Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Los distintos criterios para la verificación de la condición de persona con discapacidad entre países acordantes en materia de Seguridad Social y las barreras de acceso al beneficio programado: la necesidad de armonización y/o convergencia para la garantía de la protección social en Brasil y Portugal

The different criteria for the verification of the condition of a person with a disability between countries that agree on Social Security and the barriers to access to the programmed benefit: the need for harmonization and/or convergence for the guarantee of social protection in Brazil and Portugal

Rodrigo Monteiro Pessoa[1] *Post doctor en Derecho por la FDRP/USP*
Doctor en Derecho por la Universidad de Chile
https://orcid.org/0000-0002-3393-4139

Jair Aparecido Cardoso[2] *Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto - USP*
https://orcid.org/0000-0002-8908-5789

Sebastião Sérgio Da Silveira[3] *Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo - FDRP-USP*
Licenciado en Derecho por la UNAERP
https://orcid.org/0000-0002-2773-4544

Cita Sugerida: MONTEIRO PESSOA, R., APARECIDO CARDOSO, J. y DA SILVEIRA, S.S.: «Los distintos criterios para la verificación de la condición de persona con discapacidad entre países acordantes en materia de Seguridad Social y las barreras de acceso al beneficio programado: la necesidad de armonización y/o convergencia para la garantía de la protección social en Brasil y Portugal». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 381-394.

[1] Maestría en Derecho Económico por la Universidad Federal de Paraíba (UFPB). Especialista en Derecho de la Seguridad Social por la UNIDERP, en Derecho y Compliance Laboral por el IEPREV, en Derecho y Práctica Previsional por el IMADEC y en Previsión del Servidor Público Aplicada por el IEPREV. Licenciado en Derecho por el IESP y en Administración por la UFPB. Miembro Investigador del GEDTRAB (FDRP/USP). Miembro investigador de la "Rede Ibero-americana de Pesquisa em Seguridade Social (CNPQ)". Líder del Grupo de Investigación Protección Social Internacional / Comparada (CNPQ). Académico del Programa de Postgrado (magíster y doctorado) de la Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Profesor de Derecho de la Seguridad Social del Claretiano Centro Universitario. Profesor del Programa de Magíster de la Universidad de Talca (Chile).

[2] Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo- PUC-SÃO PAULO (2006). Licenciado y Máster en Derecho por la Universidad Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Posgrado en Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica de Campinas - PUC -Campinas. Líder del grupo de investigación (CNPQ/2010) "A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho" FDRP/USP. Miembro del grupo de investigación RETRABALHO, Red de grupos de investigación en Derecho Laboral y Procesal (CNPQ). Autor de artículos y libros en el área.

[3] Máster y Doctor en Derecho por la PUC-SP. Postdoctor en Derecho por la Universidad de Coimbra - UC/PT. Fue Fiscal del Ministerio Público del Estado de São Paulo. Profesor Titular del Curso de Derecho en el Pregrado y del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAERP (magíster y doctorado), habiendo sido coordinador de ambos. Actual Rector de la UNAERP. Editor de las Revistas Paradigma y Reflexão e Crítica do Direito.

Resumen

Diversos son los desafíos que los Estados enfrentan en la operacionalización de los acuerdos internacionales en materia de seguridad social, que van desde la necesidad de establecer sistemas de comunicación más precisos y efectivos entre los países acordantes hasta el establecimiento de criterios uniformes para la valoración de situaciones especiales como la de las personas con discapacidad que demandan el reconocimiento de esta condición cuando buscan el acceso a beneficios programados específicos cuyas reglas les son más beneficiosas. Se discutirá estas barreras de acceso en el presente trabajo, considerando el análisis entre Brasil y Portugal en la concesión de pensiones por vejez a personas con discapacidad, de forma de verificar si los criterios existentes pueden generar soluciones distintas en la concesión de la pensión por vejez a este grupo vulnerable en ambos países.

Palabras clave

acuerdos internacionales; seguridad social; protección social; personas con discapacidad; pensión por vejez; criterios de verificación de la discapacidad

Abstract

There are several challenges that States face in the operationalization of international social security agreements, ranging from the need to establish more precise and effective communication systems between the countries involved to the establishment of uniform criteria for the assessment of special situations such as that of people with disabilities who demand recognition of this condition when they seek access to specific programmed benefits whose rules are more beneficial to them. These access barriers will be discussed in this paper, considering the analysis between Brazil and Portugal in the granting of old-age pensions to people with disabilities, to verify whether the existing criteria can generate different solutions in the granting of old-age pensions to this vulnerable group in both countries.

Keywords

international agreements; social security; social protection; persons with disabilities; old-age pension; disability verification criteria

1. INTRODUCCIÓN

Con el aumento de los flujos migratorios debido a la quinta ola de la globalización se incrementan en proporción los desafíos para optimizar los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes. Entre Brasil y Portugal, existe un acuerdo en materia de seguridad social desde el 1969 (promulgado por el Decreto Legislativo n. 40 de 8 de julio de 1970), renovado y actualizado por otro convenio en 1995 (promulgado por el Decreto n. 1.457, de 17 de abril de 1995) y ahora también con el convenio multilateral Iberoamericano vigente desde el 2014 (promulgado por el Decreto n. 8.358, de 13 de noviembre de 2014). El acuerdo bilateral contempla la posibilidad de acceso a todas las modalidades de beneficios programados previstos en la legislación de seguridad social de ambos países, entre ellos está la pensión anticipada por vejez para las personas con discapacidad.

Ocurre que, en Brasil, la pensión anticipada por vejez y por tiempo de cotización para las personas con discapacidad (PcD) está reglada y vigente desde el 2013, mientras que en Portugal esta modalidad de pensión es novedosa, visto que se reglamentó el 2023, posibilitando, entonces, la verificación de la condición de PcD para disminuir la edad de jubilación en el país Ibérico.

Existen, al menos, dos problemas operativos en el acceso a la pensión anticipada por vejez o tiempo de cotización en Brasil por medio de la totalización de períodos laborados en Portugal, uno de ellos con respecto a la edad de acceso y el pago de la prestación *prorrata*, y otra con respecto al criterio de verificación de la condición de PcD.

Este trabajo analiza críticamente las dificultades operativas de esta modalidad de pensión por medio del acuerdo bilateral entre Brasil y Portugal, partiendo de la hipótesis de que forma como están diseñados los criterios de acceso a la pensión anticipada para PcD en la arquitectura sistémica de seguridad social de ambos países, genera una situación de desigualdad, con encargos mayores al sistema brasileño en ciertas situaciones, teniendo en cuenta lo previsto en sede de precedentes y las garantías constitucionales para los asegurados que viven en Brasil y solicitan en este país el acceso al beneficio programado por vejez.

La investigación se condujo a partir del análisis comparado de un único objeto, cual sea: la pensión por vejez y tiempo de cotización para PcD en Brasil y Portugal, con miras a establecer críticamente los criterios operativos para la materialización del derecho humano y fundamental a la seguridad social en el derecho social comparado. Desde los aspectos metodológicos acompañamos a Mendizábal Bermúdez (2022, p. 3) que aclara que, en esta perspectiva postmoderna, el "*derecho comparado deja de ser un instrumento de investigación meramente teórico y ha reafirmado su función como herramienta indispensable para generar los comparativos que den pie al derecho que regule a los migrantes y les salvaguarde sus derechos humanos*". Se concibe para las finalidades pretendidas que el derecho comparado es un método científico (David & Jauffret-Spinosi, 2017), y la finalidad metodológica es evidenciar las dificultades operativas de la materialización del acuerdo internacional con relación a la pensión para personas con discapacidad de forma de armonizar/unificar todo (más utópico) o convergir/coordinar puntos específicos (más plausible) en los marcos normativos de ambos países para evitar desigualdades en la concesión del beneficio de seguridad social pretendido por la vía de la totalización de tiempos de cotización entre Brasil y Portugal y la sobrecarga de uno de los sistemas en desmedro del otro, por la ausencia de criterios semejantes de acceso a los beneficios pretendidos.

2. CRITERIOS DE ACCESO A LA PENSIÓN POR VEJEZ PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN BRASIL Y PORTUGAL

Los derechos de las personas con discapacidad adquieren nuevo grado de importancia a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y disponible para firma el 30 de marzo de 2007. La convención se basa en la necesidad de persecución de la dignidad humana y la proposición de discriminaciones positivas con miras a permitir que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos humanos de forma plena y sin discriminación. Se prevé el acceso a la salud, con programas y servicios acordes con las necesidades de las PcD y la determinación del diseño de políticas de protección social que les asegure el nivel de vida digno y adecuado con estrategias de reducción de la pobreza y de acceso a los programas y beneficios de jubilación. El contenido de la convención debe ser operacionalizado por la vía de la cooperación internacional, velando, facilitando y apoyando los procesos necesarios para la garantía de los DD.HH. de las PcD. Además, la convención innova en el concepto de discapacidad, disociando su contenido de la capacidad para el trabajo, como en muchas ocasiones se ha visto en la legislación de los países para fines de elegibilidad para los beneficios de protección social, ya que su art. 1º establece que:

> Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Brasil y Portugal no se demoraron en ratificar la CIDPD. Brasil lo hizo a través del Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 y Portugal las Resoluciones n. 56/2009 y n. 57/2009 de la Asamblea de la República y los Decretos Presidenciales n. 71/2009 y n. 72/2009 de 30 de julio. No obstante, Brasil modificó su legislación de seguridad social de forma mucho más rápida para adecuarse al contenido de la CIDPD, ya que discapacidad e incapacidad son conceptos distintos. Antes que se contemplase una pensión anticipada por discapacidad en Brasil, se encontraba la definición de discapacidad en la Ley Orgánica de la Asistencia Social (Ley n. 8.742/1993 - LOAS), necesaria para la concesión del beneficio de prestación continuada (BPC) de la asistencia social brasileña. El art. 20, § 2º de la LOAS con la redacción original de 1993 determinaba que "*A los efectos de la concesión de esta prestación, se entiende por minusválido el incapacitado para la vida independiente* y para el trabajo". Esta asociación a la incapacidad persistió en 1995 y 2007 cuando los decretos reguladores de la LOAS

repitieron la redacción que incluía la incapacidad para el trabajo como requisito para determinar la discapacidad. La previsión estaba el en Decreto n. 1.744 de 08/12/1995, art. 2º, inciso II y en el Decreto n. 6.214 de 26/09/2007, art. 4º, inciso II. La única innovación del Decreto n. 6.214/2007 fue eliminar la irreversibilidad de la discapacidad como característica para su configuración. Fue solamente en 2011 que para acompañar a la CIDPD el ordenamiento jurídico brasileño con la Ley n. 12.435, de 06/06/2011, modificó la LOAS dando la siguiente redacción al art. 20, § 2:

> *A los efectos del otorgamiento de este beneficio, se considerarán: I - persona con discapacidad: aquellas que tengan deficiencias físicas, intelectuales o sensoriales de larga duración que, en interacción con diversas barreras, puedan obstaculizar su participación plena y efectiva en la sociedad con las demás personas; II - deficiencias de larga duración: aquellas que inhabiliten a la persona con discapacidad para la vida independiente y el trabajo durante al menos dos (2) años.*

Como se percibe, el concepto reproduce la definición de discapacidad de la CIDPD y agrega que para el ordenamiento jurídico brasileño lo que se comprende como impedimento de largo plazo es aquel superior a 2 (dos) años.

No obstante, ya en 2013, Brasil cumplió con la determinación constitucional prevista en el artículo 201, § 1º, inciso I que contemplaba la posibilidad de adopción de reglas diferenciadas de concesión de beneficios previsionales para las PcD y la Ley Complementar n. 142/2013 posibilitó su materialización en el ordenamiento jurídico brasileño. Aun así, fue solamente con la Ley n. 13.146, de 06/07/2015, el Estatuto de la Persona con Discapacidad, que se universalizó el concepto de discapacidad previsto en la CIDPD, cuyo artículo 2º estableció:

> *Persona con discapacidad es aquella que presenta impedimento físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que, en interacción con una o más barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.*
>
> *§ 1º La evaluación de la discapacidad, cuando necesaria, será biopsicosocial, realizada por un equipo multiprofesional e interdisciplinario y considerará:*
>
> *I - alteraciones de las funciones y estructuras corporales;*
>
> *II - factores socioambientales, psicológicos y personales*
>
> *III - limitaciones en el desempeño de actividades; y*
>
> *IV - restricción de la participación.*

Hay dos modalidades de pensión anticipada en Brasil para la PcD, por edad y por tiempo de cotización. Con respecto a la pensión por vejez para personas con discapacidad por edad, determina la LC n. 142/2013 que se debe cumplir 60 años (hombres) y 55 años (mujeres) además de 180 meses de carencia (que puede ser cumplidos sin que la persona haya cotizado al sistema en la condición de persona discapacitada), empero, además de la carencia, tendrá que comprobar que durante su vida laboral posee 15 años de cotización como persona discapacitada. Para la pensión en esta modalidad no se hace diferencias con respecto al grado de discapacidad, habiendo puntaje suficiente (como ya se verá) para calificar a la persona como discapacitada, hay acceso al beneficio. Es preciso que la persona tenga la condición de PcD en el momento de pedir la pensión o que se compruebe que

tenía la condición de PcD cuando cumplió los requisitos para su jubilación (art. 70-B del Decreto n. 3.048/1999). En seguida tenemos la pensión por tiempo de cotización anticipada para personas por discapacidad, que deben comprobar el grado de discapacidad y el respectivo tiempo de cotización exigido en la condición de persona con discapacidad (art. 70-B del Decreto n. 3.048/1999), además de 180 meses de carencia (que no necesita ser como persona discapacitada). De la misma forma, es preciso que la persona tenga la condición de PcD en el momento de pedir la pensión o que se compruebe que tenía la condición de PcD cuando cumplió los requisitos para su jubilación (art. 70-B del Decreto n. 3.048/1999). Los tiempos de cotización exigidos en la condición de PcD según la LC n. 142/2013 (art. 3º) y el Decreto n. 3.048/1999 (art. 70-B) son:

TIEMPO DE COTIZACIÓN	TIPO DE DISCAPACIDAD	PUNTAJE EN EL IFBr-A
25 años (hombre) 20 años (mujer)	Grave	Igual o inferior a 5.739
29 años (hombre) 24 años (mujer)	Moderada	Igual o superior a 5.740 e igual o inferior a 6.354
33 años (hombre) 28 años (mujer)	Leve	Igual o superior a 6.355 e igual o inferior a 7.584

El criterio para la verificación de la condición de discapacidad está previsto en la Ordenanza Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1, de 27 de enero de 2014, que aprobó el instrumento de evaluación de los asegurados de la seguridad social y de identificación de los grados de discapacidad, así como la definición de impedimento de larga duración, a los efectos del Decreto n. 3.048, de 6 de mayo de 1999. Esta Ordenanza fue derogada por la Ordenanza Interministerial n. 1/2015 y posteriormente restablecida por el Decreto n. 10.410/2020, que en su art. 4º determinó que a efectos del acceso a las prestaciones de las personas con discapacidad, hasta que se apruebe el instrumento específico para la evaluación biopsicosocial de las personas con discapacidad, realizada por un equipo multiprofesional e interdisciplinar, se utilizará el instrumento aprobado por la Ordenanza Interministerial n. 1 de AGU/MPS/MF/SRDH/MP, de 27 de enero de 2014). El criterio previsto en 2014 es el Índice de Funcionalidad Brasileño para Jubilaciones, conocido como IFBr-A. El IFBr-A se basa en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) y la puntuación es una adaptación del *Functional Independence Measure* (FIM), basado en documentos reconocidos internacionalmente para el debate sobre la discapacidad y la salud colectiva. Con esto, los criterios de evaluación para la jubilación anticipada de las PcD siguen los parámetros de la CIF en Brasil.

Con respecto a Portugal, tenemos la previsión de la jubilación anticipada por vejez para las PcD por la Ley n. 5/2022, de 7 de enero, que dispone sobre el régimen de anticipo de la edad de la pensión de jubilación por razón de discapacidad. La reglamentación se dio solamente con el Decreto Ley n. 18/2023, de 3 de marzo, regulando el régimen de anticipo de la edad de la pensión de jubilación por razón de discapacidad. Para tener acceso al beneficio por vejez anticipada es necesario comprobar la discapacidad, Portugal lo hace por medio del mismo instrumento que verifica la invalidez para fines de otorgar los beneficios de seguridad social. Incluso, se exige que el beneficiario posea el Certificado Médico de Invalidez Polivalente (AMIM), que es un documento oficial expedido tras una junta médica y que acredita el grado de invalidez y si ésta es permanente o temporal. El artículo 3º del Decreto Ley n. 18/2023 exige una incapacidad igual o superior al 80% para tener acceso a una pensión de vejez anticipada por discapacidad. Veamos que la normativa es clara al determinar el grado de incapacidad asociándolo al concepto de discapacidad, además de los requisitos edad (60 años para hombres y mujeres), 15 años de cotización en la condición de PcD y la incapacidad superior a 80%:

Artículo 3

Condiciones para el acceso anticipado a la pensión de vejez por discapacidad

1 - El adelanto de la edad de acceso a la pensión de vejez o de jubilación está supeditado al cumplimiento del período de garantía de acceso a la pensión de los respectivos regímenes y a la comprobación por parte del solicitante de las siguientes condiciones de acceso:

a) Edad igual o superior a 60 años;

b) Discapacidad asociada a un grado de incapacidad igual o superior al 80 %;

c) 15 años de carrera contributiva con situación de discapacidad con grado de incapacidad igual o superior al 80%.

2 - A los efectos de la letra c) del apartado anterior, sólo son relevantes los últimos 15 años de trabajo efectivo, consecutivos o interpolados, con registro de retribuciones relevantes para la determinación de la tasa de formación de la pensión.

Los años civiles para contar para fines de carencia en Portugal están previsto en los artículos 29 a 31 del Decreto-Ley n. 187/2007. De esta forma, el conteo para completar los 15 años exigidos por la ley depende del periodo contabilizado. Si se trata de periodos anteriores al 1er de enero de 1994, cuenta como año civil el periodo de 12 meses con registro de remuneraciones. Si los períodos son posteriores al 1er de enero de 1994, se consideran años civiles aquellos con al menos 120 días consecutivos o interpolados con registro de remuneraciones por trabajo realizado o situación de equivalencia (densidad contributiva). Los años civiles con menos de 120 días de remuneraciones registradas pueden agregarse para completar un año civil.

El instrumento de verificación de la incapacidad está previsto desde 1993, por medio del Decreto Ley n. 341/93, de 30 de septiembre, por el que se aprobó el Cuadro Nacional de Incapacidades por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Posteriormente, el Decreto-Ley n. 352/2007, de 23 de octubre, que aprobó la nueva Tabla Nacional de Incapacidades por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, derogando el Decreto-Ley n. 341/93, de 30 de septiembre, y aprobó la Tabla Indicativa para la Valoración de la Incapacidad en el Derecho Civil. Es decir, se trata de una tabla creada pensando en el ámbito laboral y en las reparaciones civiles que considera solamente los aspectos de la biología humana: aparato locomotor, trastornos dismórficos, aspectos neurológicos, otorrinolaringología (ORL), oftalmología, angiocardiología, neumología, nefrología / urología, gastroenterología / aparato digestivo, psiquiatría, órganos reproductores, hematología, endocrinología, estomatología y oncología (Instituto de Segurança Social, 2008). Para cada aspecto de limitación física o psíquica se atribuye un valor en porcentaje que al final debe ser sumado para constatar si el evaluado por la junta médica portuguesa alcanzó o no los 80% de incapacidad y así tener acceso al beneficio anticipado por vejez para personas con discapacidad.

Con esto, se constata la ausencia de ruptura del modelo médico para la implantación del modelo biopsicosocial. Martin Heidegger (2005) y Hans-Georg Gadamer (2022) hacen la diferenciación entre la perspectiva óntica y ontológica, y esto es aplicable a la percepción de la disfunción biológica y el entorno, o sea, en la filosofía de Heidegger y Gadamer, no basta con describir el mundo (describir un árbol, una persona, una montaña etc.), esta perspectiva es óntica. La perspectiva ontológica describe el ser y su papel en el mundo. Ergo, la perspectiva óntica en la evaluación de la incapacidad y de la discapacidad solamente considera lo fenoménico (lo que aparece en el mundo), lo que muestran

nuestros sentidos. Es un análisis superficial y se refiere al sentido común. Ya la perspectiva ontológica en la evaluación de la incapacidad y de la discapacidad se refiere al ser que hay detrás de la apariencia (más allá de lo fenoménico, lo que muestran los sentidos). Pretende ir más allá de lo ordinario y ver lo que no todo el mundo ve. Relaciona el ser con el entorno, con la realidad en la que está inserto. La perspectiva puramente médica culpa al organismo de las disfunciones, mientras que la perspectiva biopsicosocial reconoce la interacción del entono en el ser y el ser en el entorno (Costa, 2022, Capítulo 2).

El análisis de la Tabla Nacional de Incapacidades de Portugal tiene una perspectiva puramente óntica pues, al estar distante del contenido de la CIF, no considera las barreras de participación y las barreras en el desempeño de actividades, de las rutinas diarias, aprendizaje y aplicación del conocimiento, comunicación, movilidad, autocuidado, vida doméstica, interacciones y relaciones interpersonales, educación, trabajo y empleo, vida económica, vida comunitaria, social y cívica, ni considera los factores ambientales (de adaptabilidad para las barreras), tampoco los factores personales. La CIF (2001, p. 131) determina que limitaciones en la actividad son "*dificultades que una persona puede tener en el desempeño/realización de las actividades*", y que restricciones en la participación son "*problemas que una persona puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales*".

Ya la forma de evaluación brasileña busca con el peritaje biopsicosocial para fines de terminación de la discapacidad un instrumento específico que considera los factores de la CIF y que pretende entender las funcionalidades y estructuras más allá del contexto interno (biológico) de las personas. Se trata de un modelo que busca entender que las personas y su sistema biopsíquico no son los únicos factores desencadenantes de las discapacidades, sino que el contexto externo, ambiental y social también influye y genera limitaciones.

Conocidos los requisitos y las formas de verificación de la discapacidad en Brasil y en Portugal, ahora pasaremos a analizar problemáticas con estos modelos que pueden generar una distorsión en el acceso de la pensión por vejez anticipada por discapacidad para los ciudadanos que trabajaron en ambos países, de forma de evaluar si la totalización de periodos de seguro previsto en el acuerdo luso/brasileño es suficiente para la tutela del derecho socio fundamental de las personas con discapacidad, para acceder a beneficios previsionales que garantice su seguridad económica.

3. NECESIDAD DE UNIFORMIZACIÓN/CONVERGENCIA PARA EVITAR CONDICIONES DE DESPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A BENEFICIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

De lo expuesto anteriormente es posible constatar dificultades de operacionalización del acuerdo internacional entre Brasil y Portugal debido a las diferencias internas en el diseño de seguridad social con requisitos igualmente distintos a los mismos beneficios previstos.

Aunque el Decreto n. 1.457/1995 haya establecido la operacionalización de todos los beneficios de pensión previstos en el ordenamiento interno de Brasil y Portugal, el primer problema que podemos visualizar para que esto se materialice en el caso de las pensiones anticipadas para personas con discapacidad es la edad diferenciada como requisito de acceso. Brasil prevé la pensión anticipada por edad para PcD a los 60 años (hombres) y 55 años (mujeres), mientras que Portugal prevé esta jubilación anticipada para PcD a los 60 años (hombre y mujer). Una mujer con discapacidad que se jubile por edad en Brasil a los 55 años no tendrá la edad para solicitar la totalización de periodos en Portugal. Así, por ejemplo, si esta mujer con discapacidad congénita trabajó 5 años en Brasil y 10 años en Portugal, regresando a Brasil con 55 años, podrá solicitar el beneficio y, después de evaluar

su discapacidad (independientemente del grado), podría tener acceso a la pensión en Brasil si totaliza el período de seguro, ya que en Brasil se exige carencia de 180 meses y 15 años de cotización en la calidad de persona con discapacidad. Sin embargo, no podrá, solicitar el beneficio en Portugal en este mismo momento, pues no será elegible para la pensión anticipada por vejez para PcD hasta los 60 años. Siendo así, Brasil que debe calcular la prestación teórica con la media aritmética de las cotizaciones hechas en los 5 años de trabajo en su territorio, debería pagar 1/3 del beneficio total (15 años = 3/3, 10 años = 2/3, 5 años = 1/3), pues el acuerdo internacional determina el pago prorrata al tiempo trabajado en el país parte y lo demás es pagado prorrata por el otro país, proporcional al tiempo trabajado allá. Aunque la prestación teórica en Brasil no puede ser inferior a un salario-mínimo nacional, por previsión del artículo 201, § 2º de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, la cuota prorrata sí puede ser inferior a un salario mínimo nacional por previsión del Decreto n. 3.048/1999, en el artículo 35, § 1º:

> *La renta mensual inicial prorrateada para las prestaciones concedidas en virtud de convenios internacionales será proporcional al tiempo cotizado al sistema de seguridad social brasileño y podrá ser inferior al salario mínimo.*

Lo que se volverá a evaluar, cuando es pagada la otra parte prorrata del país parte del acuerdo, es si la suma de ambos beneficios resulta en valor inferior a un sueldo mínimo. En este caso, viviendo en Brasil, el beneficiario no podría tener un beneficio inferior a este monto, debiendo el país americano completar el valor hasta alcanzar un sueldo mínimo. No obstante, se cuestionó en los tribunales la posibilidad de recibir el valor inferior a un salario mínimo cuando no hay acceso a la parte que debería ser pagada por el otro país parte del convenio. La TNU (Turma Nacional de Uniformização), que es un colegiado de la Justicia Federal para uniformizar la jurisprudencia de esta división del Poder Judicial, ha apreciado en sede de uniformización el Precedente n. 262 originario del PEDILEF 0057384-11.2014.4.01.3800/MG, que quedó firme el 26/11/2021, sometiendo al colegiado "*saber si la renta mensual de la prestación de seguridad social concedida en base a un acuerdo internacional entre Brasil/Portugal puede ser inferior al salario mínimo vigente en el país donde se concede la prestació*n". Dos fueron las conclusiones del colegiado federal: 1) que en el caso de las prestaciones de totalización concedidas en virtud del acuerdo de seguridad social entre Brasil y Portugal (Decreto n. 1.457/1995), la cuantía pagada por el INSS (Instituto Nacional del Seguro Social - autarquía federal brasileña responsable por el pago de los beneficios de seguridad social) puede ser inferior al salario mínimo nacional, siempre que la suma de las prestaciones de la seguridad social debidas por cada Estado al asegurado sea igual o superior a este piso; y 2) que mientras no se adquiera el derecho a la prestación debida por Portugal o si la suma de las prestaciones debidas por ambos Estados no alcanza el valor del salario mínimo en Brasil, la diferencia hasta este piso debe ser pagada por el INSS a los beneficiarios residentes en Brasil.

En el ejemplo analizado, la mujer con discapacidad pasaría, al menos, 5 años recibiendo el beneficio en Brasil en valor inferior al que sería debido si fuera posible totalizar su beneficio de inmediato, obligando a Brasil a cargar con la diferencia de la pensión mientras ella no pueda acceder al monto total en Portugal.

La misma situación ocurriría si un asegurado del sistema brasileño, residente en Brasil buscase totalizar los periodos de seguro entre Brasil y Portugal para tener acceso a la pensión por tiempo de cotización para personas con discapacidad, que no exige edad mínima, sino tiempo de cotización en la calidad de persona con discapacidad. Cumpliendo el tiempo de cotización y carencia para el acceso al beneficio en edad inferior a los 60 años exigidos por Portugal llevaría a un nuevo tiempo de espera hasta ser elegible para solicitar la parte de la totalización del país ibérico.

Entonces, por ejemplo, supongamos un hombre que trabajó 10 años en Brasil y 15 años en Portugal, con una discapacidad congénita grave. Posee 50 años actualmente y vive en Brasil. Se sometió a la evaluación biopsicosocial en Brasil y por aplicación del IFBr-A obtuvo el puntaje de 5.000 (suficiente para la configuración de la discapacidad grave según la Ordenanza Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1/2014). La pensión por tiempo de cotización para PcD en Brasil exige 25 años de tiempo de cotización en la condición de persona con discapacidad y 180 meses de carencia. Pese a esto, tendría que esperar 10 años para tener acceso a la cuota parte portuguesa, que exige 60 años para acceder a la pensión por vejez anticipada, teniendo en cuenta que Portugal no prevé la jubilación por tiempo de cotización como lo hace Brasil. Esto obligaría a Brasil, según lo ya decidido en uniformización en el Precedente n. 262 de la TNU, a pagar la diferencia hasta alcanzar un salario mínimo caso la proporción del valor pagado prorrata no alcance este piso. En el ejemplo dado, 40% del tiempo fue laborado en Brasil (10 años trabajados x 100 / 25 años exigidos) y 60% del tiempo fue laborado en Portugal (15 años trabajados x 100 / 25 años exigidos). Luego, después de calcular la prestación teórica en Brasil por la media aritmética de los salarios cotizados en el país se aplicará 40% sobre la prestación teórica para verificar el valor debido en la totalización. Este valor de 40% sobre la prestación teórica podría ser inferior al sueldo mínimo nacional, y si así fuere, Brasil deberá pagar lo que falte para llegar a este monto.

Hay, aún, un segundo problema operativo en la totalización de períodos de seguro entre Brasil y Portugal, que es la calificación del asegurado como persona con discapacidad. Como visto en el apartado anterior, Brasil estableció el IFBr-A por medio de la Ordenanza Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1/2014, mientras que, por otro lado, Portugal estableció la nueva Tabla Nacional de Incapacidades por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales por medio del Decreto-Ley n. 352/2007, de 23 de octubre. En la ocasión, discutimos que el IFBr-A de Brasil utiliza los parámetros de la CIF, acompañando las modificaciones en el ordenamiento jurídico para adecuarlas a las definiciones de la CIF. En el caso portugués, la Tabla Nacional de Incapacidades no acompaña la evaluación de barreras de actividades ni barreras de participación para la discapacidad, distanciándose del concepto establecido en la Convención de Nueva York. Por ende, en que pese ambos países ratificaron la CIDPD el 2009, Brasil se adecuó a la definición de discapacidad disociada de la incapacidad para el trabajo, pero Portugal, no. Incluso, el acceso a la modalidad de pensión por vejez anticipada para PcD en Brasil indica en el artículo 3º, inciso IV de la Ley Complementar n. 142/2013 que basta comprobar la existencia de discapacidad, independientemente del grado para tener acceso a la pensión prevista. De ser así, y considerando los criterios de la Ordenanza Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1/2014 que prevé el puntaje del IFBr-A para fines de verificación de la actividad, una persona con discapacidad leve puede acceder a la modalidad de pensión diferenciada. Ya en Portugal, es necesario comprobar la discapacidad asociada a un grado de incapacidad igual o superior al 80 %, según el Decreto Ley n. 18/2023, artículo 3º. Cabe destacar que el grado de incapacidad igual o superior a 80% hace con que solamente las personas con discapacidad más elevada tengan acceso al beneficio previsto en la Ley n. 5/2022 en Portugal, considerando solamente los influjos en la capacidad biospíquica, sin considerar las barreras de participación y actividades.

En este caso, es fácil comprender que los distintos sistemas pueden generar situaciones de desigualdad, ya que una persona puede ser elegible para jubilarse anticipadamente por edad en Brasil, siendo considerada persona con discapacidad de grado leve y tener a los 60 años (hombre) o 55 años (mujer) su beneficio en el país americano, empero, puede no ser considerada persona con discapacidad para fines de la pensión anticipada por vejez en Portugal, teniendo en cuenta que no alcanzó los 80% de grado de incapacidad según la Tabla Nacional de Incapacidades. De ser así, una persona que pide el beneficio en Brasil, supongamos un hombre a los 60 años y es considerado PcD, no alcanzando 80% de grado de incapacidad en Portugal, tendría que esperar hasta los 66 años y 4 meses el 2024 para tener la parte portuguesa prorrata por totalización de periodos de seguro, ya que

la pensión ordinaria de jubilación por vejez portuguesa está prevista en el Decreto-Ley n. 187/2007, de 10 de mayo, art. 19, que exige 15 años de tiempo de cotización y la Ordenanza n. 292/2022, de 9 de diciembre, determina la edad normal de acceso a la pensión de vejez en 2024 en Portugal, siendo la edad superior a la brasileña, es decir, 66 años y 4 meses en 2024, según el artículo 1º. En 2025 será de 66 años y 7 meses.

Tenemos, por lo tanto, dos criterios diferentes que no consideran las mismas variables al determinar qué es la discapacidad para fines de seguridad social, y esta situación genera injusticias a los asegurados que necesitan del beneficio para su subsistencia. El hecho de que Brasil haya determinado por la vía judicial que se completará el valor del beneficio hasta el piso de un sueldo mínimo sea cuando la suma de los beneficios pagados prorrata en ambos países no alcance este piso, o cuando el asegurado no haya completado los requisitos de acceso a la cuota prorrata del otro país acordante solamente carga al país americano con un costo mayor a su sistema debido a la preservación de la dignidad humana prevista en la Constitución de 1988. Aún así, es posible que el valor del beneficio sea muy por debajo de lo debido si hubiera la suma de las cuotas prorrata, bajando considerablemente el poder adquisitivo del asegurado mientras recibe el complemento en Brasil para alcanzar el piso del sueldo mínimo. Se recuerda que en materia de seguridad social se habla en suficiencia de la cobertura, para alcanzar niveles de subsistencia. En Derecho, ninguna palabra es vana o vacía. Los instrumentos internacionales en materia de seguridad social no hablan en sobrevivencia sino en subsistencia. Subsistencia en la RAE significa *2. f. permanencia, estabilidad y conservación de las cosas*; mientras que sobrevivencia, acto o efecto de sobrevivir se relaciona con *2. intr. Vivir con escasos medios o en condiciones adversas*. Una cosa no se confunde con la otra. El PIDESC habla en subsistencia en el artículo I, la Declaración Universal de los DD.HH. de 1948, igualmente usa la subsistencia en el artículo 25 que tiene referencia directa a las contingencias de seguridad social (desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez). De ser así, para la preservación de la dignidad humana, los beneficios de seguridad social deben ser considerados como una inversión pública y no como un gasto, buscando los medios para asegurar los niveles de cobertura y suficientes acordes con la subsistencia de la ciudadanía.

La Agenda Regional para el Desarrollo Social Inclusivo (ARDSI) de la CEPAL abraza la idea de la protección social como inversión del Estado y como elemento imprescindible para la materialización de los objetivos económicos, incluso:

> *Los sistemas de protección social contribuyen de manera decisiva a la erradicación de la pobreza y a la reducción de la desigualdad. La protección social se orienta a garantizar el acceso a ingresos adecuados para un nivel de bienestar suficiente de manera universal, servicios sociales (como salud, educación, agua y saneamiento), vivienda, políticas de inclusión laboral y trabajo decente. Así, la protección social busca abordar de manera efectiva las brechas de acceso al bienestar, haciendo posible el ejercicio de los derechos y la plena participación de las personas en la sociedad, y constituye un mecanismo clave para la inclusión* (CEPAL, 2020, p. 20).

Como se verifica en la Meta 1.3 del ODS 1 - Fin de la Pobreza en la Agenda 2030 de la ONU:

La seguridad social es un derecho humano y una inversión con un elevado rendimiento en desarrollo económico y social:

- *Unos sistemas de protección social bien gestionados previenen la pobreza, reducen la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad económica, promueven la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad*

racial, contribuyen a la empleabilidad de los trabajadores y a la productividad de las empresas, y actúan como elemento facilitador para la transición de la economía informal a la economía formal;

- *La protección social también actúa como estabilizador automático y tiene un efecto multiplicador al contribuir de manera decisiva a fomentar el bienestar de las personas y el empleo decente y productivo, reducir la inseguridad económica, apoyar la iniciativa empresarial y las empresas sostenible, abordar la desigualdad de los ingresos, e impulsar un crecimiento inclusivo y sostenible;*

- *Contar con unos sistemas de protección social universales, equitativos y sostenibles reviste hoy más importancia que nunca para reforzar el contrato social y promover la justicia social, la solidaridad, la cohesión y la paz* (OIT, 2019, p. 1)*;*

Estas son las razones por las cuales se hace necesario coordinar o armonizar las normas de seguridad social entre países que poseen acuerdos internacionales en materia de seguridad social entre ellos, evitando las disparidades que pueden ocurrir al momento de solicitar beneficios indispensables para el confrontamiento de las contingencias, para la generación de la seguridad económica y para evitar efectos nefastos de la desprotección social, como la pobreza y las demás vulnerabilidades que pueden permitir al asegurado sufrir violencias desmedidas en periodos de extrema dependencia de estas redes de protección de la ciudadanía.

En complemento, la Meta 10.2 de la Agenda 2030 determina "*potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición*". El ODS 10 - Reducción de las desigualdades es clave para evitar situaciones de vulnerabilidad e insta a los países a coordinarse para alcanzar la equidad global de la ciudadanía igualmente global. Obviamente, esta situación es más de descoordinación que de discriminación. Entendiendo la discriminación como "*el comportamiento sensato o insensato, encaminado a abolir o limitar derechos, libertades y oportunidades, sin justificación ecuánime y prudente*" (Rubio-Rodríguez et al., 2018, p. 61). Existe buena voluntad de los países en buscar la extensión de la protección social a los migrantes que se movilizan para el desarrollo de oportunidades laborales. Ocurre que por un lado existe un alto grado de movilidad laboral y por otra gran dificultad de movilidad de los derechos de seguridad social (Blanpain et al., 2013).

Es claro que existe la consciencia de las dificultades en la convergencia, coordinación y armonización de normas de seguridad social. La coordinación es la determinación de la legislación aplicable para los migrantes, asegurando la igualdad de tratamiento con miras a la adquisición de los derechos (Voirin, 1992, p. 436). Por otro lado, la armonización busca hacer con que no exista divergencia entre las legislaciones de seguridad social; y la convergencia busca llevar a dos sistemas de seguridad social a unirse en un punto, como sería el caso de la pensión anticipada para PcD. La convergencia es un paso más allá de la armonización (Voirin, 1992, p. 443). Empero, sabemos que, en materia de comparación, los privatistas ya tenían la idea de unificar la legislación desde los inicios del desarrollo de la comparación como método científico, buscando mejorar la relación entre los países. MORINEAU (2006, p. XVIII) destaca que desde el final de la Primera Guerra Mundial el esfuerzo para la unificación legislativa es una realidad. Auspiciado por la Liga de la Naciones, fue creada en Roma el 1926 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Después de la Segunda Guerra Mundial, varias otras organizaciones surgieron con el mismo propósito (Morineau, 2006, p. XIX). Si siquiera los privatistas alcanzaron su objetivo con la comparación, qué decir de los

sistemas de seguridad social que son parte del derecho público, vinculado a aspectos económicos, políticos, culturales y sociales y la capacidad de los países en enfrentar la inseguridad económica por medio de sistemas que sean sustentables, suficientes (alcanzando niveles de subsistencia, más allá de niveles de sobrevivencia) y con amplia cobertura. La comparación en derecho público conlleva problemas propios debido a estos aspectos citados que hace más difícil comprender y también llegar a resultados más armónicos (De Vergottini, 2022), como el pretendido por medio del análisis de este trabajo.

Sin embargo, es necesario buscar las formas de equilibrar el acceso a los beneficios pretendidos cuando existen convenio de seguridad social para que las situaciones como la estudiada en este artículo puedan ser evitadas, sea por cargar en demasía un único sistema, sea por distanciar a la ciudadanía de sus derechos socio fundamentales.

4. CONCLUSIONES

El presente trabajo analizó críticamente las dificultades operativas de modalidad de pensión anticipada para personas con discapacidad por medio del acuerdo bilateral entre Brasil y Portugal, partiendo de la hipótesis de que la forma como están diseñados los criterios de acceso a la pensión anticipada para PcD en la arquitectura sistémica de seguridad social de ambos países, genera una situación de desigualdad, con encargos mayores al sistema brasileño en ciertas situaciones, teniendo en cuenta lo previsto en sede de precedentes judiciales y las garantías constitucionales para los asegurados que viven en Brasil y solicitan en ese país el acceso al beneficio programado por vejez. La hipótesis se confirmó.

En el primer apartado se describió los criterios de acceso a la pensión anticipada para personas con discapacidad en Brasil y en Portugal. Se constató que ambos países ratificaron la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad (CIDPD) el 2009. No obstante, Brasil hizo adecuaciones a la legislación con respecto al nuevo concepto de discapacidad previsto en la CIDPD creando la pensión anticipada para PcD el 2013 y modificando la normativa de seguridad social para incluir el nuevo concepto más moderno y acorde con las expectativas de los derechos humanos para las personas con discapacidad. Portugal, por otro lado, solamente el año 2022 creó la pensión anticipada para PcD, regulándola el 2023. No obstante, la regulación hace remisión a la Tabla Nacional de Incapacidades para verificar la condición de PcD, exigiendo un grado de incapacidad para el trabajo de 80% para el acceso a la pensión anticipada por vejez.

En el segundo apartado, se constataron dos problemas sustanciales en el acceso a la pensión anticipada para PcD por medio del acuerdo bilateral entre Brasil y Portugal: primero las modalidades distintas de acceso en Brasil (vejez y tiempo de cotización), que no están previstas totalmente en Portugal (solamente vejez) con edades, además, diferentes (sin edad mínima en la modalidad tiempo de cotización en Brasil y 60 años, hombres y 55 años, mujeres en Brasil, contra 60 años, hombres y mujeres en Portugal). La posibilidad de acceso a una pensión anticipada en Brasil puede generar tiempos de espera con la totalización de periodos de seguro debido a estas edades diferenciadas. Para solucionar el problema, los tribunales federales deben seguir el Precedente n. 262 que obliga a Brasil completar el piso del beneficio hasta un sueldo mínimo si la suma de la prestación prorrata de Brasil con la de Portugal no alcanzare este monto, o si el asegurado residente en Brasil aún no completare los requisitos de acceso al beneficio en Portugal. Segundo, está el criterio de verificación de la discapacidad que en Brasil es más flexible, incluso teniendo en cuenta la posibilidad de acceso al beneficio por edad independiente del grado de discapacidad, a ser verificado conforme el IFBr-A, que considera los criterios de la CIF en un análisis biopsicosocial. Por otro lado, Portugal remite a la Tabla Nacional de Incapacidades, exigiendo el 80% de grado de incapacidad para el trabajo como requisito

de acceso al beneficio programado anticipado para PcD. Con estos criterios, es fácil visualizar que una persona puede ser considerada PcD en Brasil y no ser considerada PcD para fines de acceso a la pensión por vejez anticipada en Portugal, debiendo el país americano soportar los costos de espera hasta la edad para acceso a la pensión por vejez común en el país ibérico.

Sabemos que la convergencia o armonización de las normas de seguridad social son muy difíciles teniendo en cuenta los aspectos económicos, sociales, culturales, políticos e ideológicos en el trasfondo de la arquitectura sistémica, siendo una rama que es parte del Derecho Público, con todas las dificultades que esto conlleva. De ser así, aunque existan las dificultades presentadas, es imprescindible que los países puedan encontrar una forma de proteger los derechos de las personas con discapacidad que tienen como derecho humano garantizado su nivel de subsistencia en los diseños de protección social.

5. BIBLIOGRAFÍA

Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., & Vonk, G. (2013). *Social Security Law and Migrant Workers. Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms* (1a ed.). Wolters Kluwer.

CEPAL. (2020). *Agenda Regional de Desarrollo Social Inclusivo* (Tercera Reunión de la Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe). https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/3a9044dd-759a-43ca-a793-fb0df5ef0e28/content

Costa, J. R. C. (2022). *Perícia biopsicossocial* (3a). Alteridade Editora.

David, R., & Jauffret-Spinosi, C. (2017). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos: traducción de Jorge Sánchez Cordero* (11a). UNAM.

De Vergottini, G. (2022). *Diritto Costituzionale Comparato* (11a). Wolters Kluwer.

Gadamer, H.-G. (2022). *Verdade e método I traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (15a). Editora Vozes.

Heidegger, M. (2005). *Ser e Tempo: Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback - Parte I* (14a ed.). Vozes.

Instituto de Segurança Social. (2008). *Tabela Nacional de Incapacidades (TNI)*. https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/09/tabela_nacional_incapacidades.pdf

Mendizábal Bermúdez, G. (2022). Hacia la construcción de un derecho social comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *54*(162). https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2021.162.17073

Morineau, M. (2006). Evolución de la familia romano-canónica. En N. G. (coord.) Martín (Ed.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Tomo I: Derecho romano. Historia del derecho* (pp. 17-44).

OIT. (2019). *Unidos para alcanzar el ODS 1.3 y lograr la protección social universal en el marco del futuro del trabajo* (Semana Mundial de la Protección Social). https://www.social-protection.ºrg/gimi/Media.action;jsessionid=l8uOGXxRXV-sVv2ihnnDoudUxavO_766S3Y62vwbbI0nbQ5SIp1w!-1857443667?id=16994

OMS. (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. Grafo. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf

Rubio-Rodríguez, G. A., Rodríguez Barrero, M. S., & Moreno Espinosa, M. L. (2018). Inserción social de desmovilizados: Una percepción de la sociedad colombiana. *Revista de Ciencias Sociales*, *XXIV*(4), 57-67. https://www.redalyc.org/journal/280/28059581005/28059581005.pdf

Voirin, M. (1992). Procesos de integración y seguridad social: La experiencia europea. En J. N. Robles & J. M. Barragán (Eds.), *La Seguridad Social y el País Moderno* (pp. 433-450). Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE); Fondo de Cultura Económica (FCE).