp. 321-325.

⁴² Fagnani, *op. cit.*, p. 4, 5, 11, 12-14 y 17; Behring y Boschetti, *op. cit.*, pp. 163, 166, 167 y 172; Lazzari y Pereira, *op. cit.*; Rodrigues de Oliveira, Carlindo y Coeli de Oliveira, Regina, “Direitos sociais na constituição cidadã: um balanço de 21 anos”, *Serviço Social & Sociedade*, São

IX. CONCLUSIONES

¿Qué es lo que estas reformas han modificado o debilitado de la concepción previsional en la Constitución de 1988 y de sus principios fundacionales? ¿Estos cambios están transformando gradualmente el modelo previsional establecido en la Constitución de 1988 o el modelo original prevalece, adaptándose y reproduciéndose?

Comencemos por responder estas cuestiones observando el efecto de las enmiendas constitucionales sobre los objetivos de los derechos sociales originales.

Se han debilitado los objetivos más importantes de *universalidad de cobertura y atención*, así como de *distributividad*, puesto que al favorecer la vinculación entre contribución y beneficio, el actual sistema previsional se aleja del principio que establece “a cada quien su necesidad, de cada cual según su capacidad”, anteponiendo el derecho de los trabajadores contribuyentes al de aquellos menos favorecidos; no obstante, los principios no desaparecen puesto que continúan los beneficios no contributivos de tipo asistencial y aquellos *pseudo* contributivos para los trabajadores rurales, cuya aportación al sistema es prácticamente simbólica.

Se vulnera el principio de *irreductibilidad de beneficios*, puesto que se desvinculó el salario mínimo como factor de indexación para beneficios superiores al “techo” y se derogaron otros beneficios establecidos para trabajadores del sector privado y del sector público; no obstante, este cambio permite una asignación más equitativa de los recursos, puesto que los servidores públicos reciben beneficios desproporcionados a sus similares en el sector privado.

Se ha oscurecido el principio de *diversidad en la base del financiamiento*, al poner en entredicho la norma de que el presupuesto de la seguridad social, incluyendo la previsión social, se debe integrar con las contribuciones sociales y con otros recursos fiscales y no sólo con las primeras. Y se ha debilitado el principio de *equidad en la participación del costeo*, ya que la vinculación de contribuciones y beneficios reduce la solidaridad intra e inter-generacional, así como la progresividad de las recaudaciones.

Se ha vulnerado el principio de *presupuesto diferenciado*, porque no se está elaborando un presupuesto específico para la seguridad social, y en cambio se está disponiendo de parte de los recursos fiscales que le corresponden para otros fines, como el ajuste fiscal y lo que ello implica (pago de deuda e intereses).

Se ha abusado del principio de *precedencia de la fuente de costeo*, puesto que se ha introducido el criterio del equilibrio financiero y actuarial del sistema previsional a partir de la recaudación de las contribuciones, pasando por alto que una parte del sistema no es contributivo y, por tanto, que requiere de recursos adicionales de origen fiscal.

En el Brasil actual existe una gran división entre quienes promueven una profundización en el carácter contributivo de la previsión social, y aquellos que consideran imprescindible la lucha por hacer prevalecer los derechos sociales en los términos originales de la Constitución de 1988. No se percibe quiénes lograrán prevalecer a fin de cuentas. Las dificultades que implica el proceso de reforma a través de enmiendas constitucionales y la morfología constitucional en sí misma, con todo su repertorio de derechos sociales, constituyen un obstáculo institucional para llevar adelante las iniciativas en uno u otro sentido. La sociedad brasileña desearía poseer las bases para lograr reformas previsionales sobre la base de pactos sociales, a la manera, por ejemplo, del Pacto de Toledo.

En 2007, el gobierno de Lula convocó y estableció un Foro Nacional de Previsión Social mediante el Decreto núm. 6.019, del 22 de enero de 2007. Con el Foro se intentaba crear el marco institucional para futuras reformas de consenso, con la participación de representantes de los empleadores, de los trabajadores, de los jubilados y pensionistas, así como del gobierno federal. No se logró ahí el acuerdo para emprender nuevas reformas, pero sí para preservar las bases del modelo previsional original.

Según narran Lazzari y Pereira, la primera de las premisas de este Foro fue que:

...no habría discusión acerca del modelo previsional —de reparto simple—, administrado por el Estado, de naturaleza pública y financiado mediante contribuciones. Dejó claro el entonces ministro de Previsión Social, en su discurso inicial, que no se colocaban en discusión propuestas como la de

privatizar el sistema, o de modelos de capitalización, preservándose, así, el carácter solidario y de política pública de la previsión (traducción nuestra).⁴³

Podemos concluir, entonces, que la Constitución de 1988 ha logrado hasta ahora resistir, reproduciéndose por adaptación, a los intentos de construir las bases de un nuevo modelo previsional alejado de sus principios básicos originales. Esto no significa que la Constitución sea la causa única, probablemente ni siquiera la más importante que explica por qué en Brasil se eligió una reforma previsional paramétrica y no estructural, como ya venía sucediendo en otros países de América Latina. Pero la cuestión de fondo es que quienes estamos interesados en explorar las potencialidades del análisis neo institucional, no podemos soslayar el papel de las instituciones formales. Las Constituciones importan y mucho. 

⁴³ *Ibidem*, p. 335.