



The Right to Social Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights: Standards and Challenges for its Protection

El derecho a la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares y desafíos para su tutela

MARÍA PAULA GARAT*

Resumen

El derecho a la seguridad social posee una importancia actual indudable. Especialmente luego de la pandemia por Covid-19, su contenido, prestaciones y demás aspectos están siendo objeto de debate en algunos países de Latinoamérica. El artículo se propone ahondar en cuáles son los estándares de este derecho conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia y algunos informes de la CIDH. En ello, como necesario antecedente, se estudia la evolución habida en relación con la justiciabilidad directa de los DESCAs, y se adentra luego en el examen del contenido de este derecho y de su vínculo con otros derechos y principios, como el de igualdad y no discriminación. Asimismo, se analizan los principios de progresividad y no regresividad y sus efectos, preguntándose cómo inciden los aspectos económicos en la efectividad del derecho a la seguridad social en la actualidad.

Palabras clave: *Seguridad social; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Progresividad; Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; igualdad y no discriminación.*

Abstract

The right to social security is of undoubted importance today. Especially after the Covid-19 pandemic, its content, features and other aspects are being debated in some Latin American countries. This article aims to delve into the standards of this right according to the case law of the Inter-American Court of Human Rights on the matter, and certain reports of the Inter American Commission on Human Rights. As necessary background, we will study the evolution of ESCR and their justiciability, and we will then examine the content of this right and its link with other rights and principles, such as equality and non-discrimination. Likewise, the principles of progressivity and non-regressivity and their effects will be analyzed, as well as how economic aspects affect the effectiveness of the right to social security today.

Keywords: *Social security; Inter-American Court of Human Rights; Progressivity; Economic and social rights (ESCR); equality and non-discrimination.*

* Universidad Católica del Uruguay (maría.garat@ucu.edu.uy). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8452-5338>. Artículo recibido el 28 de mayo de 2023 y aceptado para publicación el 3 de octubre de 2023.

Traducido por Beatriz Larraín.

Cómo citar este artículo:

GARAT, María Paula (2024). "The Right to Social Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights: Standards and Challenges for its Protection", *Latin American Legal Studies*, Vol. 12 N° 1, pp. 326-369.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 16 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) establece que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.” En similares términos el derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, más específicamente, en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por su parte, refiere a los derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 26, y el derecho a la seguridad social es objeto de desarrollo en el artículo 9 del Protocolo de San Salvador.

La seguridad social es, entonces, un derecho humano con reconocimiento y protección regional e internacional, sin perjuicio del reconocimiento y desarrollo en el derecho interno de cada Estado. Pero la seguridad social es, también, un problema regional. Es, seguramente, el Derecho Económico, Social, Cultural y Ambiental (DESCA) que representa un mayor gasto público, puesta la multiplicidad de riesgos que cubre y, consecuentemente, la diversidad de prestaciones y beneficios que brinda. Es una temática que se ha agudizado luego de la pandemia por Covid-19, especialmente por la crisis económica y financiera que esta representó para algunos Estados, y su repercusión en los presupuestos, en el gasto, y en la financiación pública y estatal.

¿Qué implica el derecho a la seguridad social? ¿Qué prestaciones se deben otorgar y cuáles riesgos corresponde cubrir? ¿Qué sucede si el Estado no puede afrontar su costo? ¿Qué medidas es posible tomar y cómo ello afecta a este y a otros derechos? La temática de la protección del derecho a la seguridad social se relaciona en forma intrínseca con la efectividad de varios derechos, puesto que de su cobro y del monto de estas prestaciones, en muchos casos, dependerá la posibilidad de afrontar costes que le permitan garantizar otros derechos, como mantener una vida digna, la alimentación, salud, vivienda, entre otros. ¿Podría el Estado tomar la medida de “congelamiento” o no actualización de los montos jubilatorios? ¿Es posible aumentar la edad jubilatoria en forma indefinida? ¿Es legítimo gravar a estas prestaciones con cargas impositivas o tributarias? ¿Cuáles son los límites?

Me propongo en este artículo abordar algunos aspectos de esta temática, analizando los estándares pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la materia. Para ello, en un primer apartado estudiaré la evolución habida en relación con la justiciabilidad de los DESCAs ante la Corte IDH (Sección II). Luego, me concentraré en cuál es el contenido del derecho a la seguridad social, en sus estándares, en su aplicación práctica, y en sus límites. En ello, además, relacionaré a la seguridad social con otros derechos y principios, como la igualdad y no discriminación (Sección III). En tercer lugar, vincularé esta temática con los principios de progresividad y no regresividad. Me preguntaré qué implicancia poseen y cómo inciden los aspectos económicos en la efectividad de este derecho (Sección IV). Por último, arribaré a algunas conclusiones en esta materia, procurando identificar el impacto que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene en la protección de este derecho, y en el análisis de posibles límites, reflexionando en ello sobre los puntos que, en mi opinión, presentan un gran y actual desafío para su tutela (Sección V).

II. LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DESCAs ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

No es posible abordar los estándares de un DESCa en el Sistema Interamericano, como el derecho a la seguridad social, sin describir, al menos sucintamente, en forma previa y a modo de antecedente, lo ocurrido en relación con la justiciabilidad de los DESCAs ante la Corte IDH.

2.1 Antecedentes: el problema con el Protocolo de San Salvador y las competencias de la Corte Interamericana de derechos humanos

Conforme a lo ya indicado, en el ámbito interamericano el derecho a la seguridad social está reconocido en el artículo 9 del Protocolo de San Salvador. Sin embargo, este Protocolo establece una limitante en cuanto a la jurisdicción de la Corte IDH en materia de los derechos allí reconocidos. En este sentido, el artículo 19.6 del Protocolo dispone que el sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH es aplicable únicamente para los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 (derechos sindicales) y en el artículo 13 (derecho a la educación). ¿Implica, lo anterior, que los demás derechos reconocidos en el Protocolo de San Salvador no pueden ser justiciados mediante el sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y ante la Corte IDH?

Durante muchos años la posición mayoritaria de la Corte IDH fue el rechazo a la justiciabilidad directa de los DESCAs con fundamento en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.¹ En el voto razonado de Sergio García Ramírez al caso *Albán Cornejo vs. Ecuador* (2007), el entonces juez dejó en claro que: “La protección de la salud no constituye, por ahora, un derecho inmediatamente justiciable, al amparo del Protocolo de San Salvador.”² Por su parte, Pérez Pérez emitió un voto razonado en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013) únicamente para aclarar que no se estaba juzgado el derecho a la salud, fundándose en lo dispuesto en el Protocolo de San Salvador:

La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general. La competencia contenciosa de la Corte está fijada en el artículo 62 de la Convención Americana y en el artículo 19, párrafo 6, del Protocolo de San Salvador, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de otras convenciones interamericanas sobre derechos humanos.³

Además del analizado sentido literal del Protocolo de San Salvador en su artículo 19.6, podría emplearse un argumento histórico para reafirmar esta posición. Conforme relata Mejía, en el marco de la elaboración de la CADH, tanto el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, como las delegaciones de Chile y de Uruguay en 1965 propusieron la incorporación de los DESCAs a la CADH. No obstante, se prefirió seguir los antecedentes de los sistemas universal y europeo y separar la regulación en dos instrumentos.⁴

Este razonamiento choca con la indivisibilidad e interdependencia de los derechos⁵ y con el entendimiento de estos derechos en un mismo rango y jerarquía. Al decir de Mejía, “resulta

¹ Para ahondar sobre esta posición en doctrina puede consultarse: RUIZ CHIRIBOGA (2013).

² *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007), voto razonado de García Ramírez, párr. 2.

³ *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), voto razonado de Pérez Pérez, párr. 1.

⁴ MEJÍA (2010), p. 59.

⁵ MEJÍA (2010), p. 56; NIKKEN (2010), p. 112. Sobre este punto sostenía NIKKEN que: “En este sentido, la separación entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por la otra, es un extravío

injustificable la supuesta superioridad de unos derechos sobre otros [...] al reconocer únicamente la justiciabilidad de tales derechos, el [Pacto de San Salvador] PSS establece una nueva jerarquía inadmisibles entre los derechos en él consagrados, ya que en términos de protección, le otorga mayor importancia a la libertad sindical y a la educación en detrimento del resto.”⁶

Esta posición deja de lado asimismo y a mi parecer el artículo 26 de la CADH. Si bien será objeto de análisis en el tercer apartado de esta sección, corresponde desde ya advertir que la CADH incorporó una disposición específica sobre derechos económicos y sociales, sin hacer exclusión alguna respecto de su justiciabilidad por la Corte IDH. Por consiguiente, en la posición de dejar de lado la justiciabilidad de los DESCAs, con base en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, exceptuando la libertad sindical y la educación, también se está omitiendo el alcance y el efecto del artículo 26 de la CADH. Pues, en relación con los derechos que “se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos,” correspondería igualmente identificar cuáles son las obligaciones que los Estados poseen, obligaciones que sí debieran ser juzgadas por la Corte IDH, en atención a la competencia atribuida por la CADH.

2.2 El análisis de estos casos por la Corte IDH bajo el ámbito de protección de otros derechos: ¿una justiciabilidad indirecta?

No obstante lo anterior, cabe desde ya indicar que la Corte IDH ha dado protección a estos derechos, bajo el ámbito de aplicación de otros derechos. Para algunos autores, se trata de una justiciabilidad indirecta.⁷ Sea como fuere, los casos sobre salud o seguridad social fueron igualmente tratados por la Corte IDH, y se condenó a los Estados a tomar medidas reparatorias a este respecto. En este sentido, la doctrina relata diversos informes de la CIDH y sentencias de la Corte IDH en los que se profundizó en el análisis de derechos económicos o sociales, aunque formalmente refiriendo a otros derechos, como la igualdad y no discriminación, la vida digna, o la integridad.⁸

La Corte IDH ya desde temprano vinculó las obligaciones de asistencia a la salud y educación con el concepto de vida digna.⁹ Asimismo, y si nos concentramos en casos aún más recientes, es posible advertir que la relación de la salud con el derecho a la vida y a la integridad se desarrolla en *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013) o en *González Lluy vs. Ecuador* (2015).

Respecto de la seguridad social, la CIDH había invocado el artículo 26 de la CADH en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003)¹⁰ no obstante la Corte IDH lo abordó en relación con la afectación a la propiedad y a los derechos adquiridos. A su vez, en el caso *Duque vs. Colombia* (2016), es analizado bajo el derecho a la igualdad y no discriminación.

No me adentraré aquí al análisis en concreto que la CIDH o la Corte IDH han realizado respecto de los derechos económicos y sociales, aunque en conexión formal con otro derecho convencional. Sin embargo, sí advertiré que, respecto de estos derechos, se ha ahondado en obligaciones de regulación, supervisión y control estatal, que representan estándares concretos para el cumplimiento y efectividad de estos derechos. Por tanto, sea llamándole justiciabilidad indirecta, o bien en un modo un tanto oblicuo por la posición antes mencionada respecto del artículo 19.6

que sólo se explica por razones políticas y por la coyuntura histórica presente cuando se discutieron los Pactos de las Naciones Unidas (v. supra), pero que, como se verá luego, carece de fundamento conceptual.” NIKKEN (2010) p. 70.

⁶ MEJÍA (2010), pp. 57 y 60.

⁷ ABRAMOVICH & COURTIS (2002).

⁸ PINTO (2012), pp. 166 y ss.; GARAT (2018), p. 24.

⁹ *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2004), párr. 161.

¹⁰ PINTO (2012), p. 171.

del Protocolo de San Salvador, lo cierto es que la Corte IDH igualmente desarrolló su jurisprudencia en cuanto al contenido, alcance y cumplimiento de diversos derechos económicos y sociales.

2.3 La justiciabilidad directa de los DESCAs por el artículo 26 de la CADH. Evolución, el “leading case,” y los fallos posteriores

El caso *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009) constituye, a mi parecer, el primer avance respecto de la justiciabilidad directa de los DESCAs, en tanto la Corte IDH analizó su competencia en razón de la materia para juzgar el derecho a la seguridad social, conforme al artículo 26. En este caso, el Estado había interpuesto una excepción preliminar de falta de competencia, basándose en que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador excluía de la competencia de la Corte IDH a los DESCAs que no fueran la libertad sindical y la educación. La Corte IDH desestimó la excepción, pues entendió que “es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma.”¹¹

Sin perjuicio de ese antecedente, en los casos subsiguientes referidos a DESCAs, la Corte IDH no juzgó la vulneración autónoma del artículo 26 CADH, sino que los abordó a través de otros derechos, tal lo ya indicado.

Las primeras voces que se alzaron en la Corte IDH respecto de la posibilidad de juzgar y fallar sobre derechos económicos y sociales en atención del artículo 26 de la CADH fueron de Margarette May Maculay y de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

La entonces juez May Maculay emitió un voto concurrente en el caso *Furlán y familiares Vs. Argentina* (2012) en el que expuso que: “quiero presentar en este voto concurrente mi opinión sobre la posibilidad de resolver parte del conflicto desde una perspectiva que contempla la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales bajo el alcance del artículo 26 de la Convención Americana.”¹²

El caso refiere a la demora habida en el Estado para establecer una indemnización en favor de Sebastián Furlán, de la que dependía su tratamiento médico como persona con discapacidad. Sustancialmente, entonces, y además de otros derechos, se afectaba la salud y la seguridad social.

May Maculay realizó una extensa argumentación justificando la aplicación del artículo 26 de la CADH. Se sirvió, para ello, de diversos principios previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como la interpretación de buena fe y conforme al objeto y fin del tratado. También citó el artículo 4 del Protocolo de San Salvador en tanto formula el principio de directriz de preferencia de normas, pues indica que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado en virtud de su derecho interno o de convenciones internacionales puede restringirse o menoscabarse, con el argumento de que el Protocolo no los reconoce o lo hace en menor medida. Finalmente, concluyó que el aplicar el artículo 19 del Protocolo de San Salvador para limitar la jurisdicción de la Corte IDH, olvidando al artículo 26 de la CADH, llevaría a un razonamiento absurdo, puesto que entonces “la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.”¹³

¹¹ *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (2009), párr. 17.

¹² *Furlán y familiares vs. Argentina* (2012), voto concurrente de May Maculay, párr. 336 (1).

¹³ *Furlán y familiares vs. Argentina* (2012), voto concurrente de May Maculay, párr. 343 (8).

Por su parte, Ferrer Mac-Gregor partió, en su voto, de una premisa inicial que conforma su primer apartado: “la posibilidad de haber abordado el derecho a la salud de manera directa y autónoma (artículos 26 y 1.1 de la Convención Americana).”¹⁴ Expuso que corresponde una evolución en la jurisprudencia interamericana hacia la plena eficacia del artículo 26 de la CADH, basándose en la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos, en el artículo 33 de la CADH, a la interpretación literal del artículo 26, y en otras herramientas interpretativas, como la interpretación más favorable, y los métodos de interpretación sistemático, teleológico y evolutivo.

El caso *Lagos del Campo vs. Perú* (2017) representó el primer fallo en el que la Corte IDH condenó al Estado por la vulneración al artículo 26 de la CADH, en relación al derecho a la estabilidad laboral. Constituyó, entonces, un *leading case* en esta materia, al que luego sucedieron otros, como el caso *Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (2018) sobre derecho al trabajo, *Poblete Vilches vs. Chile* (2018) y *Cuscul Pívaral y otros vs. Guatemala* (2018), en los que se juzgó el artículo 26 en relación con el derecho a la salud, o el caso *Muelle Flores vs. Perú* (2019) en el que se analizó el derecho a la seguridad social en forma autónoma, a través del artículo 26 de la CADH.

El artículo 26 establece:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La justiciabilidad de los DESCAs, a través de este artículo 26, requiere, como lo han sostenido la CIDH y la Corte IDH,¹⁵ recurrir a la Carta de la OEA a los efectos de identificar las “normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura” a las que refiere el artículo 26, y determinar, de éstas, cuáles son los derechos tutelados. Asimismo, en la Opinión Consultiva 10/89 la Corte IDH sostuvo que los derechos esenciales a los que refiere la Carta de la OEA están contenidos y definidos en la DADH, por lo que “no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.”¹⁶

En el caso *Muelle Flores vs. Perú* (2019) la Corte IDH desestimó la excepción preliminar de falta de competencia por razón de la materia, aludiendo a los fallos *Lagos del Campo* y *Cuscul Pívaral* y volviendo a argumentar que corresponde realizar una interpretación literal, sistemática, teleológica y evolutiva respecto al alcance de su competencia sobre el artículo 26 de la Convención. Concluyó que: (a) el artículo 26 protege los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA; (b) estos derechos deben ser entendidos en relación con los demás derechos de la CADH, por lo que les son aplicables las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH; (c) estos derechos pueden ser objeto de supervisión por parte de la Corte IDH en virtud de los artículos 62 y 63 de la CADH; y (d) lo anterior es lo que resulta coherente con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, y con

¹⁴ *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), voto concurrente de Ferrer Mac-Gregor.

¹⁵ *T. B. y S.H. Jamaica* (2020), párr. 106; *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018), párr. 105-106.

¹⁶ CorteIDH, OC-10/89, párr. 43; *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), párr. 143; *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018), párr. 107.

su compatibilidad con el objeto y fin de la CADH, que es la protección de los derechos fundamentales.¹⁷

En concordancia con ello, y realizando el razonamiento indicado respecto de la Carta de la OEA, la Corte IDH también sostuvo que el derecho a la seguridad social deriva de dicha Carta y se encuentra protegido, por tanto, por el artículo 26 de la CADH. A este respecto, la Corte IDH puntualizó que el derecho a la seguridad social se deriva de los artículos 3.j), 45.b), 45.h), y 46 de la mencionada Carta de la OEA.¹⁸

No obstante lo anterior, es necesario mencionar los votos disidentes de Vio Grossi, Sierra Porto y Pérez Goldberg,¹⁹ para quienes el razonamiento indicado no se corresponde con el análisis de la CADH en consonancia con el Protocolo de San Salvador, y la justiciabilidad de los DESCAs no debe realizarse a partir del artículo 26. En este sentido, Vio Grossi señaló que “para que los derechos económicos, sociales y culturales pudieran judicializar ante la Corte, sería menester la suscripción de un protocolo complementario, lo que no ha acontecido, salvo parcialmente en el Protocolo de San Salvador, pero para materias ajenas a las de autos.”²⁰ En concordancia con ello, Pérez Goldberg enfatizó que “concebir el artículo 26 de la Convención como una norma de remisión a todos los DESCAs que estarían comprendidos en la Carta de la OEA desatiende el compromiso adoptado por los Estados Parte.”²¹ Para esta última, la correcta vía de protección de los DESCAs por la Corte IDH es a través del ámbito de protección de otros derechos, lo que la Corte IDH realizó previamente a esta última doctrina conforme ya fue desarrollado.²²

Lo cierto es que sea a través del artículo 26, o sea a través de la conjunción con otros derechos, los DESCAs formaron parte de una considerable jurisprudencia de la Corte IDH, y, en ellos, el derecho a la seguridad social.

III. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. ESTÁNDARES SOBRE SU CONTENIDO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Adentraré en esta sección en los estándares pronunciados respecto del derecho a la seguridad social.²³ Para ello, en un primer apartado, me concentraré en el contenido de este derecho, siendo en ello clave el caso *Muelle Flores vs. Perú* (2019).²⁴ Luego, vincularé a la seguridad social con el principio de igualdad y no discriminación, sirviéndome de los postulados realizados en el caso *Duque vs. Colombia* (2016). Por último, ingresaré en las herramientas que la Corte IDH utiliza para analizar los límites a este y a otros derechos, aspecto que será luego de relevancia en lo que

¹⁷ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 36.

¹⁸ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 172.

¹⁹ *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), votos parcialmente disidentes de Sierra Porto y Vio Grossi; *Guevara Díaz vs. Costa Rica* (2022), voto parcialmente disidente de Pérez Goldberg.

²⁰ *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), voto parcialmente disidente de Vio Grossi.

²¹ *Guevara Díaz vs. Costa Rica* (2022), voto parcialmente disidente de Pérez Goldberg.

²² *Guevara Díaz vs. Costa Rica* (2022), voto parcialmente disidente de Pérez Goldberg.

²³ No adentraré en otros sistemas de protección, pero sobre el punto puede consultarse: *Muelle Flores vs. Perú* (2019), voto razonado de Ferrer Mac-Gregor, párr. 12-19.

²⁴ En este punto es preciso notar la evolución, la atención actual, y la importancia del caso *Muelle Flores vs. Perú* en relación con este derecho. En este sentido, MENDIZABAL BERMÚDEZ & DÁVILA SOTO (2021), p. 212, sostuvieron que la jurisprudencia de la Corte IDH respecto al derecho a la seguridad social “ha sido casi nula por casi 50 años, en comparación con otros DESCAs.” En contrapartida, *Muelle Flores vs. Perú* (2019), voto razonado de Ferrer Mac-Gregor, párr. 2, señaló la importancia de este caso, puesto que “[p]or primera vez, la Corte IDH aborda de manera directa el *derecho a la seguridad social*, como derecho autónomo y justiciable mediante el artículo 26 de la Convención Americana, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes al tratarse la víctima de *un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad*.”

respecta al estudio de los principios de progresividad y no regresividad, que serán objeto de análisis en la sección siguiente.

3.1 El contenido del derecho a la seguridad social a través del caso *Muelle Flores vs. Perú* (2019).

El caso *Muelle Flores vs. Perú* refiere al incumplimiento, por parte del Estado y por 24 años, de una sentencia judicial a favor de Muelle Flores en la que se ordenó su reincorporación a un régimen pensionario.

A los efectos de su análisis, la Corte IDH diferenció algunos elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, de ciertos estándares que conforman su contenido. Para lo primero, refiere al artículo 45 de la Carta de la OEA y a la DADH; para lo segundo, y tal como lo ha efectuado con otros derechos, la Corte IDH recurrió a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, y a pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).²⁵

La Corte IDH definió al derecho a la seguridad social por su finalidad: “es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla.”²⁶ Asimismo, destacó como un elemento constitutivo de este derecho su suficiencia, esto es, que “la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso.”²⁷

Podemos sintetizar los estándares pronunciados por la Corte IDH en los siguientes:²⁸

- a) En primer lugar, la Corte IDH refiere al derecho a acceder a una pensión luego de adquirida cierta edad, y cumplidos otros requisitos normativos. Citando a la OIT puntualiza que la pensión “es una especie de salario diferido del trabajador,” y lo define como un “derecho adquirido,” al que se accede “luego de una acumulación de cotizaciones y tiempo laboral cumplido.”²⁹
- b) Las prestaciones deben ser suficientes en importe y duración. Ya fue antes identificado el énfasis vertido por la Corte IDH sobre esta característica, puesto que la considera como un “elemento constitutivo” de este derecho. La Corte IDH especifica que deben permitir “al jubilado gozar de condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación.”³⁰
- c) Asimismo, la Corte IDH agrega que las pensiones deben otorgarse en forma oportuna y sin demoras. En mi opinión, este atributo puede vincularse tanto al procedimiento que se lleve a cabo para el otorgamiento de la pensión, como también a los requisitos para su acceso, puesto que una edad o requisitos que dejen de ser razonables para acceder a la jubilación podrían implicar que la misma no fuera oportuna.
- d) La Corte IDH sostiene que debe haber “accesibilidad para obtener una pensión, es decir que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para

²⁵ Sobre el contenido de la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede consultarse en doctrina: MARTÍNEZ LAZCANO (2019), pp. 27-33.

²⁶ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 183.

²⁷ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 183.

²⁸ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 192.

²⁹ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 185.

³⁰ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 192.

acceder a ella.”³¹ A ello se adiciona que los costos de las cotizaciones deben ser asequibles, y los beneficiarios deben recibir información de forma clara y transparente.

- e) Para todo lo anterior, la Corte IDH indica que es necesario que el Estado constituya un sistema de seguridad social, que sea o bien administrado por el Estado, o bien supervisado y fiscalizado por el Estado si es prestado por privados.
- f) Asimismo, se prevé la especial importancia que poseen los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, requiriendo que el Estado provea de mecanismos efectivos de reclamo ante una vulneración al derecho a la seguridad social. A ello correspondería realizar una especial consideración respecto de la garantía del plazo razonable, puesto que uno de los elementos para analizar su cumplimiento, esto es, la afectación en la situación de la persona, cobra especial trascendencia al referir a estos casos y, por consiguiente, requerirá un análisis más riguroso y, en la práctica, un procedimiento más ágil.

Es importante volver a resaltar los términos adoptados por la Corte IDH y que caracterizan a la pensión con un nivel de suficiencia, oportunidad y duración. A este respecto, en el caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú* (2019) la Corte IDH enfatizó en la relación existente entre el derecho a la seguridad social con otros derechos, como la vida, sosteniendo que el incumplimiento del pago de una pensión a una persona mayor repercute en su dignidad, pues se trata de la principal fuente económica para efectivizar otros derechos.³²

Por último, corresponde advertir una importante diferenciación que efectúa la Corte IDH en relación con las obligaciones que hacen a la protección del derecho a la seguridad social. La Corte IDH distingue entre las obligaciones que tienen una exigibilidad inmediata, y otras que tienen un carácter progresivo. Sostuvo la Corte IDH que:

“(…) en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”³³

Retomaré este punto más adelante.

3.2 La protección a la seguridad social en relación con la igualdad y no discriminación. El caso *Duque vs. Colombia* (2016)

La Corte IDH también relacionó la protección a la seguridad social con otros derechos, como la igualdad y no discriminación. El caso *Duque vs. Colombia* abordó la problemática de una persona homosexual que, por motivo de su orientación sexual, se vio impedida de acceder a una pensión de sobrevivencia tras el fallecimiento de su pareja, beneficio que se brindaba a las parejas heterosexuales. Hace al contenido y a los estándares del derecho a la seguridad social, antes vistos, que el acceso a los beneficios sea sin discriminación alguna. Esta afirmación deriva de la conjunción

³¹ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 192.

³² *ANCEJUB-SUNAT vs. Perú* (2019), párr. 185.

³³ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 190.

del artículo 26 con el artículo 1.1 de la CADH, así como de la aplicación autónoma del artículo 24 de la CADH.

Es importante detenernos aquí sobre la no pertinencia ni aplicación, en este punto, de argumentos relativos a la progresividad de los derechos económicos y sociales, aspecto que igualmente será desarrollado más adelante. En este sentido, y en el caso comentado, el Estado de Colombia alegó que la protección a los derechos económicos y sociales están “cobijados por el principio de progresividad, que reconoce que la satisfacción plena de estos derechos no se puede garantizar de forma inmediata.”³⁴

Sobre esta alegación la CIDH remarcó que el argumento de la progresividad no resultaba aplicable al caso “por cuanto no se encuentra en debate la calidad, naturaleza o alcance de la pensión de sobreviviente o de las prestaciones de los servicios de salud en Colombia, sino la aplicación de la normativa interna que establecía la exclusión de las parejas del mismo sexo en relación con los derechos de pensión.”³⁵ Asimismo, resulta pertinente también recordar la diferenciación que realiza la Corte IDH y que antes fue citada, en cuanto a las obligaciones que tienen una exigibilidad inmediata, y las que tienen un carácter progresivo. En lo que respecta a la igualdad y no discriminación, se trata claramente de una obligación de carácter inmediato y no cabe análisis de progresividad sobre este punto.

Adicionalmente, también encuentro de trascendencia realizar una breve comparación de esta temática, en el Sistema Interamericano según lo abordado por la Corte IDH, que declaró la vulneración a la igualdad y no discriminación (artículo 24 de la CADH) en el caso, respecto del Sistema Europeo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al analizar casos similares al de *Duque*, recurrió a la doctrina del margen de apreciación. Siendo este un tema en los que los Estados europeos no presentaban un consenso, encontró un amplio margen de apreciación, y, por tanto, no halló vulneración a la no prestación de iguales beneficios a parejas homosexuales, respecto de las heterosexuales.³⁶

La temática es abordada por Clérico, quien hace alusión a la contemporaneidad del fallo *Duque vs. Colombia*, emitida en 2016, con la sentencia del caso *Aldeguer Tomás vs. España*, del TEDH, y también del 2016. Clérico señala que el TEDH consideró lo abordado en el informe de fondo emitido por la CIDH, aunque luego llegó a la conclusión opuesta a la que arribó la Corte IDH.³⁷

No obstante lo anterior, cabe igualmente apreciar que en el caso *P.B. vs. Austria*, de 2001, el TEDH había considerado que sí hubo violación en una situación similar a las analizadas, en la que la ley austríaca no permitía el acceso a un beneficio de seguridad social a los cohabitantes del mismo sexo, sino que los reservaba para las parejas heterosexuales. En ese entonces, el TEDH consideró que el margen de apreciación es estrecho cuando se refiere a una discriminación, y que

³⁴ Ángel Alberto Duque. *Colombia* (2014), párr. 32.

³⁵ Ángel Alberto Duque. *Colombia* (2014), párr. 72.

³⁶ En este sentido, en el caso *Aldeguer Tomás vs. España* es posible encontrar una contradicción. Pues, el TEDH señala que, por una parte, el margen de apreciación es estrecho, puesto que refiere a un caso en el que la diferencia de trato se basa en el género o en la orientación sexual (*Aldeguer Tomás vs. España* (2016), párr. 81); pero, por otra parte, también sostiene que el margen de apreciación es amplio, en tanto “se trata de medidas económicas o sociales, que están estrechamente vinculadas con los recursos financieros del Estado” (*Aldeguer Tomás vs. España* (2016), párr. 82).

³⁷ CLÉRICO (2019), pp. 6 y ss.

el Estado no había dado ninguna justificación sobre la diferenciación. Por tanto, la consideró contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁸

Asimismo, luego de varios años, el TEDH modificó su posición respecto del reconocimiento legal a parejas del mismo sexo,³⁹ alineando su jurisprudencia a la antes mantenida por la Corte IDH,⁴⁰ por lo que es de esperar que, en esta temática, surja también un cambio respecto del caso *Aldeguer* y las diferencias entre los tribunales marcadas por Clérico.

3.3 La jurisprudencia de la Corte IDH en el análisis de los límites a los derechos y el impacto en la protección del derecho a la seguridad social

Como último aspecto de esta sección, y que también hace a los estándares sobre el derecho a la seguridad social, corresponde cuestionarnos sobre sus límites. ¿El derecho a la seguridad social está sujeto a límites? ¿Cuáles son las herramientas para analizar estas restricciones?

Si bien el artículo 26 de la CADH no refiere a límites, sino a una progresividad y no regresividad que luego serán objeto de profundización, corresponde igualmente confluirlo con el resto del articulado y, en ello, con el artículo 33 de la CADH. También es menester recurrir a los casos ya fallados, en los que la Corte IDH analizó algunas de las restricciones que los Estados realizaron respecto de este derecho.

El caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003) refirió a la modificación en el régimen de pensiones, realizada por el Estado, respecto de cinco personas. Si bien la Corte IDH analizó el caso desde el derecho a la propiedad, entiendo que el razonamiento puede servirnos para ahondar sobre los límites al derecho a la seguridad social, en tanto su relación intrínseca, y también dado que sobre este último la Corte IDH también aludió, en algunos casos, a la necesaria salvaguarda de derechos adquiridos.

El análisis sobre el derecho de propiedad es retomado también en *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* y en *Muelle Flores vs. Perú*. La Corte IDH precisó que “desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley.”⁴¹

En estos casos, ¿es posible afectar el derecho adquirido? La Corte IDH parecería responder en forma negativa. El análisis que efectúa en el caso *Muelle Flores* posee dos etapas: primero, fundamenta por qué se trató de un derecho adquirido, y, segundo, analiza cómo y por qué la decisión del Estado afectó tal derecho.⁴²

Similar examen es el efectuado en el caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*. La Corte IDH examinó cómo y por qué se afectaron los derechos a la seguridad social y a la vida de las víctimas, siendo insuficiente lo percibido para hacer frente a sus costes de vida.⁴³

En el caso *Duque vs. Colombia*, la Corte IDH había recurrido a un examen de proporcionalidad para analizar si la restricción al derecho de igualdad y no discriminación era

³⁸ *P.B. y J.S. v. Austria* (2010), párr. 41-42.

³⁹ *Fedotva y otros v. Rusia* (2023).

⁴⁰ CorteIDH, OC 24/17.

⁴¹ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 213. También, *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003), párr. 103.

⁴² *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 215-218.

⁴³ *ANCEJUB-SUNAT vs. Perú* (2019), párr. 188 y 191.

contraria a la Convención. En ello, no obstante, y al tratarse de una categoría sospechosa conforme al artículo 1.1 de la CADH, correspondió un análisis estricto sobre las razones alegadas para la diferencia de trato, lo que no se superó en el caso.⁴⁴

Corresponde advertir, entonces, que la Corte IDH no recurrió en todos los casos a aplicar un análisis de proporcionalidad. Pues, tanto en la consideración de los derechos adquiridos, como en el examen de la suficiencia de las prestaciones, la Corte IDH no lo ponderó con otros fines, sino que directamente entendió que se afectó la seguridad social. Estos puntos adquieren relevancia, especialmente en atención a lo que se analizará seguidamente, esto es, cuándo y cómo las razones económicas o financieras podrían ocasionar un detrimento en los montos de las prestaciones y jubilaciones, si es que ello podría acontecer.

En casi todos los casos comentados la Corte IDH partió del otorgamiento de un beneficio de seguridad social por la ley interna a determinadas personas y, luego, a su afectación o no cobro, derivado de una privatización, de un cambio de régimen jurídico, o de otros actos estatales. Tal como se ha indicado, la Corte IDH examinó si las personas tenían un derecho adquirido a la pensión o beneficio social y, luego y tras constatar su incumplimiento, concluyó en la vulneración estatal respecto de las obligaciones que dan contenido al derecho a la seguridad social.

Podríamos también vincular este aspecto con la doctrina del contenido esencial de los derechos, en el entendido que aún cuando aceptemos el análisis de proporcionalidad en la restricción de este derecho, ello no podría afectar su contenido esencial, siendo que, por ejemplo, una vez adquirido el derecho de acceso a una pensión, no podría luego ser eliminado, o bien el monto de una pensión debiera ser suficiente y ésta ser oportuna para cubrir el fin que pretende, y posibilitar una vida digna.

IV. LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD: ¿CUÁNTO INCIDE LO ECONÓMICO EN LA TUTELA DE LA SEGURIDAD SOCIAL?

Arribamos, aquí, al punto más controversial de esta temática, que guarda referencia con los principios de progresividad y no regresividad, pero también con la incidencia que la situación económica y financiera de un Estado puede tener sobre la efectividad de este derecho.

Analizaré primero qué implican los principios de progresividad y no regresividad, para luego volver sobre las restricciones a este derecho y sus límites, ahora en atención a las posibles alegaciones de incapacidad financiera para hacer frente a su coste. Por último, realizaré una consideración adicional sobre las obligaciones de supervisión y fiscalización estatal en esta materia.

4.1 Los principios de progresividad y no regresividad en la jurisprudencia de la Corte IDH

El artículo 26 de la CADH antes citado se ubica bajo el Capítulo III que lleva por título “Derechos económicos, sociales y culturales” y su acápite refiere expresamente a “Desarrollo progresivo.” A su vez, en su contenido, indica que los Estados se comprometen a adoptar medidas para “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos,” agregándose luego “en la medida de los recursos disponibles.”

Retomemos aquí lo analizado previamente, en la distinción que la Corte IDH realizó respecto de las obligaciones vinculadas al derecho a la seguridad social. La Corte IDH refirió a obligaciones de “*exigibilidad inmediata*,” y a otras de “*carácter progresivo*.” A este respecto, y tal fue citado páginas atrás, en relación con las obligaciones de carácter progresivo la Corte IDH sostuvo

⁴⁴ *Duque vs. Colombia* (2016), párr. 106-107 y 124-125.

que los Estados tienen la obligación de “avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles.”⁴⁵ Asimismo, la Corte IDH también agregó que los Estados tienen también una obligación de no regresividad.⁴⁶

La Corte IDH se pronunció sobre la progresividad y no regresividad en los casos *Cinco Pensionistas vs. Perú* y *Acevedo Buendía vs. Perú*. En ambos recurrió a lo pronunciado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 3. A este respecto, el Comité sostuvo que:

El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. [...] Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.⁴⁷

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha identificado algunas obligaciones cuya exigibilidad es inmediata, a las que descarta aplicar cualquier consideración sobre la progresividad.⁴⁸ Lo mismo que ciertos casos, que no guardan relación con la progresividad en la efectividad de este derecho, sino con otros aspectos. A modo de ejemplo, en el caso *Muelle Flores vs. Perú* la Corte IDH lo aclara expresamente: “...la Corte nota que el presente caso no versa sobre las obligaciones de progresividad derivadas del artículo 26 de la Convención, sino que se refiere a la falta de concretización material del derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, del señor Muelle Flores, debido a la falta de cumplimiento y ejecución de sentencias dictadas a su favor a nivel interno en el marco de la privatización de la empresa estatal, efectuado luego de su jubilación.”⁴⁹

A su vez, y sin perjuicio de la realidad diferenciada según el Estado, corresponde en mi opinión constatar los derechos que el sistema de cada país ya otorga a las personas, esto es, aquello

⁴⁵ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 190.

⁴⁶ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 190.

⁴⁷ CESCR (1990), p. 9.

⁴⁸ Por ejemplo ha sostenido que: “La Corte considera que las obligaciones incumplidas por el Estado, es decir la obligación de adoptar salvaguardas para evitar los efectos negativos de la privatización llevada a cabo por decisión del Estado, la de informar al señor Muelle Flores sobre la forma mediante la cual se garantizaría su pensión reconocida judicialmente, la de establecer con claridad qué entidad se haría cargo del pago, así como el cumplimiento y ejecución de las sentencias judiciales internas, son obligaciones de carácter inmediato, que no tienen que ver con el desarrollo progresivo del derecho.” *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 202.

⁴⁹ *Muelle Flores vs. Perú* (2019), párr. 191. En similar sentido: *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018), párr. 81.

en lo que el Estado ya ha avanzado en cumplimiento progresivo de sus obligaciones, a lo que cabe aplicar la no regresividad.⁵⁰

Asimismo, a lo anterior corresponde también agregar que esta progresividad es una obligación de hacer, esto es, el Estado debe demostrar haber adoptado todas las medidas que le eran posibles, de acuerdo a sus recursos, y también haber cumplido con las obligaciones conexas. En esto último, por ejemplo, la CIDH también aclaró que el desarrollo progresivo no puede ser nunca discriminatorio.⁵¹

En atención a la progresividad, por tanto, corresponderá distinguir los casos en los que no es aplicable, y las obligaciones a las que no cabe dicho razonamiento por ser de exigibilidad inmediata. A su vez, aún frente a obligaciones de desarrollo progresivo, esta no es ni debe ser una excusa para el incumplimiento. El Estado deberá acreditar haber cumplido con la adopción de todas las medidas disponibles a los efectos de asegurar de forma plena la exigibilidad de este derecho, y de, una vez adoptadas, cumplir con la no regresividad. A la vez, este cumplimiento será objeto de control, pues tal sostuvo la Corte IDH: “Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.”⁵²

4.2 La incidencia de lo económico en la protección a este derecho. De vuelta sobre los “límites a los límites”

Ahora bien, qué sucedería si nos enfrentamos a una situación económica o financiera desfavorable, y el Estado no puede hacer frente al coste que supone la continuidad en la provisión de los beneficios de seguridad social. La pregunta guarda especial conexión con el argumento sobre el desarrollo progresivo de estas obligaciones, pero especialmente con su no regresividad.

Ante estos casos, entiendo que lo primero a considerar es la distinción efectuada por la Corte IDH entre los casos y obligaciones que tienen relación con este argumento, de las que no lo tienen. La escasez o problemática económica no puede transformarse en una excusa para incumplir derechos, menos los de cumplimiento inmediato, que no tienen vínculo con este argumento, pero tampoco de aquellos que cabría incluir dentro del desarrollo progresivo.⁵³

Asimismo, cabe también una aclaración. Es posible que el derecho interno, constitucional o infra-constitucional, imponga al Estado obligaciones que deba necesariamente cumplir.⁵⁴ Por ejemplo, la Constitución de Uruguay, en el artículo 67, establece que “los ajustes de las asignaciones

⁵⁰ En este punto MENDIZABAL BERMÚDEZ & DÁVILA SOTO (2021), p. 211, destacan que el principio de progresividad “confiere medidas de protección, como la no regresividad y la mejora progresiva, al prohibir que los Estados reduzcan la protección y reconocimiento dados a un derecho.”

⁵¹ *Ángel Alberto Duque. Colombia* (2014), párr. 73.

⁵² *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (2009), párr. 102.

⁵³ El punto es abordado por la Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*. A su vez, a este respecto FERRER MAC-GREGOR sostuvo que: “La tesis central que sostiene la mayoría en *Cuscul Pivaral* es que, si bien el Estado goza de un margen de actuación para el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad en materia de DESCAs, esto no puede ser interpretado como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o de adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas en situación de vulnerabilidad, que además tienen un riesgo de sufrir graves afectaciones a su integridad o a su vida.” FERRER MAC-GREGOR (2020), p. 249.

⁵⁴ No ingresaré en el análisis, pero cabe agregar que algunas Constituciones también prevén el principio de progresividad. A este respecto y sobre las decisiones de cortes internas en esta materia puede consultarse FERRER MAC-GREGOR (2020), pp. 252 y ss.

de Jubilación y Pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central.”⁵⁵ Se trata de una regla clara, y que no admitiría incumplimiento bajo pretexto de la progresividad o escasez. La precisión trata de tomar en consideración el principio de directriz de preferencia de normas, según el cual no es posible desaplicar una norma interna más protectora, con el pretexto de lo incluido por la disposición internacional (artículo 29 de la CADH).

De acuerdo a lo analizado por la Corte IDH, en los casos de derechos adquiridos, o bien de insuficiencia en las prestaciones, no sería posible la afectación y se encontraría una vulneración. No obstante lo anterior, y en referencia a la no regresividad, la Corte IDH también sostuvo en *Acevedo Buendía vs. Perú* que este deber de no regresividad “no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho,” sino que corresponderá ser evaluada de forma cuidadosa, encontrando razones de suficiente peso, teniendo por referencia a la totalidad de los derechos y en el contexto del aprovechamiento máximo de los recursos disponibles.⁵⁶

Otros tribunales han aplicado el principio de proporcionalidad a medidas de “congelamiento” o detrimento de las pensiones o jubilaciones⁵⁷. En este entendido, corresponderá analizar la legitimidad del fin, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

El examen, de admitirse, será por demás complejo, y debemos tener necesariamente en cuenta la potencial afectación a otros derechos, además de la seguridad social, puesto que es posible que una pérdida del valor adquisitivo o no cobro de una pensión suficiente repercuta en la efectividad del derecho a la salud, a la alimentación, a la vivienda y, conforme lo sostuvo la Corte IDH, a la vida digna.

También en la etapa de necesidad, en la que habremos de preguntarnos si no hay otra medida que permitiría alcanzar el fin, aunque afectando en menor medida los derechos, seguramente adentremos en aspectos temporales y de cuantificación del medio. A ello corresponderá también adicionar un examen de igualdad, tomando en cuenta el sector afectado y su eventual tratamiento diferencial —o más perjudicial— respecto de otros, que también podrían contribuir a la contención del gasto público.⁵⁸

En los supuestos de modificaciones a la normativa jubilatoria, cabe repasar y aplicar los estándares de este derecho, analizando la accesibilidad, la suficiencia o la oportunidad. A su vez, y frente a los requisitos de edad, años trabajados y demás, corresponderá realizar un examen de proporcionalidad, pues todos suponen una restricción al acceso a estos beneficios y no basta con alegar razones económicas para su justificación, sino ahondar en su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

⁵⁵ En materia de salud también puede ser mencionado el artículo 44 de la Constitución en similares términos.

⁵⁶ *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (2009), párr. 103; y *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018), párr. 143.

⁵⁷ Por ejemplo: MASALA (2016) referido a Italia, o bien FERRER MAC-GREGOR (2020), p. 257, en relación con la Corte Constitucional colombiana. En esto último cabe resaltar que la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que el análisis es más riguroso de afectarse grupos vulnerables.

⁵⁸ Al respecto de la jurisprudencia italiana sostuvo MASALA: “Varias decisiones especifican que sacrificios, incluso gravosos, justificados por la exigencia de salvaguardar el equilibrio financiero, son legítimos siempre y cuando no sean irrazonablemente duraderos ni irracionalmente repartidos entre diferentes categorías de ciudadanos: conforme a estos criterios se consideran razonables unas disposiciones que reducen las rentas de los jubilados y de los empleados públicos”. MASALA (2016), p. 234.

Lo anterior también deviene aplicable ante medidas impositivas. En algunos casos, y sin afectar directamente el monto jubilatorio o su actualización, el Estado utiliza su potestad tributaria para gravar este ingreso y, con ello, disminuirlo en forma indirecta.⁵⁹ En todos los supuestos, y en todo caso, corresponderá realizar un examen de proporcionalidad y de igualdad, en el que corresponde tomar en consideración los elementos esenciales y los estándares pronunciados por la Corte IDH sobre este derecho. En ello corresponderá considerar, como lo hace Martínez Lazcano en atención al caso *Muelle Flores vs. Perú* antes referido, “el carácter alimenticio y a la especial importancia que tiene la pensión de vejez en la vida de una persona jubilada, ya que podría constituir el único monto sustitutivo de salario que reciba en su vejez para suplir sus necesidades básicas de subsistencia. La pensión, y en general la seguridad social, constituyen un medio de protección para gozar de una vida digna.”⁶⁰

4.3 Consideración adicional: el vínculo de este derecho con las obligaciones de fiscalización y supervisión estatal

Realizaré una apenas breve consideración adicional, vertiendo énfasis en las obligaciones de fiscalización y supervisión que el Estado posee, respecto de la garantía de este derecho, de sus beneficios y prestaciones, pero también de su tutela judicial, cuando corresponda. El propósito de esta adición es hacer hincapié en que estas obligaciones no caen, en ningún caso, bajo el argumento de la progresividad, y que son aspectos que el Estado debe tomar en consideración en el sistema de seguridad social, y en su actividad respecto del mismo, tanto en caso de su prestación directa, como, especialmente, cuando intervienen privados.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha venido desarrollando las obligaciones que para el Estado supone la regulación, supervisión y control estatales,⁶¹ aspecto sobre el que no me voy a detener, sino únicamente para observar el impacto que esta exigencia posee en la práctica para la responsabilidad estatal en el cumplimiento de sus obligaciones.

A este respecto y aplicando las consideraciones de la Corte IDH en su jurisprudencia,⁶² a la vez que adicionando a ello los estándares sobre seguridad social antes descriptos, corresponderá a los Estados establecer un marco normativo adecuado que regule las prestaciones de seguridad social, y que asegure el acceso, la suficiencia, la oportunidad y la duración, así como los demás elementos ya indicados. Asimismo, sea que ello sea desarrollado por el Estado o por particulares, se deben prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal, así como procedimientos administrativos y judiciales para reclamar este derecho o sus eventuales afectaciones, los que corresponde cumplan con las garantías aplicables, especialmente con el plazo razonable de duración, ateniendo a la materia que nos ocupa y la potencialidad de afectarse otros derechos.

⁵⁹ El punto fue ampliamente discutido en Uruguay a propósito de la sanción del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas (Ley 18.083), y especialmente también en atención al artículo 67 de la Constitución, que ya fue citado. No ingresaré sobre el punto del debate, el que contó con pronunciamientos de doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en distintas posiciones. Similar controversia podría plantearse frente a los impuestos especiales y temporales, creados en Uruguay en virtud de los problemas financieros originados por la pandemia por Covid-19 (Leyes 19.874 y 19.949).

⁶⁰ MARTÍNEZ LAZCANO (2019), p. 44.

⁶¹ Por ejemplo: *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), párr. 132 y ss.; *González Lluy vs. Ecuador* (2015), párr. 178 y ss.; y *Empleados de la Fábrica de Fuegos vs. Brasil* (2020), párr. 118 y ss.

⁶² *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), párr. 132.

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo me propuse adentrar a uno de los temas que está siendo de debate en el ámbito regional: el derecho a la seguridad social.

Partí de entender a la seguridad social como un derecho, así reconocido en diversos tratados y convenciones, pero también como una cuestión que en la actualidad ha adquirido una gran relevancia, y en la que es posible enunciar distintas preguntas.

Me concentré, primeramente y a modo de antecedente, en abordar la evolución que la justiciabilidad de los DESCAs tuvo en la jurisprudencia de la Corte IDH. Como fue analizado, la seguridad social fue abordada desde hacía varios años, aunque bajo el ámbito de aplicación de otros derechos, como la propiedad, o la igualdad y no discriminación. Es recién en el año 2017 que la Corte IDH proclama la justiciabilidad directa de los DESCAs a través del artículo 26 de la CADH y ello hace eco en la consideración autónoma del derecho a la seguridad social, desde el caso *Muelle Flores vs. Perú*, en 2019.

Tanto los casos anteriores como los posteriores a esta justiciabilidad directa fueron construyendo algunos estándares en relación a este derecho. Me propuse determinarlos, no solamente en lo que hace a sus elementos constitutivos y a su contenido, sino también a cómo la Corte IDH analizó las restricciones habidas en los distintos casos. En esto último, me concentré finalmente en lo que atañe a la progresividad y no regresividad, aspectos mencionados literalmente en el artículo 26 de la CADH, e incluso en otros tratados, como el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Entiendo que una de las controversias más importantes en relación a este derecho posee relación con sus posibles restricciones o regresiones y, consecuentemente, con los límites a estos límites.

El entendimiento de la progresividad de un modo inadecuado, y su empleo como forma de alegar o argumentar restricciones más allá de las permitidas implicaría un detrimento a este derecho, lo que podría repercutir, conforme a lo ya advertido, en otros derechos, como la salud, la vivienda, o incluso la vida digna.

En ello, según fue profundizado, la Corte IDH diferenció obligaciones de exigibilidad inmediata, de las de carácter progresivo. Como fue mencionado en *Duque vs. Colombia*, la CIDH desestimó el argumento del Estado que fundaba en la progresividad de la protección de los DESCAs un trato discriminatorio por la orientación sexual. A su vez, en atención a las obligaciones de carácter progresivo, igualmente cabe un examen pormenorizado y, a mi parecer, con un matiz adicional que deriva de esta jurisprudencia de la Corte IDH.

La Corte IDH, al igual que otros tribunales, recurren al principio de proporcionalidad para analizar las restricciones a derechos. Entiendo que en las limitaciones a la seguridad social también debiera ser aplicado, sirviendo como herramienta a esos efectos, no obstante, no en todos los casos. Tanto en lo que se relaciona con ciertos derechos adquiridos, como en lo que respecta a la suficiencia del monto para hacer frente a una vida digna, la Corte IDH se limitó a corroborar la situación de hecho y la afectación a este mínimo. Como he propuesto, considero que ello puede ser vinculado con una vulneración del contenido esencial de este derecho, entendiendo a estos aspectos dentro del mismo. Tampoco este examen podría servir como argumento utilitarista que dotara de ropaje jurídico a la reducción en los haberes de unos, para cubrir prestaciones de una mayor cantidad.

En mi opinión, el impacto que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH analizada en este trabajo es significativo. No solo para identificar el contenido del derecho a la seguridad social, sino fundamentalmente para analizar sus posibles límites. Creo que a ello se corresponden, al menos, tres desafíos.

Primero, su recurrencia, interpretación, y aplicación a otros casos, en relación a otras posibles restricciones a este derecho. Segundo, el continuar adentrando y desarrollando los puntos sobre la progresividad y no regresividad. Es cierto que, en muchos casos, los Estados se encuentran en situaciones financieras desfavorables y que este es un derecho costoso de tutelar. También es cierto que, muchas veces, lo anterior no es más que una excusa para no hacer frente a las obligaciones que el Estado posee en materia de derechos humanos. El tercer desafío está, a mi parecer, en poder distinguir uno y otro supuesto, e incluso, aún en el primer caso, aplicar un examen riguroso que tome en consideración que la progresividad no supone, de por sí, una justificación para el incumplimiento, que considere el contenido esencial de este derecho, y que también aplique otros parámetros que fueron desarrollados y que seguramente continuarán en profundización por la jurisprudencia de la Corte IDH. En ello, corresponde concluir que, sin dudas, el impacto que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene en esta materia se continuará constatando y proyectando a lo largo de los próximos tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor & COURTIS, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Trotta).
- CLÉRICO, Laura (2019). “Discriminación por orientación sexual y derechos de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). ¿Una historia de divergencias?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N°47, pp. 1-34.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CESCR) (1990). *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*.
- GARAT, María Paula (2018). “La exigibilidad de los derechos económicos y sociales en el ámbito interamericano y su realidad en Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, N°53, pp. 19-36.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2020), “La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad”, en MORALES ANTONIAZZI, Mariela; RONCONI, Liliana & CLÉRICO, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCAs, el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH* (Instituto Max Planck, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro), pp. 243-274.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (2019). “Seguridad Social. Derecho autónomo y justiciable”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime; CARRASCO, Hugo, *et. al.*, *Derecho a la protección de la salud* (Editorial Nueva Jurídica), pp. 23-51.
- MASALA, Pietro (2016). “El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana en materia de ponderación entre derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, N° 20, pp. 223-255.
- MEJÍA, Joaquín (2010). “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, Vol. 51, pp. 55-112.
- MENDIZABAL BERMÚDEZ, Gabriela & DÁVILA SOTO, Josué Mesraím (2021). “La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social desde las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso México”, *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 19, pp. 205-235.
- NIKKEN, Pedro (2010). “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, Vol. 52, pp. 51-140.
- PINTO, Mónica (2012). “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales”, *Revista IIDH*, Vol. 56, pp. 157-187.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo R. (2013). “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two intertwined treaties”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, Issue 2, pp. 129-232.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú* (2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C No. 198. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Ángel Alberto Duque. Colombia* (2014). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de abril de 2014, Informe No. 5/14, Caso 12.841. Fondo.
- Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú* (2019). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2019, Serie C No. 394. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- “Cinco Pensionistas” vs. Perú* (2003). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Condición jurídica y derechos humanos del niño* (2002). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A No. 17.
- Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de agosto de 2018, Serie C No. 359. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Duque vs. Colombia* (2016). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil* (2020). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de julio de 2020, Serie C No. 407. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Furlán y familiares vs. Argentina* (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- González Lluy vs. Ecuador* (2015). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Guevara Díaz vs. Costa Rica* (2022). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de junio de 2022, Serie C No. 453. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (2017). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017, Opinión Consultiva OC-24/17, Serie A No. 24.
- “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay* (2004). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- 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* (1989). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Opinión Consultiva OC-10/89, Serie A No. 10.
- Lagos del Campo vs. Perú* (2017). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

- Muelle Flores vs. Perú* (2019). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de marzo de 2019, Serie C No. 375. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349. Fondo, Reparaciones y Costas.
- San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2018, Serie C No. 348. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2013, Serie C No. 261. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- T. B. y S.H. Jamaica* (2020). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2020, Informe No. 401/20 (PUBLICACIÓN), Caso 13.095. Fondo.

Sistema Europeo de Derechos Humanos

- Adelguer Tomás vs. España* (2016). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de junio de 2016, N° 35214/09.
- Fedotva y otros vs. Rusia* (2023). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17 de enero de 2023, N° 40792/10, 30538/14 y 43439/14.
- P.B. y J.S. vs. Austria* (2010). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de Julio de 2010, N° 18984/02.

Normativa citada

Internacional

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador.

Uruguay

Constitución de la República Oriental del Uruguay.