



Contenido esencial y justiciabilidad de la seguridad social

Essential Content and Justiciability
of Social Security

Conteúdo essencial e justiciabilidade da
seguridade social

Verónica Lidia Martínez Martínez*

* <https://orcid.org/0000-0002-7927-3006>. Universidad Anáhuac, México.
veronica.martinezma@anahuac.mx

Recibido: 23/09/2020. Envío a pares: 13/05/2021
Aprobado por pares: 15/11/2021. Aceptado: 27/11/2021

DOI: 10.5294/dika.2022.31.1.8

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Verónica Lidia Martínez Martínez, “Contenido esencial y justiciabilidad de la seguridad social”,
en *Dikaion* 31, 1 (2022), pp. 177-209. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.8>

Resumen

El presente trabajo analiza, en los sistemas europeo, interamericano y universal de protección de los derechos humanos, la regulación, el contenido esencial y la justiciabilidad de la seguridad social, la cual difiere del derecho al trabajo, pues ante la interdependencia y vinculación de ambos derechos es común confundirlos. Se emplea el método analítico como herramienta en el estudio de los tratados internacionales, para dar cuenta de la regulación de la seguridad social como derecho humano y como instrumento y principio base de una paz estable y duradera. Dicho método también es utilizado para abordar el tema del contenido esencial de la seguridad social como criterio hermenéutico importante para su caracterización y delimitación, realizada esta por los órganos autorizados para la interpretación de las normas de derechos humanos previstas en los instrumentos internacionales, así como para el cumplimiento y la justiciabilidad de este derecho humano. El otro método utilizado en este trabajo es el comparado, que se emplea a fin de abordar el tema de la justiciabilidad directa e indirecta de la seguridad social con el apoyo de las sentencias y los razonamientos jurisprudenciales emitidos por los principales tribunales internacionales en contraposición a los argumentos que niegan su justiciabilidad.

Palabras clave

Seguridad social; derechos económicos; derechos sociales; derechos culturales; derechos ambientales; justiciabilidad; contenido esencial; interdependencia.

Abstract

This work analyzes the regulation, essential content, and justiciability of social security in the European, Inter-American, and universal systems to protect human rights. Social security differs from the right to work; it is common to confuse them due to their interdependence and mutual linkage. The analytical method is used to study international treaties and account for social security regulation as a human right, instrument, and fundamental principle of lasting peace. This method is also employed to address the essential content of social security as a crucial hermeneutical criterion for its characterization and delimitation, carried out by the authorized bodies in the interpretation of the human rights norms provided for in international instruments, as well as in the safeguarding and justiciability of this human right. Meanwhile, the comparative method is applied when addressing the direct and indirect justiciability of social security based on leading international courts' judgments and case-law reasoning in contrast to the arguments that deny its justiciability.

Keywords

Social security; economic rights; social rights; cultural rights; environmental rights; justiciability; essential content; interdependence.

Resumo

Este trabalho analisa, nos sistemas europeu, interamericano e universal de proteção dos Direitos Humanos, a regulamentação, o conteúdo essencial e a justiciabilidade da seguridade social, a qual difere do direito ao trabalho, porque, em face da interdependência e da vinculação de ambos os direitos, é comum confundi-los. Para tanto, o método analítico é utilizado como ferramenta no estudo dos tratados internacionais, para dar conta da regulamentação da seguridade social como um direito humano e como instrumento e princípio básico de uma paz estável e duradoura. Esse método também é utilizado para abordar a questão do conteúdo essencial da seguridade social como um importante critério hermenêutico em sua caracterização e delimitação, realizada pelos órgãos autorizados na interpretação das normas de direitos humanos previstas em instrumentos internacionais, bem como no cumprimento e na justiciabilidade desse direito humano. O outro método utilizado neste trabalho é o comparativo, utilizado para tratar a questão da justiciabilidade direta e indireta da seguridade social com o amparo dos acórdãos e dos critérios jurisprudenciais emitidos pelos principais tribunais internacionais em contraposição aos argumentos que negam sua justiciabilidade.

Palavras-chave

Seguridade social; direitos econômicos; direitos sociais; direitos culturais; direitos ambientais; justiciabilidade; conteúdo essencial; interdependência.

Sumario: 1. La seguridad social en los tratados internacionales sobre derechos humanos. 2. El contenido esencial del derecho de la seguridad social. 3. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. 4. Justiciabilidad del derecho a la seguridad social. 4.1 Justiciabilidad de la seguridad social a través del principio de igualdad y la prohibición de discriminación. 4.2 Justiciabilidad de la seguridad social a través del derecho de propiedad. 4.3 Justiciabilidad de la seguridad social a través del derecho al acceso a la justicia y el debido proceso legal. 4.4 Justiciabilidad de la seguridad social a partir del principio de progresividad. 4.5 Justiciabilidad de la seguridad social a partir del derecho a la tutela judicial efectiva. Conclusión. Referencias.

1. La seguridad social en los tratados internacionales sobre derechos humanos

En los principales tratados internacionales sobre derechos humanos las notas distintivas de la seguridad social son su reconocimiento como derecho humano universal, inalienable, irrenunciable, inextinguible, oneroso y exigible al propio Estado –así intervengan en su instrumentación empresas privadas–, además de su carácter de mecanismo que genera cohesión y paz social.

No obstante que la Declaración de Filadelfia de 1944 pedía extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesitan y prestar asistencia médica completa, por primera vez, el reconocimiento de la seguridad social como derecho humano tiene lugar en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en mayo de 1948 en Bogotá, Colombia,¹ al preceptuar que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, la vejez y la incapacidad que, provenientes de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibiliten física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. En el artículo XXXV de este instrumento se consigna el deber de toda persona de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias.

Para diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH),² que consigna el derecho de toda persona, como miembro

1 El carácter vinculante de la Declaración Americana fue reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989, “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párrafo 45, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf, fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020.

2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París. Si bien en la DUDH no se concede a los individuos un derecho de acción o de petición ante los órganos de la ONU para asegurar la realización efectiva de los derechos y la Asamblea General solo tiene competencia para hacer recomendaciones, el carácter vinculatorio de la DUDH proviene de la costumbre internacional, en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, fecha de consulta: 18 de septiembre de 2020.

de la sociedad, a la seguridad social³ y a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad.⁴

Uno de los tratados que desarrolla el contenido de la DUDH es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).⁵ En el artículo 9 del Pidesc se reconoce el derecho de toda persona a la seguridad y al seguro social;⁶ mientras que en el artículo 10.2, los Estados partes reconocen que se debe conceder protección especial a las madres durante un periodo razonable antes y después del parto. Durante ese periodo, las madres trabajadoras deben gozar de una licencia o permiso remunerado con suficientes prestaciones de seguridad social. Para facilitar la interpretación, aplicación y plena realización del contenido y alcance de los derechos y las obligaciones del Pidesc en materia de seguridad social, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) cuenta con la Observación General N.º 19.

Asimismo, dentro del sistema universal de derechos humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁷ la Convención sobre los Derechos del Niño,⁸ la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹ reconocen el derecho a la seguridad social en favor de los sujetos protegidos por estos tratados internacionales.

La seguridad social también se define como un derecho humano en los convenios y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los convenios de la OIT son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados miembros¹⁰ y tener alcance general, cuando se ocupan de regular las diversas ramas de la seguridad social o normar una o algunas ramas específicas de esta. Por el contrario, las recomendaciones no generan obligaciones y tampoco se prestan a la ratificación por parte de los Estados, solo actúan como directrices no vinculantes que proporcionan orientación para guiar la política, la legislación y las acciones de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

Ante la prolífica normatividad de la OIT, que se ocupa de regular aspectos referentes al campo de la seguridad social, se considera que el término de normas

3 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 22.

4 *Ibid.*, artículo 25, párr. 1.

5 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se aprobó y abrió a la firma, ratificación y adhesión mediante la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966, en <https://undocs.org/es/A/RES/2200%28XXI%29>, fecha de consulta: 8 de septiembre de 2020.

6 Pidesc, artículo 9.

7 Artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

8 Artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

9 Artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

10 Oficina Internacional del Trabajo, *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, Ginebra, OIT, 2014, p. 15.

internacionales de trabajo (NIT) está acotado al ámbito laboral y no refleja toda la gama de tópicos que son materia de regulación por parte de la Organización. A nuestro entender, estimamos que debiera adoptarse el término de normas internacionales de seguridad social (NISS) para referirse a los convenios y las recomendaciones de seguridad social de alcance general y especializados en la regulación de sus ramas, toda vez que la OIT, desde su fundación, tiene a su cargo la tarea de mejorar las condiciones de trabajo mediante la lucha contra el desempleo; la protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales; contra los accidentes del trabajo; las pensiones de vejez e invalidez que forman parte del contenido esencial de la seguridad social, el cual difiere del contenido, alcance y regulación del derecho laboral.

En el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹¹ conocido como Protocolo de San Salvador, establece el deber de los Estados de brindar protección frente a las contingencias derivadas de la vejez y las enfermedades, de tal forma que aquella cubra la atención médica y el subsidio o la jubilación en casos de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y la licencia a las mujeres antes y después del parto.¹² La limitante que presenta el Protocolo de San Salvador es que solo permite la presentación de peticiones individuales ante el sistema, en dos casos: el derecho a la organización sindical y el derecho a la educación, el resto de los derechos reconocidos en este instrumento únicamente constriñen a los Estados a presentar informes periódicos ante la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).¹³

Finalmente, en el sistema regional europeo, el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de la Unión Europea) de 7 de diciembre de 2000, reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social de toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la UE.¹⁴

De igual manera, en el punto doce de la primera parte de la Carta Social Europea (revisada) se reconoce el derecho de los trabajadores a la seguridad social y, para garantizar su ejercicio efectivo, las partes contratantes se comprometen a establecer o mantener un régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio 102 de la OIT sobre normas mínimas de seguridad social; a esforzarse por elevar

11 Adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, en el decimotavo periodo de sesiones de la Asamblea General, en <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf>, fecha de consulta: 21 de septiembre de 2020.

12 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9.

13 *Ibid.*, artículo 19.1.

14 De acuerdo con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, a los derechos sociales enunciados en la Carta de la Unión Europea se les confiere un carácter vinculante.

progresivamente su nivel y a adoptar medidas encaminadas a conseguir la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes, además de la concesión, el mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los periodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes.¹⁵

En cuanto al carácter estabilizador de la seguridad social su reconocimiento internacional obedece a que sus principales finalidades son amortiguar los efectos de las transformaciones estructurales y tecnológicas, sobre todo en los periodos de crisis, mejorar las condiciones de vida de los seres humanos y contribuir a generar bienestar y desarrollo.

En la Carta de la OEA, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, tiene lugar el reconocimiento de la seguridad social como instrumento y principio base de una paz duradera,¹⁶ por considerarse que una de las condiciones necesarias para lograr un orden social justo es que el trabajo, como derecho y deber social, se preste en condiciones que incluyan un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.¹⁷

Esta función pacificadora de la seguridad social también encuentra reconocimiento en el seno de la OIT que la reconoce como un mecanismo eficaz para reducir la pobreza, limitar la desigualdad, promover la igualdad y sustentar un crecimiento económico equitativo.¹⁸

2. El contenido esencial del derecho a la seguridad social

Si bien los elementos del derecho a la seguridad social pueden variar según las diferentes condiciones, hay una serie de factores fundamentales que lo identifican y hacen reconocible, y evitan su desaparición o transformación.

15 Artículo 12 de la Parte II de la Carta Social Europea (revisada), en <https://rm.coe.int/168047e013> fecha de consulta: 3 de octubre de 2021.

16 Artículo 3 j) de la Carta de la OEA, en http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_Manual_Formacion_Lideres_anexos.pdf, fecha de consulta: 3 de agosto de 2020.

17 *Ibid.*, artículo 45 b).

18 Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, OIT, 2011, p. 24.

El Consejo de Derechos Humanos ha determinado que la seguridad social incluye al seguro social (planes contributivos) y a la asistencia social (planes no contributivos).¹⁹ Los programas del seguro social prevén prestaciones vinculadas a la interrupción de los ingresos por el empleo y los programas de asistencia social ofrecen prestaciones para complementar los ingresos insuficientes de los miembros de grupos vulnerables.²⁰

Para la OIT, la seguridad social comprende la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de la familia.²¹ Bajo el mismo tenor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) considera a la seguridad social como un derecho que tiene como elemento constitutivo el garantizar las condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso, que busca proteger al individuo, no solo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, sino de aquellas situaciones que se presentarán cuando este llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado.²²

La Corte IDH²³ y el Comité DESC²⁴ coinciden en señalar que los elementos que conforman el contenido esencial del derecho a la seguridad social son:

- a. Disponibilidad. El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, compuesto ya sea de uno o de varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho.
- b. Riesgos e imprevistos sociales. En condiciones ideales, un sistema de seguridad social debe tener por objetivo proporcionar una cobertura integral

19 Consejo de Derechos Humanos, “Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos”, en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/poverty/Pages/DGPIIntroduction.aspx>, fecha de consulta: 26 de septiembre de 2020.

20 *Idem.*

21 OIT, *Hechos concretos sobre la seguridad social*, Ginebra, OIT, 2003, p. 1.

22 Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, Sentencia de 6 de marzo de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 375, párrs. 172 a 193, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf, fecha de consulta: 16 de septiembre de 2020.

23 *Idem.*

24 Observación General N.º 19, Derecho a la seguridad social artículo 9 PIDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 16 de marzo de 2006, en <https://www.catalogoderechoshumanos.com/observacion-general-19-pidesc/>, fecha de consulta: 14 de septiembre de 2020.

que cubra todas las situaciones que puedan poner en peligro la capacidad del ser humano para obtener ingresos y mantener un nivel de vida adecuado.²⁵ Por lo general, los sistemas de seguridad social abarcan la atención de la salud, la enfermedad, vejez, el desempleo, los accidentes y las enfermedades laborales, las prestaciones familiares, la maternidad, la discapacidad e invalidez y las prestaciones de sobrevivencia. La mayoría de estos riesgos sociales se reconocen y norman por las legislaciones nacionales.

- c. Nivel suficiente. Las prestaciones en dinero y en especie deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan ejercer sus derechos a la protección y asistencia familiar, a un nivel de vida adecuado y a la atención de la salud. Además, los Estados deben respetar de manera plena los principios de la dignidad humana y no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden. Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse, de manera periódica, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe existir una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.
- d. Accesibilidad. Este elemento debe incluir los siguientes aspectos:
 - i) Cobertura. Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación. Para garantizar la cobertura de todos es necesario implementar planes no contributivos.
 - ii) Condiciones. Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes. Toda supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, razonable y estar prevista en la legislación nacional.
 - iii) Asequibilidad. Si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, estas deben definirse por adelantado. Los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos.
 - iv) Participación e información. Los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema. El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional y

25 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Unión Interparlamentaria, *Derechos humanos. Manual para parlamentarios*, 26, ACNUDH-UI, 2015, p. 205.

garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente.

- v) Acceso físico. Las prestaciones deben concederse de manera oportuna y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, además de hacer las cotizaciones cuando corresponda. Debe prestarse la debida atención a las personas con discapacidades, los trabajadores migrantes y las personas que viven en zonas remotas o expuestas a desastres, así como en zonas en que tienen lugar conflictos armados, de forma que también ellas puedan tener acceso a estos servicios.

La Corte IDH adiciona como elementos integrantes del contenido esencial de la seguridad social a la relación que existe de este derecho con otros derechos fundamentales y al acceso a recursos judiciales efectivos, de producirse su transgresión. Respecto al primer elemento, por lo general, la seguridad social se interrelaciona con el derecho a una vida digna, el derecho al trabajo, además de constituir el medio para garantizar el derecho a la salud. En lo concerniente al segundo elemento, la Corte IDH otorga la calidad de efectivo al recurso cuando cumple la finalidad para la cual ha sido establecido. El mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante, no demuestra su falta de eficacia.²⁶

A pesar de que en Europa coexisten dos grandes sistemas de protección de los derechos humanos que operan en ámbitos geográficos distintos, el de la Unión Europea (UE) y el del Consejo de Europa, como resultado del predominio del ámbito económico sobre el ámbito social en el espacio europeo desde los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea hasta el Tratado de Lisboa en que ha imperado el principio bilateral de subsidiariedad, al delimitar las competencias de la UE y fijar el ámbito de competencias propias de los Estados miembros, reserva a la organización internacional la tarea residual de apoyar, complementar y coordinar la acción soberana de los Estados miembros en materia de seguridad social, cuando estos no puedan hacerlo o no sea posible alcanzar los objetivos de una acción pretendida (necesidad) e incluso cuando la dimensión y los efectos de la acción u objetivo puedan realizarse mejor a escala de la UE (valor añadido).²⁷

26 Corte IDH, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, núm. 04, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, fecha de consulta: 14 de septiembre de 2020.

27 Tratado de la Unión Europea, artículo 5, apartado 3, en <http://www.boe.es/boe/2010/083/Z00013-00046.pdf>, fecha de consulta: 29 de septiembre de 2021; Philip Morris Brands SARL y otros contra Secretary of State for Health, Asunto C-547/14, sentencia de 4 de mayo de 2016, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FB3530F00E4D3FC8249E25A11114FAB4?text=&docid=177724&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3793017>, fecha de consulta: 28 de septiembre de 2021.

Bajo esta distribución competencial, el Comité Europeo de Derechos Sociales, como órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Carta Social Europea, ha establecido que los elementos que conforman el contenido esencial de la seguridad social son los siguientes:

- a. Que el sistema de seguridad social cubra la atención médica, prestaciones de enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, maternidad, invalidez y sobrevivientes.²⁸ El sistema de seguridad social debe cubrir un porcentaje significativo de la población respecto al seguro de enfermedad y prestaciones familiares, y, a su vez, amparar a un porcentaje de la población activa en materia de enfermedad, maternidad, beneficios de desempleo, pensiones, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.²⁹
- b. El sistema de seguridad social debe financiarse de forma colectiva, lo que significa que las contribuciones deben ser realizadas por los operarios, empleadores y el presupuesto del Estado.³⁰
- c. Cuando el sistema de seguridad social se financie con impuestos, su cobertura en términos de personas protegidas debe basarse en el principio de no discriminación, sin perjuicio de las condiciones para la titularidad del derecho (prueba de medios, por ejemplo).³¹

3. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

La exigibilidad de los derechos debe entenderse desde dos perspectivas, una en sentido amplio y otra en sentido restringido. El primer sentido, se refiere a los procesos sociales y políticos con los cuales cuenta la sociedad para que el Estado cumpla sus obligaciones. Se trata de denuncias en medios de comunicación, de protestas sociales, huelgas, peticiones administrativas, actuaciones del *ombudsman* o de defensores de derechos humanos y, en general, cualquier acto que incida en las políticas públicas o en las reformas legislativas, cuyo objeto sea la consecución de algún derecho social. La exigibilidad, en sentido restringido, a la que se denomina justiciabilidad, se refiere a la capacidad de

28 Conclusiones 2013, Georgia, artículo 12§1, en [http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["Georgia,article12"\],"ESCDcType":\["FOND"\],"Conclusion":\["Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["2013/def/GEO/12/3/EN"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{). Conclusiones 2004, Bulgaria, artículo 12.1, en [http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["conclusionsbulgaria"\],"ESCDcType":\["FOND"\],"Conclusion":\["Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["2004/def/BGR/12/1/EN"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)}, fecha de consulta: 1º de octubre de 2021.

29 *Idem*.

30 Conclusiones XVI, Observación interpretativa, artículo 12§1, 12§2 y 12§3, en [http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["XVII"\],"ESCDcType":\["FOND"\],"Conclusion":\["Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["XVI-1_035_04/Ob/FR"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{), fecha de consulta: 1º de octubre de 2021.

31 Conclusiones XVI-1, Statement of Interpretation on article 12, en [http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["ConclusionXVI-1"\],"ESCDcIdentifier":\["XVI-1_035_04/Ob/FR"\],"ESCDcType":\["FOND"\],"Conclusion":\["Ob"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>, fecha de consulta: 1º de octubre de 2021.

reclamar una reparación ante un juez o un tribunal de justicia cuando ha ocurrido o es probable que tenga lugar una violación de un derecho.

Respecto de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA), como la seguridad social, existe la vertiente que niega su justiciabilidad frente a la posición que la sostiene. Las principales objeciones que se han formulado sobre la justiciabilidad de los DESCAs son las siguientes:

- a. La naturaleza jurídica, el fundamento y contenido obligacional de los DESCAs son disímiles al de los derechos civiles y políticos, puesto que se asientan en valores o en principios menos relevantes, o, si se prefiere, menos conectados con aquellos que inspiran la protección de los derechos fundamentales.³²
- b. La consideración de los DESCAs como derechos programáticos.
- c. Los DESCAs tienen un contenido impreciso y abstracto que imposibilita a los órganos jurisdiccionales o administrativos determinar su contenido en casos particulares.
- d. La inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de derechos sociales.³³ La mayoría de los medios de defensa en el ámbito administrativo y jurisdiccional han sido diseñados para la defensa de los derechos civiles y políticos, y los procedimientos se instauran para atender peticiones individuales y no colectivas. Sobre este punto, Ferrajoli refiere:

En los derechos sociales no se han elaborado técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad. Las prestaciones positivas del Estado en beneficio de los ciudadanos han tenido ciertamente un enorme desarrollo de hecho, con el crecimiento del *Welfare State* y la multiplicación de las funciones públicas de tipo económico y social. Pero este desarrollo se ha producido en gran parte a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos, el juego no reglado de los grupos de presión y de las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y de los privilegios, así como de sedes extra-legales, incontroladas y ocultas del poder público y para-público.³⁴

A las anteriores objeciones se adiciona el argumento formal o político de la falta de idoneidad técnica de los jueces en materia de DESCAs, el cual se encuentra sustentado en los postulados siguientes:

- 32 Gerardo Pisarello, "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", en Gerardo Pisarello (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 35.
- 33 Víctor Abramovich y Christian Courtus, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Miguel Carbonell, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2001, p. 73.
- 34 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2004, p. 863.

- i) La realización de los DESCAs depende de las políticas públicas y la asignación presupuestal, por lo que la acción judicial resulta ineficaz para generar por ella misma los cambios necesarios para garantizar los derechos.
- ii) Los jueces no son expertos en materia económica y social, por lo tanto, no estarían técnicamente preparados para abordar las complejas cuestiones políticas y económicas que implica la garantía de los DESCAs.³⁵
- iii) De acuerdo con el principio de división de poderes como base fundamental del Estado social y democrático de derecho, la decisión sobre el contenido de los DESCAs no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia, sino en la del legislador,³⁶ al requerirse en parte de actividades de planificación y presupuestarias.
- iv) El poder judicial no es un organismo “contramayoritario”, esto es, sus funcionarios, al no ser elegidos ni controlados por el voto popular, carecen de la legitimidad necesaria para incidir sobre decisiones presupuestarias que competen al gobierno y, en su caso, al legislador, y al no ser los encargados de recaudar impuestos y de obtener recursos para financiar las políticas sociales, sus intervenciones tenderían a obviar las restricciones presupuestarias y las consecuencias financieras de las decisiones sobre derechos, deslizándose por una resbaladiza pendiente de populismo judicial.³⁷
- v) Otorgar a los tribunales un papel relevante en la garantía de los DESCAs representa una indeseable política del derecho.³⁸

En contraposición a lo anterior, la tesis que compartimos en este trabajo es la de justiciabilidad de los DESCAs, con base en los siguientes argumentos:

- a. Que los derechos prestacionales gocen de un núcleo indisponible significa que representan auténticos derechos fundamentales, es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política, toda vez que la cláusula del contenido esencial constituye el elemento o rasgo definidor de la fundamentalidad de un derecho.³⁹

35 Gerardo Pisarello, “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, *op. cit.*, nota 32, p. 42.

36 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 491.

37 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 90.

38 Gerardo Pisarello “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, *op. cit.*, nota 32, p. 36. Ferrajoli a este respecto refiere que el principio de la incontrolabilidad del poder soberano y, por otra parte, el de la separación de poderes, es decir, de la no interferencia del poder judicial en la discrecionalidad administrativa resultan insostenibles e impertinentes, respectivamente para la democracia constitucional (Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, 2011, p. 389).

39 José Ramón Cossío Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 68 y ss.

- b. Los problemas de justiciabilidad de los DESCAs no se diferencian de los que se presentan en los derechos civiles y políticos. No pocas veces, con respecto a los derechos de libertad se presentan problemas de ponderación muy complejos, cuya solución puede tener consecuencias de largo alcance para la vida de la comunidad.⁴⁰
- c. El bloque de convencionalidad abre la posibilidad de reconocer a los DESCAs como verdaderos derechos exigibles y justiciables, con igual peso y jerarquía que los derechos civiles y políticos.
- d. La adopción de una clasificación rígida de los DESCAs que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con los principios de indivisibilidad e interdependencia que rigen en el ámbito de los derechos fundamentales.
- e. El establecimiento del mismo tipo de obligaciones genéricas para todos los derechos humanos (respeto, proteger, cumplir) provoca que su incumplimiento sea justiciable.
- f. Con base en el principio de progresividad, el Estado puede ser sujeto de rendición de cuentas ante las instancias encargadas de resolver violaciones de los derechos humanos.
- g. La jurisprudencia nacional e internacional demuestra que todos los DESCAs son justiciables.
- h. La existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad. La ausencia de garantías de los DESCAs no quiere decir que nunca se hayan elaborado técnicas de garantía para este tipo de derechos, y menos aún que sea irrelevante, no vinculante o puramente programático su reconocimiento constitucional como derechos humanos, sino que es necesario que el legislador colme las lagunas garantistas con disposiciones normativas y políticas presupuestarias orientadas a su satisfacción, además de establecer directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria, pero sobre todo en la de los tribunales.⁴¹

La antítesis del argumento formal o político de la falta de idoneidad técnica de los jueces en materia de DESCAs sostiene que la estricta y rigurosa separación

40 Robert Alexy, "Derechos sociales fundamentales", en Miguel Carbonell *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, trad. Ernesto Garzón Valdés, 2001, p. 82.

41 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3 ed., Madrid, Trotta, trad. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 2002, p. 109.

de poderes, apoyada por el antifederalismo, fue derrotada en los tiempos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La concepción dominante sobre la separación de poderes no es otra que la sostenida por James Madison en su propuesta de un sistema de “frenos y contrapesos” (*checks and balances*) basado en la capacidad de interacción e interferencia de un poder sobre otro, bajo la idea de que cada rama del gobierno contaba con las armas suficientes y necesarias para resistir las invasiones de los demás.⁴² De esta manera, las relaciones de coordinación y colaboración entre el ejecutivo y el legislativo permiten al primer poder participar en la elaboración de normas a través del derecho de veto o haciendo uso de su facultad reglamentaria; además de la aprobación que hace el poder legislativo de los nombramientos que realiza el ejecutivo o su facultad judicial que ejerce en la declaratoria de procedencia o juicio político.

La facultad legislativa del poder judicial también es importante en la creación de normas de organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. Frente a estos ejemplos se pone de manifiesto que la imposibilidad de mantener a los poderes distanciados fragmenta el principio absoluto de la separación de poderes. A nivel mundial se suele hacer referencia a las figuras de *writ of mandamus*⁴³ y *judicial review*⁴⁴ como ejemplos representativos de la intervención de los jueces en el ámbito de las políticas públicas.

4. Justiciabilidad del derecho a la seguridad social

Como resultado de la renovación dogmática en el ámbito de los derechos fundamentales, no existen categorías distintas y devaluadas de derechos⁴⁵ pues, como lo apuntan Häberle⁴⁶ y Waldron,⁴⁷ entre los derechos civiles y políticos y los DESCAs no hay diferencias radicales, sino profundas, múltiples e importantes relaciones como resultado de los principios de indivisibilidad e interdependencia que hacen necesaria su fusión al derivar del mismo código genético.⁴⁸

De acuerdo con los profesores Daniel Vázquez y Sandra Serrano, el principio de indivisibilidad tiene dos aplicaciones prácticas: en una primera posible aplicación, este principio supone que un derecho no puede realizarse en

42 A. Hamilton *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 220.

43 En Estados Unidos, mediante la figura del *writ of mandamus*, el ciudadano que haya visto lesionado un derecho propio a causa de la inactividad puede recurrir ante el magistrado a fin de que la administración provea y el legislador regule.

44 En el derecho inglés, el *judicial review* es una acción en la que un juez determinado revisa, a petición del afectado, la supuesta ilegalidad de una acción u omisión de una autoridad pública.

45 Cristina Monereo, “Una teoría de los derechos sociales es posible”, en <http://observatoridesc.org/files/cap1.pdf>, fecha de consulta: 23 de agosto de 2020.

46 Diego Valadés (comp.), *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, México, UNAM, 2006, p. 40.

47 Citado en María José Añón Roig y José García Añón, *Lecciones de Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 67.

48 Véase Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

detrimento de otros derechos.⁴⁹ La indivisibilidad, al negar la disgregación, incompatibilidad y categorización entre los derechos humanos, conlleva una visión holística de los mismos que desmantela el cuestionamiento de los DESCAs, en cuanto a su carácter mismo de derechos humanos fundamentales de las personas y a su justiciabilidad.

Por su parte, la interdependencia se refiere a que todos los derechos humanos están relacionados entre sí, es decir, que cada uno de los derechos es indispensable para tener una vida digna.⁵⁰ Uno de los beneficios que ofrece este principio es que facilita el respeto, cumplimiento y justiciabilidad de los derechos humanos, pues así como la alteración o privación de un derecho impacta de manera negativa a los demás, el avance de alguno de ellos puede facilitar el avance de los otros.

Bajo este tenor, se considera que la justiciabilidad de los DESCAs puede optar por dos grandes caminos: la justiciabilidad indirecta y la directa. El primer tipo de justiciabilidad debe entenderse como la protección de los DESCAs mediante pretensiones jurídicas formuladas a partir de otros derechos, como los derechos civiles y políticos, que mediatizan el objeto verdadero de la tutela, mientras que la justiciabilidad directa consiste en la invocación inmediata del DESCAs transgredido en la formulación de la pretensión.

La justiciabilidad directa de la seguridad social en sede interamericana tuvo lugar, por primera vez, en el caso Oscar Muelle Flores vs. Perú y, con posterioridad, en el asunto Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) vs. Perú. En ambos casos la Corte IDH, con base en las fuentes, los principios y criterios del *corpus iuris* internacional, delimita el contenido del derecho a la seguridad social para poder determinar en los asuntos concretos la afectación a este derecho autónomo y justiciable.

Por lo que hace al caso Muelle Flores vs. Perú, de manera general, el derecho a la seguridad social y, en particular, el derecho a la pensión, de acuerdo con la Corte IDH, no fue garantizado de manera oportuna ante la inejecutabilidad de las sentencias que habían decretado el pago de las pensiones; por la falta de información oportuna, clara, transparente y completa de los efectos que la privatización de la empresa estatal Minera Especial Tintaya S.A., podía generar en el pago de las pensiones; el incumplimiento de la obligación de adoptar salvaguardas para evitar los efectos negativos de la privatización; la falta de acceso al seguro de salud como parte del derecho a la seguridad social, ade-

49 Daniel Vázquez y Sandra Serrano, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, México, Flacso, 2013, p. 37.

50 *Manual de la defensa de los derechos humanos frente a proyectos de despojo*, México, BMZ/MISEREOR/Pan por el mundo, 2015, p. 39.

más de la generación del grave perjuicio en la calidad de vida, la cobertura de la salud y la integridad psicológica y moral del reclamante.⁵¹

Por su parte, en el asunto *Ancejub-Sunat vs. Perú*, la Corte IDH decretó la transgresión al derecho a la seguridad social ante el retraso en la ejecución de la sentencia de 25 de octubre de 1993; así como por la falta del pago de los reintegros que resultaban de las diferencias existentes entre las remuneraciones percibidas por los servidores activos de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y las pensiones percibidas por las presuntas víctimas mientras estuvo vigente la Tercera Disposición Transitoria del Decreto 673; por la falta de información oportuna, clara, transparente y completa de los efectos que tendría para sus pensiones acogerse al Programa de Renuncias Voluntarias consignado conforme al Decreto 639 y los efectos prácticos que la aplicación de los decretos 639 y 673 tendrían en el pago de sus pensiones como personas sujetas al régimen pensionario del Decreto 20530, además del impacto en la calidad de vida y el proyecto original de vida de los pensionados ante la reducción de sus pensiones.⁵²

Sin lugar a dudas, sobresalen los casos resueltos por el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los órganos del SIDH en los que de manera indirecta se hace justiciable el derecho a la seguridad social a partir de su conexidad con los derechos fundamentales de propiedad, de acceso a la justicia y al debido proceso legal, a la tutela judicial efectiva, y con los principios interpretativos de los derechos humanos, como los de progresividad e igualdad, y la prohibición de discriminación, que se analizan en los siguientes apartados.

4.1 Justiciabilidad de la seguridad social a través del principio de igualdad y la prohibición de discriminación

El concepto jurídico de igualdad, como contenido de una garantía individual, se trata de un elemento eminentemente negativo: la ausencia de diferencias en las posibilidades y capacidades jurídicas generales⁵³ debidas a aspectos étnicos, religiosos, biológicos, culturales, entre otros, que puedan ostentar varios individuos o grupos humanos, lo cual se traduce en una prohibición de realizar todo tipo de actos u omisiones que atenten contra la dignidad propia del ser humano y que tengan como consecuencia la anulación o el menoscabo de derechos. De manera complementaria, la discriminación tam-

51 Corte IDH, *Caso Muelle Flores vs. Perú*, cit., párrs. 194 a 208, nota 22.

52 Corte IDH, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) vs. Perú*, Sentencia de 8 de octubre de 2020, Serie C, núm. 413, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_413_esp.pdf, fecha de consulta: 4 de octubre de 2021.

53 Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, 12ª ed., México, Porrúa, 1979, p. 281.

bién tiene un sentido negativo que supone la necesidad de que las personas no sean sujetas a distinciones arbitrarias e injustas.⁵⁴

El principio de igualdad y no discriminación se ha empleado para dilucidar las controversias de seguridad social al mostrarse la jurisprudencia internacional partidaria de evitar y erradicar las prácticas discriminatorias en el otorgamiento de las prestaciones de seguridad social en el caso de las parejas homosexuales, de los extranjeros, así como aquellas que corresponden a los hombres y las mujeres en aras de reducir la brecha pensionaria.

De acuerdo con la Corte IDH, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede aminsonar o restringir, de modo alguno los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁵⁵ Para el Tribunal Interamericano, la orientación sexual es una categoría protegida por la CADH, por lo que la eventual restricción de un derecho con base en esta exige una fundamentación rigurosa, que implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.⁵⁶

Como ejemplo de la denegación del derecho a la seguridad social apoyada en la orientación sexual, se encuentra el caso Duque en contra de Colombia,⁵⁷ que provocó que la Corte IDH determinara la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación en perjuicio del señor Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de viudez con base en el hecho de que se trataba de una pareja del mismo sexo. Igual determinación fue la adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el caso X. El señor X mantenía una relación de convivencia con el señor Y. A la muerte de Y, el señor X solicitó que se le entregara la pensión por viudez, que de manera indebida le fue denegada sobre la base que esta prestación solo procede en el caso de las relaciones heterosexuales.

Otro asunto es el suscitado en 1999, en donde Edward Young mantuvo una relación del mismo sexo con el señor C durante 38 años. El señor C era un

54 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos. Fase básica 2. Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, México, CNDH, 2013, p. 11.

55 Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 310, párr. 104, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf, fecha de consulta: 3 de agosto de 2020; Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 91, en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2020.

56 Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 310, párr. 106, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf.

57 *Idem*.

veterano de guerra que murió el 20 de diciembre de 1998, a la edad de 73 años, lo cual provocó que el 1º de marzo de 1999, Edward Young solicitara una pensión con arreglo al artículo 13 de la Ley de Veteranos. Ley de derechos (VEA) como dependiente de un veterano. El 12 de marzo de 1999, la Comisión de Repatriación denegó la solicitud del autor porque no era un dependiente según lo definido por la ley, además de negarle una prestación por duelo por no reunir la calidad de “miembro de una pareja”, al haber mantenido una relación del mismo sexo con C. Después de analizar el caso, el Comité de Derechos Humanos determinó que la distinción entre parejas del mismo sexo, que están excluidas de los beneficios de pensión por ley, y las parejas heterosexuales no casadas, a quienes se les otorgan dichos beneficios, es discriminatoria y contraviene el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).⁵⁸

La negativa de otorgamiento de las prestaciones de seguridad social a partir de la discriminación sustentada en la nacionalidad ha sido revisada por los tribunales internacionales. Dentro de este segundo rubro se encuentra el caso Koua Poirrez vs. Francia. El peticionario –originario de Costa de Marfil con residencia en Francia– al presentar una invalidez del 80% reconocida por la Comisión Técnica de Orientación y Reclasificación Profesional, acudió ante el Departamento de Prestaciones Familiares para solicitar un subsidio para adultos discapacitados. La solicitud se denegó por no ser ciudadano francés y no existir ningún acuerdo de reciprocidad entre Francia y Costa de Marfil. De acuerdo con el TEDH, la negativa de otorgamiento del subsidio sustentada en la nacionalidad, al carecer de justificación objetiva y razonable, constituye un acto discriminatorio.⁵⁹

De igual manera, en el caso Gaygusuz vs. Austria, la negativa de las autoridades austriacas a cubrir una ayuda asistencial a un desempleado de nacionalidad turca, conforme a la Ley sobre el Seguro por Desempleo que solo consignaba el otorgamiento de esta prestación en favor de los ciudadanos austriacos, constituye para el TEDH una distinción que carecía de justificación objetiva y razonabilidad.⁶⁰

Bajo el mismo tenor destacan los asuntos Willis vs. Reino Unido y Wessels-Bergervoat vs. Países Bajos. Al ocurrir la muerte de la señora Willis, quien había

58 Comité de Derechos Humanos, Comunicación 941/2000, Edward Young vs Australia, en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsswSVVnSz50wXLYzs7W9cwELJKQR9g%2BvMXhFRfTz9jyvMyeu9OEK1gpXSQCyVRizp1wIXahVDWb4gWSBJpiAQBBXmVkkVbBV%2FruNV0MBA8QQLTNA0cih0nTrRm%2B%2FJcd7Ig%3D%3D>

59 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Caso Koua Poirrez vs. Francia, Comunicación 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003, en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["KouaPoirrez"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61317"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 24 de agosto de 2020.

60 TEDH, Caso Gaygusuz vs. Austria, Comunicación 17371/90, Sentencia de 16 de septiembre de 1996, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Gaygusuz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58060"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 4 de septiembre de 2021.

cubierto todas las cotizaciones exigibles en su calidad de asalariada, el señor Willis –al dedicarse al cuidado de sus hijos– solicitó la pensión por viudez y la asignación para la madre viuda, pero ambas prestaciones fueron denegadas por las autoridades británicas por razones de género. El TEDH advirtió que el demandante cumplía los criterios legales exigidos para la concesión de las prestaciones en cuestión, y que al ser negados por motivos de sexo, se provocó una vulneración del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), conjuntamente con el artículo 1 del Protocolo nº 1.⁶¹

Por su parte, en el caso *Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos* se impugnaba un régimen legal que establecía una reducción del 38% en la pensión de vejez para las mujeres casadas, en relación con lo que le hubiera correspondido a un hombre casado en las mismas condiciones. En este asunto el TEDH reiteró que la distinción es discriminatoria, carente de base objetiva y razonable.⁶²

De manera análoga, en el caso *F. H. Zwaan-de Vries vs. Países Bajos*, la señora F. H. Zwaan-de Vries había laborado como operadora de computadores, pero cuando perdió su trabajo se le denegaron las prestaciones por desempleo al tratarse de una mujer casada y no acreditar ser cabeza de familia (*breadwinner*), requisito este último que no era necesario acreditar por parte de los hombres porque se partía de un supuesto de género sobre el comportamiento de que todo hombre casado es jefe de familia y de él dependen los ingresos para el mantenimiento de esta. En su decisión final, el Comité de Derechos Humanos consideró que la diferencia de trato entre hombres y mujeres para el goce de los beneficios sociales por el desempleo implica una discriminación basada en el sexo que coloca a las mujeres en una situación de desventaja frente a los hombres.

4.2 Justiciabilidad de la seguridad social a través del derecho de propiedad

El derecho a la propiedad, entendido en sentido amplio, como todo derecho que forma parte del patrimonio de una persona,⁶³ ha servido como instrumento para reclamar y obtener las prestaciones de seguridad social. El TEDH considera que cuando un Estado contratante aplica una legislación que prevea el pago de una prestación social –dependa o no del pago previo de cotizaciones– debe considerarse que esa legislación crea para las personas que cumplen

61 TEDH, caso *Willis vs. Reino Unido*, Comunicación 36042/97, Sentencia de 11 de junio de 2002, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Willis"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60499"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 14 de septiembre de 2021.

62 TEDH, caso *Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*, Comunicación 34462/97, Sentencia de 4 de septiembre de 2002, en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Wessels"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60493"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 4 de septiembre de 2021.

63 Corte IDH, Caso *Muelle Flores vs. Perú*, cit., párr. 212, nota 22.

esas condiciones un interés patrimonial que se incluye dentro del campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo 1.⁶⁴

Bajo este razonamiento, en los casos *Müller vs. Austria*,⁶⁵ *Gaygusuz vs. Austria*,⁶⁶ *Anzinas vs. Chipre*,⁶⁷ y el Caso *Bellet, Huertas y Vialatte vs. Francia*,⁶⁸ el TEDH decretó que la transgresión de un derecho para el que se ha contribuido a su financiamiento puede, en ciertas circunstancias, constituir una transgresión al derecho de propiedad en términos del artículo 1 del Protocolo 1. De forma similar, el TEDH decidió, en el caso *Kjartan Asmundsson vs. Islandia*, que la supresión completa de un beneficio previsual por incapacidad laboral equivale a una injerencia injustificada en el derecho de propiedad de la víctima.⁶⁹ Incluso para el TEDH, una deuda puede tratarse de un bien, como se entiende en el artículo 1 del Protocolo 1, siempre que esté suficientemente fundamentada como para ser exigible. Bajo esta línea interpretativa, en los casos *Sharenok vs. Ucrania*,⁷⁰ *Stran Greek Refineries* y *Stratis Andreadis vs. Grecia*,⁷¹ así como en *Macovei vs. Moldavia*,⁷² y los casos *Poznakhirina*,⁷³ *Plotnikovy, Burdov*,⁷⁴ *Pravednaya*⁷⁵ y *Makarova*⁷⁶ vs. Rusia, al reconocerse en un laudo o sentencia

- 64 TEDH, Caso *Müller vs Austria*, Comunicación 12555/03, Sentencia final de 05 de enero de 2017, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Müller"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-77265"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Gaygusuz vs. Austria*, Comunicación 17371/90, cit., nota 60.
- 65 *Idem*.
- 66 TEDH, Caso *Gaygusuz vs. Austria*, cit., nota 60.
- 67 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Azinas vs Chipre*, Comunicación 56679/00, Sentencia de 20 de junio de 2002, párrs. 44 y 45, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Azinas"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61748"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021.
- 68 TEDH, Caso *Bellet, Huertas y Vialatte vs Francia*, Sentencia de 4 de diciembre de 1995, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["23805/94"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57952"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 1 de septiembre de 2021.
- 69 TEDH, Caso *Kjartan Asmundsson v. Islandia*, Comunicación 60669/00, Sentencia de 12 de octubre de 2004, párr. 45, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["KjartanAsmundsson"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-67030"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 4 de septiembre de 2021.
- 70 TEDH, Caso *Sharenok vs. Ucrania*, Comunicación 35087/02, Sentencia de 06 de junio de 2005, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Sharenok"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-68368"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 11 de septiembre de 2021.
- 71 TEDH, Caso *Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis vs Grecia*, 9 de diciembre de 1994, Comunicación 13427/87, Sentencia de 09 de diciembre de 1994, párr. 61, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["StranGreekRefineries"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57913"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020.
- 72 TEDH, Caso *Macovei y otros v. Moldova*, comunicaciones 19253/03, 17667/03, 31960/03, 19263/03, 17695/03 y 31761/03, sentencia de 25 de abril de 2006, párrs. 49-50, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Macovei"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-81216"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 10 de septiembre de 2021.
- 73 TEDH, Caso *Poznakhirina vs. Rusia*, Comunicación 25964/02, Sentencia de 24 de febrero de 2005, párrs. 27-29, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Poznakhirina"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-68404"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021.
- 74 TEDH, Caso *Burdov vs Rusia*, Comunicación 59498/00, sentencia de 7 de mayo de 2002, párrs. 40-41, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Burdov"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60449"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 2 de septiembre de 2021.
- 75 TEDH, Caso *Pravednaya vs Rusia*, Comunicación 69529/01, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrs. 39-41, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Pravednayav"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-67506"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 4 de agosto de 2021.
- 76 TEDH, Caso *Makarova y otros vs Rusia*, Comunicación 7023/03, Sentencia de 24 de febrero de 2005, párrs. 31-33, en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Makarova"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-94578"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 4 de septiembre de 2021.

la responsabilidad del organismo encargado de cubrir las prestaciones de seguridad social, el incumplimiento al fallo transgrede el texto del artículo 6.1 del CEDH y el artículo 1 del Protocolo 1.

En el SIDH, las prestaciones de seguridad social también son objeto de protección a través del derecho de propiedad reconocido en el artículo 21 de la CADH. En los casos de *Cinco Pensionistas vs. Perú*,⁷⁷ *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *Muelle Flores vs. Perú* y la *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) vs. Perú*, para el Tribunal Interamericano la modificación al régimen de pensiones y el incumplimiento de las sentencias que ordenan su pago de manera correcta, contravienen el derecho de propiedad. Las pensiones niveladas, al incorporarse en el patrimonio de los beneficiarios, alcanzan el carácter de derechos adquiridos,⁷⁸ cuya disminución afecta la calidad de vida de los mismos⁷⁹ al impedirse gozar de manera integral de su derecho de propiedad.

4.3 Justiciabilidad de la seguridad social a través del derecho al acceso a la justicia y el debido proceso legal

Para la Corte IDH, el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.⁸⁰ Las cortes Europea e Interamericana coinciden en determinar que para garantizar el debido proceso legal se requiere del acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas (derecho a ser oído); que exista la posibilidad de alegar, probar y argumentar con seguridad jurídica y personal, recurriendo incluso a defensa letrada y de confianza, dentro de un marco de publicidad y oralidad (derecho al proceso); que la autoridad que resuelva esté legitimada para hacerlo, además de ser competente, independiente e imparcial

77 Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 98, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf, fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021.

78 *Ibid.*, párr. 102.

79 *Ibid.*, párr. 180.

80 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones, Costas, Serie C, núm. 72, párr. 124, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf, fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs Perú*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 74, párr. 102, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf, fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021; Opinión Consultiva 16-99 sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párrs. 117-118, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, fecha de consulta: 2 de septiembre de 2020; Opinión Consultiva 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de diciembre de 2003, párr. 123, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A, núm. 18, en http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_Opinion_Consultiva_OC-1803.pdf, fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021.

(principio de juez natural) y que emita una decisión fundamentada relativa al fondo del asunto dentro de un tiempo razonable.⁸¹

A pesar de que el plazo razonable se debe analizar en cada caso concreto, en relación con la duración total del proceso, lo cual también podría incluir la ejecución de la sentencia definitiva, los criterios utilizados por las cortes Europea e Interamericana para determinar si la duración de un proceso es razonable, son: i) la complejidad del asunto. En todo caso el Estado que alegue la complejidad de los hechos como una circunstancia que ha contribuido a retrasar los recursos debe demostrar de qué forma esta complejidad ha dilatado la investigación; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades competentes; iv) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo,⁸² ante el carácter alimentario y sustitutivo del salario que ostentan las prestaciones de seguridad social.

En la etapa de ejecución de sentencias, el Tribunal Interamericano considera que el plazo razonable debe ser más breve por tratarse de una decisión firme en relación con una materia concreta. En el caso *Muelle Flores vs. Perú*, la Corte IDH determinó que el incumplimiento de las sentencias dictadas, por más de veintisiete años, de parte de las autoridades judiciales vulnera el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, además de transgredir el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el señor Muelle Flores, al tratarse de una persona de avanzada edad y carente de recursos económicos.

El TEDH cuenta con una extensa jurisprudencia relativa a la garantía procesal de la aplicación del artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –conocido también como Convenio Europeo de Derechos Humanos– referente al derecho al debido proceso legal para hacer justiciable el derecho a la seguridad social. A manera de ejemplo, podemos citar el caso *Salesi vs. Italia*. En este asunto, la señora Salesi solicitó una asignación mensual por invalidez que los servicios de seguridad social de Latium le denegaron.⁸³ Las acciones judiciales ante los

81 Gonzalo Monge Núñez y Víctor Rodríguez Rescia, *Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad. Manual general de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014, p. 79.

82 Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 192, párr. 155, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf, fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020; Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298, párrafo 298, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf, fecha de consulta: 2 de septiembre de 2021.

83 TEDH, *Caso Salesi vs. Italia*, Comunicación 13023/87, Sentencia de 26 de febrero de 1993, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["salesi"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57814"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021.

tribunales nacionales para que se decretara la procedencia de la prestación reclamada, al haberse prolongando durante más de seis años constituyen, de acuerdo con el TEDH, una violación al artículo 6.1 del CEDH.

Igualmente, en los casos *Mocie vs. Francia* y *Mennitto vs. Italia*, la falta de otorgamiento y pago de las prestaciones de seguridad social dentro de un plazo razonable da lugar al incumplimiento del artículo 6.1 del CEDH. En el primer caso,⁸⁴ el demandante disfrutaba de una pensión de invalidez del 90%, pero interpuso una serie de recursos administrativos con la finalidad de que se le cubriera una asignación especial para personas con grandes discapacidades y una prestación de asistencia. Mocie acudió ante el TEDH, pues no se le había cubierto la asignación especial, después de catorce años de gestiones administrativas y al decretarse la improcedencia de la prestación por asistencia después de ocho años de haberla solicitado. Ante la demora de las autoridades de pronunciarse sobre el caso y la vulnerabilidad de Mocie, pues la pensión de invalidez del demandante constituía la totalidad de sus recursos, el TEDH determinó la infracción al artículo 6.1 del CEDH.

Por su parte, en el caso *Mennitto vs. Italia*,⁸⁵ el TEDH consideró que la demora de cuatro años y cinco meses en determinar el otorgamiento del subsidio para familias a cargo de personas con discapacidad violaba el principio del plazo razonable contenido en el artículo 6.1 del CEDH. Bajo la misma línea interpretativa, la aplicabilidad del referido artículo 6.1 también se decretó en las controversias interpuestas sobre contribuciones previstas por los regímenes de seguridad social, como lo demuestran los casos *Schouten y Meldrum vs. Países Bajos*, así como el interpuesto por *Perhirin* y otras 29 personas vs. Francia. En el último de los casos,⁸⁶ la demora en la determinación de la base utilizada para evaluar las contribuciones realizadas por los trabajadores agrícolas en el régimen social fue la que provocó que la Corte Suprema decretara la transgresión del artículo 6.1 del CEDH; mientras que en el caso *Schouten y Meldrum vs. Países Bajos*,⁸⁷ la extensión de los procedimientos para determinar la validez del reclamo de contribuciones de la seguridad social, cuatro años y tres meses en un caso, tres años y tres meses en el otro, respectivamente, ocasionaron que el TEDH invocara la transgresión del referido artículo 6.1.

84 TEDH, Caso *Mocie vs. Francia*, Comunicación 46096/99, Sentencia de 8 de julio de 2003, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-65559"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)}, fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021.

85 TEDH, Caso *Mennitto vs Italia*, Comunicación 33804/96, Sentencia de 5 de octubre de 2000, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\CASEOFMENNITTOvsITALY\""\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58848"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)}, fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021.

86 TEDH, Caso *Perhirin y otras 29 personas vs Francia*, Comunicación 60545/00, Sentencia de 4 de febrero de 2003, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-65459"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)}, fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021.

87 TEDH, caso *Schouten y Meldrum vs Países Bajos*, Comunicación 19006/91, Sentencia de 09 de diciembre de 1994, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\CASE OF SCHOUTEN AND MELDRUMTHENETHERLANDS\""\],"documentcollectionid2":\["GRAND CHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57907"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)}, fecha de consulta: 3 de agosto de 2021.

4.4 Justiciabilidad de la seguridad social a partir del principio de progresividad

El principio de progresividad, cuyos antecedentes doctrinales se encuentran en el principio de progresión racional que impera en el derecho social (derecho laboral y derecho de la seguridad social), se encuentra contemplado en los artículos 26 de la CADH, 1 y 19⁸⁸ del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este principio hermenéutico, al tratarse de una obligación de carácter negativo, de avance gradual y constante que supone una obligación de no reversibilidad, provoca la veda de aquellas medidas que, sin justificación adecuada,⁸⁹ disminuyan la situación existente de los derechos. La progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar tan rápidamente como sea posible las condiciones de goce y ejercicio de los⁹⁰ derechos independientemente del nivel de desarrollo económico de un Estado, y por otro lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos reconocidos supone la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, lo que implica que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un progreso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo.

Es por ello que, en aras del principio de progresividad, al Estado se le imponen las obligaciones de adoptar medidas para que el derecho sea realizado de una manera paulatina o progresiva, lo que trae aparejada la obligación estatal de generar, en cada momento histórico, una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos, de tal forma que siempre estén en constante evolución y nunca en retroceso, salvo que exista una causa totalmente justificada. Las medidas y políticas deben ser adoptadas a través de todos los medios adecuados, además de utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles de que el Estado disponga.

88 "Artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente artículo 19.1. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo".

89 Víctor Abramovich y Christian Courtus, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2013, p. 92.

90 Víctor Abramovich y Christian Courtus, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Carbonell, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, op. cit., nota 33, pp. 193-194.

Una de las principales funciones de la obligación de progresividad es dotar de plena efectividad a los derechos humanos, por ello su transgresión, inacción, irrazonable demora o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de los derechos podrán ser denunciadas ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones de los derechos humanos.⁹¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es quien ha utilizado el artículo 26 de la CADH para lograr la justiciabilidad del derecho de la seguridad social, como se advierte en el caso *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa) vs. Venezuela*. En este caso,⁹² la Empresa Venezolana de Aviación (Viasa) fue parcialmente privatizada en el año 1992, por lo que la empresa Iberia adquirió el 45% de las acciones, el Banco Provincial de Venezuela el 15% y el Estado venezolano, a través del Fondo de Inversiones de Venezuela, conservó el 40% de las acciones de la empresa.

Al privatizarse la empresa, Viasa canceló los deberes pensionales hasta 1997 e hizo firmar a dieciocho trabajadores un acuerdo mediante el cual renunciaban a su derecho a la jubilación. El 27 de abril de 1999, los trabajadores jubilados interpusieron un amparo denunciando las violaciones cometidas por Viasa en detrimento de sus derechos laborales y de seguridad social. El amparo –radicado ante el Juzgado Séptimo de Primera Instancia del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas– fue concedido el 20 de mayo de 1999 para el efecto de declarar la nulidad por inconstitucionalidad del acuerdo firmado entre la empresa y los trabajadores jubilados, además de decretar la restitución del derecho de los trabajadores jubilados al disfrute y goce total del beneficio de las pensiones de jubilación desde el tres de septiembre de 1998 hasta que los peticionarios alcanzaran una edad promedio de vida de setenta años, tomando en cuenta la edad actual de cada uno de ellos y a razón del salario mínimo vigente para el mes de septiembre de 1998.

La anterior decisión fue recurrida por la empresa y el Fondo de Inversiones de Venezuela, por lo que mediante sentencia de 13 de agosto de 1999, el Juzgado Superior Tercero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas Tribunal confirmó la totalidad del fallo de primera instancia, excepto la frase “hasta que alcancen una edad promedio de vida de setenta años”, la cual fue revocada bajo la consideración que la pensión de jubilación se traduce en una renta vitalicia. El 10 de febrero de 2000, el Fondo de Inversiones de Venezuela interpuso una acción de amparo en contra de

91 Corte IDH, Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, párr. 102, Sentencia de 1 de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 198, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf, fecha de consulta: 3 de agosto de 2021.

92 CIDH, Informe 63/13, Caso 12.473. Solución Amistosa. Caso *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y Otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación - Viasa)*. Venezuela, 16 de julio de 2013, en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2013/VESA12473ES.doc>. fecha de consulta: 5 de septiembre de 2021.

la sentencia del Juzgado Superior Tercero del Trabajo, la cual fue declarada improcedente el 23 de mayo de 2000 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Ante la falta de cumplimiento de las sentencias por parte de la Empresa Venezolana Internacional de Aviación como del Fondo de Inversiones de Venezuela (transformado en el Banco de Desarrollo Económico y Social), los peticionarios denunciaron las consecuencias que el incumplimiento de los fallos judiciales provocó en la calidad de vida y salud de los jubilados, así como en sus derechos laborales. La CIDH, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, determinó que el incumplimiento de los fallos judiciales dictados en el orden interno tutelando el derecho a la seguridad social del cual afirman su titularidad las presuntas víctimas, podría tender a caracterizar una violación del artículo 26 de la CADH.⁹³

Hasta ahora, la Corte IDH solo ha hecho uso del artículo 26 de la CADH en el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría), para definir lo que debe entenderse por desarrollo progresivo de los DESCAs, pero en atención a las circunstancias del caso no decretó su incumplimiento; en tanto que en el caso Cinco Pensionistas vs. Perú desestimó la procedencia del artículo 26 del Pacto de San José por considerar que, en general, el desarrollo progresivo de los DESCAs se debe medir en función de su creciente cobertura, mientras que en el caso del derecho a la seguridad social y de la pensión debe hacerse sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un limitado grupo de pensionistas, no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.⁹⁴

La desaprobación que generó la resolución de la Corte IDH en lo concerniente a la transgresión del artículo 26 de la CADH se ha apoyado en que el Tribunal Interamericano confunde la función de *monitoring* de los derechos –que corresponde a la CIDH– y la función contenciosa, que es la propia de la Corte y que no está en absoluto subordinada a la existencia de un número preciso y determinado de personas que hayan visto vulnerados sus derechos.

4.5 Justiciabilidad de la seguridad social a partir del derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales indepen-

93 *Ibid.*, párr. 61.

94 Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, cit., párr. 147, nota 77.

dientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.⁹⁵ Bajo esta tesis, este derecho tiene tres etapas diferenciadas:

- a. Una previa al juicio que corresponde al derecho de acceso a la jurisdicción.
- b. Una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación. A esta etapa corresponden los derechos fundamentales del debido proceso que incluyen las formalidades esenciales del procedimiento, que al permitir una defensa previa a la afectación o modificación jurídica que puede provocar el acto de autoridad, involucran los siguientes actos procesales: i) la notificación del inicio del procedimiento; ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; iii) la oportunidad de alegar; iv) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas; y, v) la posibilidad de impugnar dicha resolución.
- c. Una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas o el derecho a ejecutar la sentencia.⁹⁶ La Corte IDH ha señalado que, para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora. Los Estados deben cumplir las decisiones de buena fe y de manera inmediata, sin que los afectados tengan que intentar acciones adicionales de cumplimiento, de responsabilidad penal, administrativa o de otra índole.

En este sentido, en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte IDH consideró que el Estado violó el artículo 25 de la CADH en perjuicio de los pensionistas al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú después de casi ocho años de dictadas estas.⁹⁷ Por su parte, en el caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, el Tribunal Interamericano determinó que en términos del artículo 25 de la CADH es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado: i) la primera consiste en consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y las obligaciones de estas, y, ii) la segunda es la referente a garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o

95 Tesis I.3o.C.79 K (10a.). Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 19, junio de 2015, tomo III, p. 2470.

96 *Idem*.

97 Corte IDH, Caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, cit., párr. 141, nota 77.

reconocidos,⁹⁸ toda vez que en el caso en comento, transcurrieron más de once años desde la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú y casi quince años desde que fue dictada la sentencia de la Primera Sala Civil Especializada de la Corte Superior de Lima, sin que ninguno de estos fallos se hubieran efectivamente cumplimentado.⁹⁹

Asimismo, en el caso *Muelle Flores vs. Perú*, la Corte IDH determinó que el Estado violó el derecho a la tutela judicial efectiva y protección judicial establecidos en los artículos 25.1 y 25.2 c) en relación con el artículo 1.1, así como del artículo 2 de la CADH por el incumplimiento de las sentencias dictadas en favor del peticionario, por la creación de obstáculos derivados de la privatización de la empresa estatal Minera Especial Tintaya S.A., por la ineficacia del poder judicial para hacer efectivo el cumplimiento de sus fallos y para revertir los efectos negativos de la privatización.

Y, en el caso *Ancejub-Sunat vs. Perú*, la Corte IDH concluyó que el proceso de ejecución de la sentencia de 25 de octubre de 1993 resultó irregular e ineficaz por los siguientes hechos: a) la falta de claridad de la autoridad encargada del cumplimiento de la sentencia que contribuyó en gran medida al retraso del proceso de ejecución; b) la necesidad de que las presuntas víctimas tuvieran que iniciar nuevos trámites en sede administrativa para procurar la liquidación de sus pensiones niveladas; y c) la falta de pago de los reintegros ordenados por la sentencia, que en su conjunto transgreden el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva.

5. Conclusión

En la mayoría de los casos en que existe transgresión del derecho a la seguridad social ha imperado la justiciabilidad indirecta como resultado de los argumentos vertidos en contra de la exigibilidad de los DESCAs y, sobre todo, ante la ausencia del mecanismo de peticiones individuales que impera en la mayoría de los instrumentos internacionales que norman a los DESCAs y que únicamente hacen procedente su interposición para combatir las violaciones de este tipo de derechos en conexión con los derechos civiles y políticos o con los principios hermenéuticos de los derechos fundamentales.

Por lo general, el mecanismo de supervisión de los DESCAs es el tradicional sistema de informes o sistema de información en donde, en la mayoría de los casos, no existen los medios efectivos para exigir el cumplimiento de las observaciones adoptadas por los organismos internacionales, hay deficiencias en la

98 Corte IDH, Caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, cit., párr. 72, nota 91.

99 *Ibid.*, párrs. 66-79.

presentación y el contenido de los informes por parte de los Estados, además de la exigua participación de parte de los representantes de los Estados en la sesión pública, en la cual se examina el informe presentado.

Es preciso que al derecho a la seguridad social se le dote de las garantías adecuadas y efectivas que posibiliten su accionar con la mayor prontitud posible, pues su contenido esencial, que difiere del derecho al trabajo, no deja lugar a dudas de que se trata de un mecanismo que protege al ser humano en casos de necesidad, que lo dota de los medios para subsistir ante el infortunio, la enfermedad o la vejez, pero sobre todo, brinda paz, seguridad y permite la realización digna del ser humano en su entorno individual y colectivo.

La negación o el otorgamiento de las prestaciones de seguridad social sin atender a los criterios de oportunidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad implica condenar al ser humano a la miseria y a su extinción ante su naturaleza alimentaria, sustitutiva de un ingreso que ya no puede percibir por causas ajenas a su voluntad.

Referencias

- Abramovich Víctor y Christian Courtus, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Miguel Carbonell, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2001.
- Abramovich Víctor y Christian Courtus, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2013.
- Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Miguel Carbonell *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, trad. Ernesto Garzón Valdés, 2001.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. Ernesto Garzón Valdés, 2002.
- Añón Roig, María y José García Añón, *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 12ª ed., México, Porrúa, 1979.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos. Fase básica 2. Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, México, CNDH, 2013.

Consejo de Derechos Humanos, Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/poverty/Pages/DGPIntroduction.aspx>, fecha de consulta: 26 de septiembre de 2020.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf. Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020. **(verificar el enlace, este corresponde a la referencia de la nota 1, “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”)**

Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3 ed., Madrid, Trotta, trad. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 2002.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2004.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., 2011.

Hamilton, A. et al., *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Manual de la defensa de los derechos humanos frente a proyectos de despojo, BMZ/MISEREOR/Pan por el mundo, México, 2015.

Monereo, Cristina, Una teoría de los derechos sociales es posible, en <http://observatoridesc.org/files/cap1.pdf>, fecha de consulta: 23 de agosto de 2020.

Monge Núñez, Gonzalo y Víctor Rodríguez Rescia, *Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad. Manual general de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014.

Observación General N.º 19. Derecho a la seguridad social artículo 9 PIDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 16 de marzo de 2006, en <https://www.catalogoderechoshumanos.com/observacion-general-19-pidesc/>, fecha de consulta: 14 de septiembre de 2020.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Unión Interparlamentaria, *Derechos humanos. Manual para parlamentarios*, 26, ACNUDH-UIP, 2015.

Oficina Internacional del Trabajo, *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, Ginebra, OIT, 2014.

- Opinión Consultiva 16/99 sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, fecha de consulta: 2 de septiembre de 2020.
- Opinión Consultiva 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de diciembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 18, en http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_Opinion_Consultiva_OC-1803.pdf, fecha de consulta: 21 de septiembre de 2020.
- Organización Internacional del Trabajo, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, OIT, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo, *Hechos concretos sobre la seguridad social*, Ginebra, OIT, 2003.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en <https://undocs.org/es/A/RES/2200%28XXI%29>. Fecha de consulta: 8 de septiembre de 2020.
- Pisarello, Gerardo, "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", en Gerardo Pisarello (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2007.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Valadés, Diego (comp.), *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, México, UNAM, 2006.
- Vázquez, Daniel y Sandra Serrano, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, México, Flacso, 2013.