

Reproducido en [www.relats.org](http://www.relats.org)

## **MOVILIDAD DE LOS HABERES PREVISIONALES Y APORTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALIZADO**

**Rolando E. Gialdino**

**Publicado en La Defensa, noviembre 2020**

A Moisés Meik, ejemplo de testimonio y compromiso

### **INTRODUCCIÓN**

En diversas oportunidades hemos examinado el salario mínimo y las prestaciones por desempleo, y advertido, inter alia, la íntima relación que esos institutos guardan con el llamado costo de vida. Lo hicimos bajo intitulados elocuentes: “El salario mínimo como garantía del derecho humano a vivir en dignidad” , “Prestación por situación de desempleo: un derecho humano” . En todo caso, en esos estudios dejamos constancia de que los caracteres centrales que informaban dichos salario y prestaciones eran aplicables de lleno en el

campo de las jubilaciones o pensiones mínimas, integrantes del derecho a la seguridad social, con arreglo a la doctrina que entonces recogimos. Empleamos esta última expresión, recogimos, en la medida en que, con esas labores, no hicimos otra cosa que atenernos, en sustancia, a textos de jerarquía constitucional, en especial al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y, sobre todo, a la interpretación y aplicación de este llevada a cabo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), vale decir, el órgano considerado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte SJN) como el “intérprete más autorizado del PIDESC en el plano internacional” .

El propósito de estas breves líneas no es volver por entero sobre tales temáticas, sino sobre las pautas que rigen la movilidad o actualización de los haberes de las jubilaciones o pensiones mínimas, auscultando si se ha producido o no su continuidad, su permanencia en el cuadro del aludido corpus iuris con posterioridad a los antedichos trabajos. Nos ceñimos a ese aspecto puesto que, dada la altura de los tiempos, parece del todo innecesario, por elemental, proclamar que el importe del salario mínimo, del subsidio de desempleo más bajo y de la jubilación o pensión mínima han de ser “suficientes para proporcionar a los trabajadores, desempleados y pensionistas un nivel de vida decente para ellos mismos y sus familias” . El hecho de que la manda de jerarquía constitucional sea cumplida o no por las autoridades es, diríamos, harina de otro costal, aunque, cuadra reconocerlo, su flagrante violación es un dato reiteradamente comprobado en nuestro país. Baste, en orden a los dos primeros supuestos y por no ir muy lejos pues los ejemplos son numerosísimos, con consultar la aberrante e ilegal

reciente resolución 4/2020 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, la cual, según lo sostiene, a fin de garantizar lo dispuesto por los arts. 14 bis, CN, y 116, Ley de Contrato de Trabajo, estableció un salario mínimo vital, que ni siquiera supera la línea, no ya de pobreza sino de indigencia, sí, de indigencia. Ni hablar, si de dignidad se tratara, de los montos mínimo (\$ 6.000) y máximo (\$ 10.000) de las prestaciones por desempleo. El haber jubilatorio mínimo actual, por lo demás, es de \$ 18.128,85. Más que una burla, un sarcasmo .

## **MOVILIDAD**

### **1. PIDESC. COMITÉS DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS**

A. El objeto que hemos propuesto nos lleva, desde el inicio, a una comprobación: la atadura de la movilidad con el costo de vida se mantiene, hoy, en plena vigencia. Así lo indica el Comité DESC, p.ej., en sus Observaciones finales: Ucrania, 2020, al mostrarse preocupado porque “la nueva metodología establecida para calcular el mínimo de subsistencia actual en el Estado parte no refleje adecuadamente el costo real de la vida y tenga un efecto negativo en las personas que dependen de las prestaciones sociales que se calculan sobre la base de este indicador, especialmente las mujeres. La falta de revalorización de las prestaciones sociales con respecto al costo de vida real conlleva un descenso del nivel de vida de quienes dependen de esas prestaciones (art. 11) [...] El Comité recomienda que el Estado parte acelere el proceso de modificación de su método de cálculo del mínimo de subsistencia, de forma que se base en indicadores objetivos

que reflejen el nivel de subsistencia real, a fin de garantizar un nivel de vida adecuado” .

En esta huella encontramos las Observaciones finales: España, 2018, en las que el Comité DESC llamó al Estado a que “[r]establezca el vínculo entre los montos de las prestaciones de seguridad social y el costo de vida a fin de que permitan el acceso a un nivel de vida adecuado por parte de los beneficiarios y sus familiares, para lo cual le alienta a establecer un sistema de indexación eficaz y transparente” . Con ello, en lo que importa, reiteraba las recomendaciones de 2012 .

El caso de Gran Bretaña y sus reformas legislativas generó paralela preocupación de parte del Comité DESC, por lo que instó a aquella a que, por un lado, “[r]evisé las condiciones para conceder derechos y revierta los recortes en las prestaciones sociales introducidos por la Ley de Reforma del Sistema de Bienestar de 2012 y la Ley de Reforma del Sistema de Bienestar y Trabajo de 2016” y, por el otro, “[r]establezca el vínculo entre las tasas de prestaciones estatales y los costos de vida y garantice que todas las prestaciones sociales permitan un nivel de vida adecuado, incluido el acceso a la salud, la vivienda y los alimentos” .

B. Incluso el Comité de los Derechos del Niño ha puntualizado, vgr., que las prestaciones por hijo a cargo deben aumentar “al mismo ritmo que el costo de vida y la inflación” .

C. Con todo, más que pertinente es memorar, en extenso, lo que el Comité DESC le expresó a Argentina para 2018, que excede a nuestro thema: “[e]l Comité está preocupado por la pobreza estructural, que se mantiene en un piso del 25 al 30% de la población, inaceptable para un país con el nivel de

desarrollo del Estado parte, con núcleos duros de pobreza desigualmente distribuidos en el territorio y concentrados en el Gran Buenos Aires y en el norte del país. Preocupa mucho [a]l Comité el dato de más de 5 millones de niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza y el impacto negativo de la devaluación e inflación en la pobreza y la desigualdad. Asimismo, el Comité está preocupado por el impacto negativo de los aumentos masivos en las tarifas de los servicios básicos (agua, gas, electricidad, transporte y medicamentos) en los grupos desfavorecidos, así como en la clase media y que los aumentos del salario mínimo y de la Asignación Universal por Hijo no permitan compensar la inflación (art. 11) [...] El Comité recomienda al Estado parte la adopción e implementación de una estrategia integral a largo plazo de reducción de la pobreza, con metas específicas y medibles y con enfoque de derechos humanos. El Comité también insta al Estado parte a que asegure la cobertura universal de sus programas sociales, proteja las prestaciones frente a los efectos de la inflación y remueva los obstáculos administrativos para acceso a esas prestaciones. Finalmente, el Comité insta al Estado parte a que prevea, además de la Tarifa Social Federal y otros programas sociales vigentes, medidas adicionales para regular los aumentos de precios de estos servicios básicos, para subsidiar sus costos a fin que sean asequibles para el conjunto de la sociedad, en particular los grupos más desfavorecidos” .

D. Acentuemos, por su manifiesta importancia, dos señalamientos que en esta última ocasión el órgano internacional le dirigió puntualmente a nuestro país: Primero, lo instó “a condicionar toda futura medida sobre pensiones al respeto del principio de no regresión en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de los

beneficiarios, en particular en cuanto a las pensiones no contributivas y pensiones por discapacidad” (§ 38, *itálicas agregadas*), principio el cual, agreguemos, genera “una fuerte presunción” de que las medidas regresivas resulten contrarias al PIDESC . Segundo, que si bien era “consciente de la crisis financiera del Estado parte” y valoraba positivamente los esfuerzos realizados para mantener el gasto social, igualmente le resultaba motivo de preocupación “la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto, en particular para las personas y grupos desfavorecidos, como consecuencia de la inflación y las medidas de austeridad” (§ 5). Tampoco dejó al margen de las recomendaciones para alcanzar tales objetivos, la cuestión impositiva .

Sustancialmente análogo resulta el juicio del Comité de los Derechos del Niño, al encomendar a Argentina que “vele por que las medidas de protección social cubran el costo real de un nivel de vida digno para los niños, incluidos los gastos relacionados con su derecho a la salud, a una dieta nutritiva, la educación, una vivienda adecuada, el agua y el saneamiento” .

E. No menos conveniente es destacar que el Comité DESC, en las citadas Observaciones finales: Argentina, 2018, también manifestó su temor por cuanto, “en el marco del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, el Gobierno prevé un objetivo de déficit cero para 2019, agudizando el recorte del gasto social (art. 2, párr. 1)” (§ 5). De ahí que le recomendó, *inter alia*, “a) Evaluar previamente los efectos sobre los derechos económicos, sociales y culturales de cualquier medida para responder a la crisis financiera, a fin de evitar que tenga impactos desproporcionados en los grupos desfavorecidos [vide infra F]; b) Fortalecer la planificación y

ejecución presupuestaria para evitar la infrautilización de los recursos; c) Asegurar las líneas presupuestarias relacionadas con la inversión social en los grupos más desfavorecidos y facilitar una implementación efectiva y sostenible de las políticas públicas para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales; d) Aprobar e implementar el presupuesto nacional haciendo todos los esfuerzos para evitar medidas regresivas y asegurando que el presupuesto contenga un enfoque de derechos humanos y género” (§ 6, en negrita en el original).

F. Estas últimas recomendaciones responden, entre otros precedentes del Comité DESC, a su conocida declaración Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “[t]odo Estado parte que aspire a recibir asistencia financiera debe tener presente que toda condición injustificable impuesta en la concesión de un préstamo que obligue al Estado a adoptar medidas regresivas en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales constituirá una violación del Pacto” . Desde luego que, por otro lado, también observó que “como organismos especializados de las Naciones Unidas [...] el FMI y el BIRF tienen la obligación de actuar con arreglo a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, que establece la efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales como uno de los propósitos de la Organización, que deben alcanzarse, en particular, por medio de la cooperación económica y social internacional” (§ 8). No faltan, desafortunadamente, otros ejemplos: Ecuador , Grecia , Líbano , Ucrania ... , máxime cuando no ha de descartarse la responsabilidad de las instituciones financieras internacionales por su complicidad en la aplicación por parte de los Estados de reformas económicas que violan los

derechos económicos, sociales y culturales . Tampoco está ausente el claro llamamiento a la responsabilidad de los Estados cuyo peso determina la conducta de las instituciones multilaterales de crédito . A todo evento, se torna inexcusable para el Estado la evaluación de las políticas de reforma económica que repercutan en los derechos humanos , ex ante y ex post . Y, con este objetivo, “[a]l formular medidas que requieren evaluaciones de los efectos en los derechos humanos, los Estados y las instituciones financieras internacionales deben permitir y buscar el diálogo nacional más amplio posible, con la participación efectiva, oportuna y significativa de todas las personas y grupos, incluidos los grupos marginados y quienes están particularmente expuestos al riesgo de vulnerabilidad a causa de esas políticas. Dado que las mujeres, los niños y las personas con discapacidad suelen estar infrarrepresentados tanto en el ámbito político como en el económico, es preciso hacer un esfuerzo especial para asegurar su capacidad de codecidir las medidas utilizando métodos innovadores de participación. Las organizaciones y los actores de la sociedad civil en el sentido más amplio también deberían contar con canales de participación adecuados y oportunos”, para lo cual “[s]e debería recabar la participación significativa de todos los interesados pertinentes y las personas y los grupos afectados, incluidos los grupos que corren el riesgo de vulnerabilidad y exclusión en la formulación, la aplicación y la revisión de las políticas de reforma económica, en todas las etapas de las evaluaciones, incluidas las evaluaciones de los efectos. En caso necesario, se deberían hacer los ajustes apropiados para facilitar la participación de tales grupos” .

No huelga recalcar, tal como lo hace la mentada Declaración, que entre los derechos que corren “mayor peligro” con motivo



de la aplicación de los programas y medidas de austeridad o ajuste, se encuentra el “derecho a la seguridad social, incluidas las prestaciones de desempleo, la asistencia social y las pensiones de vejez” (§ 2).

G. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, poniendo énfasis en la cuestión de género, también ha sido claro, y nada menos que frente a los para nada lejanos y delicados trances de Grecia: “[e]l Comité observa con preocupación que la actual crisis financiera y económica y las medidas adoptadas por el Estado parte para abordarla en el marco de las políticas diseñadas en colaboración con las instituciones de la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional (FMI) están teniendo efectos perjudiciales en la mujer en todas las esferas de la vida. El Comité observa además que se han realizado muy pocos estudios y evaluaciones para controlar los efectos específicos de género de la crisis financiera. El Comité desea hacer hincapié en que las preocupaciones que se expresan a continuación tienen en cuenta las circunstancias excepcionales a las que el país ha hecho frente en los últimos años y a las que sigue enfrentándose. Sin embargo, el Comité recuerda al Estado parte que, aun en tiempos de limitaciones fiscales y de crisis económica, deben hacerse esfuerzos especiales para respetar los derechos humanos, mantener y ampliar la inversión social y la protección social y utilizar un enfoque que tenga en cuenta el género, dando prioridad a las mujeres en situación de vulnerabilidad” .

H. Después de todo, añadiríamos, “[l]a seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social” , al paso que “la extensión de la protección social no debe considerarse

como el final de un proceso de desarrollo, sino que constituye un componente de un desarrollo acorde con las exigencias del [PIDESC]” . Esto último nos trae a la memoria cierto pasaje de Torrillo, cuando la Corte SJN juzgó “que existen suficientes pruebas, según lo afirma la [Organización Mundial de la Salud], que desmienten el argumento tradicional de que la salud mejorará automáticamente como resultado del crecimiento económico, al paso que demuestran claramente que, por lo contrario, el mejoramiento de la salud es un pre-requisito del desarrollo económico” .

I. Sin embargo, muchas de estos problemas ya los hemos examinado en los trabajos que hemos mentado al comienzo, a los que remitimos, bien que sumando otros más específicos . No pongamos a un lado, por lo demás, el Informe sobre su visita oficial a Argentina del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce

de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Cephias Lumina: “[e]l Gobierno de la Argentina debe [...] m. Intensificar sus esfuerzos por evaluar el efecto de sus políticas sociales desde una perspectiva de los derechos humanos, en particular determinando si las medidas existentes, como el salario mínimo, la pensión mínima y otras prestaciones sociales, son suficientes para lograr los niveles básicos de los derechos sociales enumerados en las convenciones internacionales de derechos humanos y más concretamente si su nivel es suficiente para sacar a los pobres de la pobreza” . Hemos añadido esta última *itálica* para dejar en claro que la prestación de jubilación o pensión mínima no equivale a un “haber de subsistencia”, pues debe trascender

el *necessarium vitae* para ajustarse al *necessarium personae*, y estar por encima del umbral de pobreza.

J. Asimismo, volviendo sobre la prohibición de regresividad y la “fuerte presunción” de invalidez antedichas (D), aclaremos que ambas se imponen con mayor razón si paramos mientes en que no denotan más que manifestaciones del principio de progresividad, reconocido por la Corte S.J.N. como “principio arquitectónico” , y que determina, en otra de sus caras (progresividad dinámica), ya no una barrera a la involución, sino un pleno impulso y compromiso al permanente mejoramiento del grado de protección alcanzado en materia de derechos, libertades y garantías del ser humano (vide infra 2.C) . Se yuxtapone a ello, sinérgicamente, el art. 11.1, PIDESC: los Estados parte “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Norma esta que representa el corazón o núcleo de los derechos sociales .

## **2. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

A. Las líneas hasta aquí expresadas, aunque consintiéramos su brevedad, igualmente serían insuficientes si no diéramos cuenta del hito trascendental, que tanto hemos propiciado , emplazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el cuadro de otro instrumento de jerarquía constitucional, al decidir en *Muelle Flores c. Perú*, que “el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]”, el cual “tiene como finalidad asegurar a las

personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas” . Y añadió que resultan elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, garantizar “condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso” de la persona (§ 183). Más aún; el Tribunal regional, tras hacerse eco de la doctrina formulada por el Comité DESC en su Observación general 19: “[l]os métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el [PIDESC]”, añadió, pero ahora de su propia cosecha: “la Corte considera que el nivel suficiente de las prestaciones debe permitir a la persona un nivel de vida adecuado que no sólo se encamina a satisfacer sus necesidades puramente biológicas, sino que tiende a garantizar una vida en condiciones de dignidad. Es preciso resaltar que las pensiones por jubilación en adultos mayores constituyen, por regla general, la única fuente de ingresos del pensionado y de su núcleo familiar, por lo que un monto equivalente a un nivel suficiente de ingresos es de especial importancia para los adultos mayores” (§ 187 y su nota 201) . Todo ello fue puesto de manifiesto, sin dejar al margen que el derecho a la jubilación “tiene ‘efectos patrimoniales’, los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]” (§ 213).

B. No olvidemos, además, una circunstancia altamente significativa: “los derechos a la seguridad social, a la integridad personal y la dignidad humana se interrelacionan, y

en ocasiones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las personas mayores” (Muelle Flores, § 204). No hay con ello, advirtámoslo, más que una aplicación –realista, por cierto– del inconcuso principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos , pero también un acentuamiento de que “el derecho a la seguridad social es fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana” .

C. Y ha de subrayarse con fuerte y doble trazo que, al modo del Comité DESC (supra 1.J), la Corte IDH sostendrá en el terreno de la seguridad social, que “se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados” (Muelle Flores, § 190).

### **3. JUS COGENS**

A. En el orden de ideas que venimos exponiendo, necesario es puntualizar, a modo de reforzador definitivo, que el importe de la jubilación mínima, por la condición alimentaria que exhibe, se inserta en el cimero plano del jus cogens, por lo cual se vuelve tan inquebrantable como inflexible, en todo tiempo y lugar, bajo toda circunstancia, constituyendo el “núcleo duro interno” del derecho a la seguridad social, generador de las consiguientes obligaciones básicas de los Estados (core obligations), y resultando, su aseguramiento, una obligación estatal de cumplimiento inmediato y no supeditada a la “progresividad dinámica” (supra 1.J) .

B. En el decir del Comité DESC, un Estado “no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas [...] que son inderogables”, sean cuales fueren las “dificultades” por las que pudiera atravesar una

economía nacional, v.gr., derivadas del peso de la deuda externa, o del cumplimiento de tratados de libre comercio ; “las medidas de austeridad [...] deben siempre reconocer y proteger el contenido básico mínimo de los derechos enunciados en el [PIDESC]” . En el ámbito contencioso del Protocolo Facultativo, PIDESC, tiene dicho: “[e]l derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados pero estos tienen la obligación de asegurar, al menos, la satisfacción de niveles mínimos indispensables de este derecho. Entre otros, deben asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones, sin discriminación alguna” .

#### **4. CONCLUSIONES**

La movilidad de las jubilaciones y pensiones mínimas debe ser examinada periódicamente y, sea cual fuere la modalidad escogida para su actualización, esta ha de reflejar el real incremento del costo de vida.

El aludido mínimo se inscribe en el cimero plano del jus cogens internacional, por lo cual se vuelve tan inquebrantable como inflexible, en todo tiempo y lugar, bajo toda circunstancia, constituyendo el “núcleo duro interno” del derecho a la seguridad social, causante de las consiguientes obligaciones básicas de los Estados (core obligations), y resultando, su aseguramiento, una obligación estatal de cumplimiento inmediato y no supeditada a la “progresividad dinámica”.

Es aplicable el principio de progresividad que, por un lado, impide, como regla, toda involución en el grado de protección

que hubieran alcanzado los derechos humanos en el plano interno, y genera un “fuerte presunción” de invalidez de las normas y prácticas regresivas. Y, por el otro, impone un pleno impulso y compromiso al permanente mejoramiento del grado de protección alcanzado en materia de derechos, libertades y garantías del ser humano.

Es inexcusable para el Estado la evaluación ex ante y ex post de las políticas que repercutan directa o indirectamente en el régimen de jubilaciones y pensiones, para lo cual deberá de llevar a cabo procesos de efectiva, oportuna y significativa participación de las personas y grupos interesados.

En la negociación que emprenda con organismos internacionales de crédito (v.gr. Fondo Monetario Internacional), el Estado debe tener presente que toda condición injustificable impuesta para la concesión o renegociación de un préstamo que lo obligue a adoptar medidas regresivas en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales constituirá una violación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No ha de descartarse la responsabilidad de dichos organismos por su complicidad en la aplicación por parte de los Estados de reformas económicas que violan los mentados derechos. Tampoco la responsabilidad de los Estados cuyo peso determina la conducta de esas instituciones multilaterales de crédito

Los derechos humanos, en definitiva, se reducen a uno solo, el derecho de vivir conforme con la dignidad de la persona humana . Sin olvidar, como lo advierte el Papa Francisco, que un pueblo que no cuida a sus mayores “es un pueblo que ¡no tiene futuro!”.