

El derecho humano a la seguridad social y su exigibilidad

*The human right to social security
and its enforceability*

PATRICIA A. ROSSI*

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2023

Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2024

Resumen

El objetivo de este texto es hacer un recorrido por los distintos instrumentos internacionales que reconocen el derecho de la seguridad social como un derecho humano fundamental, así como recordar la relevancia, vigencia y exigibilidad de este derecho, no sólo como una herramienta para cubrir contingencias específicas sino fundamentalmente como una vía útil para garantizar la paz social y el desarrollo de las sociedades.

Palabras clave: derecho de la seguridad social, derecho humano, paz social, desarrollo social.

* Secretaria de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social del P.J.N. de Argentina, abogada UBA, profesora y publicista.

Abstract

The objective of this text is to take a tour of the different international instruments that recognize the right to social security as a fundamental human right, as well as to remember the relevance, validity and enforceability of this right, not only as a tool to cover specific contingencies. but fundamentally as a useful way to guarantee social peace and the development of societies.

Keywords: social security law, human rights, social peace, social development.

1. Introducción

En abril de 2023 diserté en el Seminario Permanente sobre Derecho a la Seguridad Social organizado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ahí se debatieron temas relacionados con el género en el derecho de la seguridad social.

En ese contexto, una persona que participaba preguntó si “el derecho a la seguridad social podía ser considerado un derecho humano o se trataba simplemente de prestaciones”. Esa pregunta, realizada en el marco de un seminario académico de una nación que supo consagrar el derecho a la seguridad social en su Constitución ya desde 1917, llamó tanto mi atención que ha servido como detonador para escribir este artículo, máxime ante el avance de discursos que intentan menoscabar los principios del derecho y la justicia social y el descreimiento generalizado en los sistemas de seguridad social.

En un mundo convulsionado y castigado por diferencias sociales, las secuelas de una pandemia, que dejó miles de trabajadores sin sus fuentes de ingresos, la migración y el desplazamiento de centenares de personas debido a desastres naturales, los cambios climáticos, conflictos armados, las continuas crisis económicas, la implementación de políticas económicas que profundizan las diferencias estructurales, entre tantos otros males, que se ponga en duda o se cuestione el carácter de un derecho humano fundamental de la seguridad social hace que no resulte ocioso recordar por qué se trata de un derecho humano

básico para asegurar la dignidad de la persona humana y una herramienta útil para promover la paz social.

Por ello, este artículo tiene el objetivo de estimular el estudio y análisis de la seguridad social, a fin de contribuir a robustecer su concepción como derecho humano fundamental, mediante la investigación normativa, realizando un recorrido y la vinculación con los distintos tratados internacionales de derechos humanos que lo receptan como tal y concientizando sobre su exigibilidad y el papel del Estado como garante de este derecho.

2. Concepto dinámico y evolución histórica

En un trabajo que realicé en 2008 recordaba que “para la OIT la seguridad social es un concepto en continua evolución, pues responde a nuevas situaciones y se extiende a nuevas regiones y se adapta a nuevos modelos de administración” (OIT, 1984), y que

esta visión de la seguridad social como un concepto en continuo movimiento encuentra fundamento en la propia evolución histórica del hombre. Desde la organización familiar, o de clan o tribu —como primer apoyo del hombre para asistirlo en sus necesidades esenciales—, hasta los seguros sociales más modernos, pasando por los colegios de la antigua Roma, las cofradías de la Edad Media, las prebendas y beneficios del soberano absolutista y el mutualismo, la finalidad del hombre al agruparse siempre ha sido la de cubrirse mutuamente de las dificultades a las que se vería expuesto ante las contingencias a las que el devenir de la vida lo enfrenta (vejez, viudez, enfermedad, cargas de familia, desempleo, etc.). En este proceso evolutivo de la seguridad social marca un hito trascendente, primero, su reconocimiento como derecho fundamental del hombre —tanto en la Carta del Atlántico de 1941, firmada por Roosevelt y Churchill, en donde incluso llegaron a la conclusión de que de su goce dependía en buena parte la paz mundial, como en la posterior Acta de Chapultepec de 1945, donde los países americanos adhirieron a este concepto de la seguridad social como derecho fundamental del hombre—; y segundo, su reconocimiento expreso y consecuente consagración a nivel internacional, al quedar incorporado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948, y los posteriores pactos internacionales del '66 dictados en su consecuencia (Rossi, 2008).

Si bien fue en Alemania en 1881 donde tuvo lugar el primer programa social, de la mano de Otto von Bismarck, quien estableció el seguro de enfermedad, de accidente de trabajo, de invalidez y de vejez, y más adelante desamparo por muerte, concretando en 1911 la redacción de un Código de Seguros Sociales, lo cierto es que la expresión “seguridad social” comenzó a ser utilizada mundialmente a partir de 1935, cuando en Estados Unidos se sancionó la ley federal conocida como Social Security Act (una de las medidas de carácter intervencionista tomadas por Franklin D. Roosevelt, que facilitó la creación de seguros no contributivos de vejez y de desempleo estadual, con el apoyo financiero del gobierno federal, a fin de paliar las consecuencias económicas generadas por la Gran Depresión), locución que fue rápidamente adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y demás organismos internacionales, por entender que resumía en forma sencilla y clara una de las aspiraciones más profundas y generales de los seres humanos de todas partes del mundo.

Tal como lo enseña Bernabé L. Chirinos, la seguridad social responde a una “idea-fuerza”, que es el reconocimiento que la sociedad hace de la dignidad de la persona humana: su fragilidad y su interdependencia, y tiene por objeto crear las garantías necesarias para mantener el mismo grado de dignidad de la persona y del grupo familiar a su cargo frente a las contingencias que la puedan afectar, desde el seno materno hasta su muerte (Chirinos, 2011).

Es decir, la seguridad social va a pretender proteger a la persona frente a contingencias tales como enfermedad, invalidez, vejez, maternidad, accidente, muerte, desempleo, familia numerosa, etc., siendo deber del Estado garantizar y satisfacer el acceso al derecho a la seguridad social como principal responsable jurídico de la organización de la comunidad social.

Existen numerosos libros y trabajos de reconocidos profesores del derecho del trabajo y de la seguridad social que explican la evolución histórica de la seguridad social y de los diversos sistemas y herramientas utilizadas para su

implementación,¹ motivo por el que no me detendré en ello, pues excedería el límite de este artículo. Sin embargo, cabe mencionar que de la lectura de sus trabajos se concluye que, en este ámbito en particular, nunca ha alcanzado suficientemente con la iniciativa privada, siendo menester que el Estado intervenga regulando, supliendo y asistiendo, pues es deber de la sociedad tomar a su cargo las necesidades de todas las personas miembros.

Más aun, desde una perspectiva actualizada del concepto de seguridad social, se tiende a señalar que resulta incuestionable que la seguridad social ha dejado de ser un conjunto de coberturas para determinadas contingencias humanas, que busca plasmar una determinada idea o concepción de la justicia.

Ya no es posible circunscribir la seguridad social a una serie de mecanismos prácticos que la ley pone a disposición del Estado administrador para evitar las consecuencias de la siniestralidad sobre los miembros de la comunidad social, sino que hoy no se admite asistir con indiferencia al sufrimiento de parte de sus integrantes, por la falta de acceso a los bienes o servicios más primarios, y especialmente a la falta de oportunidades de preparación y capacitación, para estar en condiciones de procurárselos por sí mismos (Payá y Martín, 2015),

En este sentido, desde diversos organismos internacionales se propugna por establecer la idea de que la seguridad social universal puede ayudar a proteger a las personas frente a las crisis económicas y otras amenazas emergentes, incluidos los riesgos relacionados con el clima, al tiempo que sirve para construir sociedades justas en las que se efectivicen todos los derechos; se señala de igual modo que los responsables de la definición de políticas deben orientarlas hacia el establecimiento de sistemas de seguridad social universal y evitar los programas que prevén una evaluación limitada a los medios económicos.

De acuerdo con lo anterior, se podría decir que, desde una perspectiva amplia, la seguridad social intenta asumir el compromiso de garantizar a todos los

¹ Véanse De Ferrari; Deveali; Hüniken, y Etala, sólo por mencionar algunos.

miembros de la sociedad una plataforma de dignidad asentada en el principio de la solidaridad.

En definitiva, y a fin de brindar un concepto clásico y que además resulte lo más integral y universalmente aceptado, tomaré el adoptado por la OIT, que define la seguridad social como

la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos (OIT, 1984).

Esta definición, si se quiere más restringida, proporciona de todas formas los elementos necesarios para señalar que se trata de un derecho inherente a la persona, como miembro de la sociedad y que es responsabilidad del Estado, quien debe actuar como garante de las prestaciones que brinda la seguridad social.

3. La recepción del derecho a la seguridad social en los tratados internacionales de derechos humanos

Ahora bien, como señalé anteriormente, la seguridad social comenzó a tener promoción y protección como derecho humano global a partir de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que en su artículo 22 dispone que

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

El derecho de las personas a la seguridad social se encuentra reiterado y ejemplificado en el artículo 25 de la misma Declaración Universal cuando establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, como así también a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene derecho, asimismo, a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad. También señala en su apartado 2 que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Como decía, a partir de su incorporación en la Declaración Universal de Derechos Humanos la concepción de la seguridad social como derecho humano esencial para proteger la dignidad de la persona empezó rápidamente a expandirse. También en 1948 se aprobó en Bogotá la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XVI 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”, y en el artículo XXXV pone como contrapartida, basado en el principio de solidaridad, el deber del individuo de cooperar con el Estado y la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias.

Posteriormente, en diciembre de 1966, Naciones Unidas aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 9 específicamente dispone que “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”, y con la suscripción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Protocolo de San Salvador, firmado en El Salvador el 17 de noviembre de 1988, se incorporó en dicho ámbito, en su artículo 9, la seguridad social, al establecer que

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Asimismo, se debe señalar que el derecho a la seguridad social está directa o indirectamente consagrado y garantizado, dada su interdependencia, mediante el reconocimiento de otros derechos y libertades que hacen a la protección de su goce. En tal sentido, es posible referir:

- a) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículos VI, protección de la familia; VII, cuidados especiales para la maternidad y niños, XI: derecho a la salud; XVII, persona como sujeto de derecho; XVIII, derecho a la jurisdicción y a un procedimiento sencillo y rápido; XXIII, derecho a la propiedad privada, y XXIV, derecho de petición.
- b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en los artículos 2, desarrollo progresivo; 10, protección a la familia, maternidad, infancia y adolescencia; 11, nivel de vida adecuado y derecho a la alimentación, y 12, derecho a la salud.
- c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 2, no discriminación —deber de adoptar medidas—recurso judicial efectivo—; 14, igualdad ante la ley —derecho a ser oído; 23, protección de la familia; 24, derecho del niño, y 26, igualdad ante la ley—no discriminación.
- d) Pacto de San José de Costa Rica, en los artículos 1, obligación de respetar los derechos; 2, deber de adoptar medidas en el derecho interno; 8, garantías judiciales —derecho a ser oído, plazo razonable, debido proceso—; 17, protección de la familia; 19, derechos del niño; 21, derecho a la propiedad privada; 24, igualdad ante la ley; 25, protección judicial —recurso rápido y sencillo o recurso efectivo ante los jueces, garantizar el cumplimiento de las sentencias—; 26, desarrollo progre-

sivo; 27, limitación a la suspensión de los derechos: restricción a algunos derechos y únicamente en caso de guerra o peligro público que amenace la independencia del Estado y por tiempo limitado, y 29, normas de interpretación: prohibición de interpretar restrictivamente.

De igual modo, se deben mencionar tratados específicos de protección a determinados grupos, que consagran expresamente su derecho de acceso a la seguridad social.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer dispone en su artículo 11:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: [...] e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños [...].

La Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 26:

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los

recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece en su artículo 17:

Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social. Los Estados Parte buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante. Todo lo dispuesto en este artículo será de conformidad con la legislación nacional.

Mención aparte para los convenios específicos sobre la materia de la OIT, en particular, el Convenio núm. 102, que data de 1952, sobre normas mínimas de la seguridad social, mediante el que cada Estado miembro se obligó a garantizar una base mínima para asegurar las coberturas correspondientes a todos los subsistemas de la seguridad social, comprometiéndose además los estados signatarios —entre ellos, México y Argentina— no sólo a su aplicación sino también a brindar informes periódicos sobre los avances y resultados obtenidos, y la Recomendación núm. 202, de 2012, que reafirmando el carácter de derecho humano de la seguridad social brindó orientaciones a los Estados miembros para establecer y mantener pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social, y poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que aseguren progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, al tiempo que, mediante estas garantías básicas, se busca asegurar una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social.

Esta larga, pero no exhaustiva, enunciación de tratados internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la seguridad social da cuenta

de su relevancia e interdependencia con otros derechos a los fines de garantizar la subsistencia y la dignidad de la persona humana.

A partir de su incorporación en el decálogo de derechos de la Declaración Universal, la seguridad social se presenta como un derecho humano fundamental, culminando con el Código Iberoamericano de Seguridad Social, que su primera parte, sobre principios fundamentales, establece: “1. El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano. 2. Este derecho se concibe como garantía para la consecución del bienestar de la población, y como factor de integración permanente, estabilidad y desarrollo armónico de la sociedad.”

4. Progresividad y prohibición de regresividad

El reconocimiento en el ámbito normativo presenta una contracara y un desafío enorme a la hora de su interacción con el principio de progresividad y la interpretación que se suele dar al mismo en el derecho interno de los países.

La concreta satisfacción del derecho a la seguridad social —que los Estados se comprometen a garantizar mediante la suscripción de los distintos tratados señalados— depende también, dada la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, de la aplicación y el respeto, en el ámbito interno, de otros derechos y principios consagrados en los mismos tratados, más allá de la limitación de recursos económicos que los gobiernos suelen alegar para justificar el incumplimiento.

En este sentido, uno de los principios que mayor dificultad tiene para la exigibilidad e inmediata efectivización del derecho a la seguridad social es el de las llamadas “cláusulas progresivas” al reconocimiento de los derechos, que contienen algunos de los tratados internacionales de derechos humanos.

Así, el artículo 26 del Pacto de San José estipula que

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.

Este principio dio pie a que, por ejemplo, en los tribunales de Argentina, durante bastante tiempo se lo interpretara en el sentido de negarle operatividad a algunas cláusulas de los tratados internacionales frente a la falta de reglamentación interna.

Cabe aquí acotar que la doctrina clásica nacional argentina supo sostener que los propios derechos contenidos en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional² eran normas de carácter programático, dado que requieren para su ejercicio de una reglamentación previa.

Ante esta postura asumida por los tribunales, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 —y mucho antes también de que entrara en vigencia el Protocolo de San Salvador—, desde otro sector de la doctrina se sostuvo que el compromiso asumido por los Estados frente al Pacto consiste en satisfacer los derechos en ellos reconocidos “hasta el máximo de los recursos disponibles”,

² “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna” (artículo 14 bis, Constitución Nacional).

y que este compromiso no podía ser interpretado como una obligación carente de exigibilidad y limitada a una presentación de informes, en la que se comunicara la imposibilidad continua del Estado de cumplir con las obligaciones asumidas.³

Cuando los gobiernos se niegan a adoptar medidas tendientes al cumplimiento de los compromisos contraídos se verifica una violación a los derechos garantizados en los pactos.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al texto de la Constitución Nacional argentina zanjó las discusiones antes existentes en el ámbito académico, doctrinario y jurisprudencial sobre su jerarquía y obligatoriedad, debiendo señalarse, asimismo, que el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución estableció el deber del Estado de implementar “acciones positivas” a fin de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Pero aun antes de dicha reforma el criterio adoptado por los jueces omitía considerar tanto el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en cuanto dispone el deber de los Estados partes de adoptar disposiciones en su derecho interno para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos⁴ —con lo cual el no accionar del Estado ya configuraba de por sí una violación al tratado—, como de considerar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en sus artículos 26, 27 y 31 fija los siguientes principios interpretativos: *pacta sunt servanda*, es decir que todo

³ Véase Albanese (1992).

⁴ “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (CADH, artículo 2).

tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe; la prohibición de invocar las disposiciones del derecho interno de una de las partes como justificación del incumplimiento de un tratado, y el deber de interpretar el tratado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Por otra parte, cabe también recordar que tanto Argentina como México son signatarios del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, ambas naciones lo firmaron el 17 de noviembre de 1988,⁵ y éste expresamente estipula: i) la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo; ii) la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno si el ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; iii) la no admisión de restricciones de ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado; iv) los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y la razón de los mismos; v) fija pautas mínimas respecto del derecho de la seguridad social y las prestaciones que se deben cubrir, y especialmente reconoce el derecho a especial protección de los ancianos y minusválidos, entre otros; vi) establece como medio de protección un sistema de informes que los Estados se comprometen a presentar, comunicando en forma periódica respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para

⁵ Aprobado por la República Argentina por Ley n° 24.658 el 19 de junio de 1996 y ratificado el 23 de octubre de 2003. México ratificó el Protocolo el 8 de marzo de 1996 y realizó el depósito el 16 de abril del mismo año.

asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

El Protocolo Adicional complementó la CADH, ampliándola de manera concreta en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Establece, además, mecanismos de protección de los derechos allí consagrados, implementado para ello un sistema de informes —en el cual interactúan para su regulación y control distintos órganos de la OEA— mediante el cual los Estados periódicamente deben dar cuenta de las medidas progresivas que hayan adoptado y, asimismo, se aceptó la competencia de la Comisión de recibir denuncias individuales, en caso de violación de determinados derechos.⁶

Iguales consideraciones caben hacer respecto del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto establece que

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Sin embargo, a la hora de analizar el alcance que corresponde otorgarles a las cláusulas de progresividad de este pacto en particular, se suele hacer mención de los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto, como herramienta

⁶ En uso de esta facultad, el Estado argentino fue denunciado en varias oportunidades ante la Comisión Interamericana y otros tribunales internacionales. Respecto de nuestra concretamente, la Argentina fue denunciada ante la Comisión en ocasión del dictado de la Ley de Solidaridad Previsional Nro. 24.463, instrumentándose el caso 11670, *Amílcar Menéndez, Juan y otros* (también conocido como *Menéndez, Caride y otros*), que dio lugar al informe 3/2001, por el cual se declaró admisible la denuncia. Este caso resulta relevante no sólo en lo que respecta al sistema jurídico interno del país y a su responsabilidad como Estado parte de la CADH, y a que la CIDH haya reconocido su competencia para entender en violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, sino también porque fija un nuevo estándar respecto de qué se entiende por plazo razonable y desde cuándo éste debe contabilizarse, pues afirmó que el plazo del proceso debía ser considerado desde el inicio mismo de los reclamos administrativos y no ya desde el comienzo de la etapa judicial posterior.

interpretativa. Estos principios fueron el resultado de las deliberaciones y conclusiones a las que arribaron en 1987, de un grupo de expertos representantes de 29 países, entre ellos México, del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la OIT, la UNESCO, la OMS, la Secretaría del Commonwealth, las organizaciones patrocinadoras y miembros del ECOSOC. Atento el tiempo transcurrido desde que se adoptaron y las circunstancias en que fueron redactados, representan una pauta mínima de consenso a la que arribaron para tener en cuenta el contenido y alcance del pacto. Éstos señalan que

21. La obligación de “lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.

23. La obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos; requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga.

En el mismo sentido, cabe recordar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al realizar la Observación General núm. 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto) de fecha 14/12/90, sostuvo que

La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. 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.

Por otra parte, al emitir la Observación General núm. 19, Derecho a la seguridad social, artículo 9 PIDESC (aprobada el 23 de noviembre de 2007), recuerda que

40. Si bien el Pacto prevé una aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que plantean los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la seguridad social, como, por ejemplo, garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2); asegurar la igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3); y adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12. Estas medidas deben ser deliberadas y concretas y tener por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social.

41. El Comité reconoce que el ejercicio del derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados Partes, pero observa que la importancia fundamental de la seguridad social para la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por los Estados Partes suponen que se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado. Los Estados Partes deben elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el derecho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional. De ser necesario, deben tratar de obtener cooperación y asistencia técnica internacionales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.

42. Existe una fuerte presunción de que el Pacto prohíbe que se adopten medidas regresivas con respecto a la seguridad social. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte probar que las han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y que están debidamente justificadas habida

cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si en el examen de las medidas y alternativas propuestas hubo una verdadera participación de los grupos afectados; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.

En suma, al comprometerse los Estados a respetar, garantizar y satisfacer el derecho a la seguridad social, están asumiendo un compromiso concreto, y no pueden utilizar las cláusulas de progresividad como justificación para el incumplimiento o limitación de esos derechos. Por el contrario, deben demostrar haber hecho un buen uso de sus recursos, hasta el máximo de su disponibilidad, implementado avances en la materia. El principio de progresividad implica demostrar un mayor grado de compromiso a medida que mejora el nivel de desarrollo del estado —tal como lo señaló la CIDH en su informe anual de 1993—, así como también un compromiso a respetar el principio de no regresividad.

El principio de no regresión veda al legislador interno la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas; al mismo tiempo que obliga a los jueces y demás intérpretes del derecho, al decidir planteos en los que se encuentren en litigio derechos económicos, sociales y culturales, en general, y el derecho a la seguridad social, en particular, a escoger dentro de lo que la norma posibilita el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; teniendo presente, además, que jamás las cláusulas de los tratados internacionales pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido en las constituciones o legislación interna de los Estados partes.

Por lo tanto, si la sanción de una nueva norma en el derecho interno, o la adopción de medidas gubernamentales, implica una retrogradación de derechos consagrados por los tratados internacionales de derechos humanos o por las

normas fundamentales de los Estados partes o habían sido, previamente, receptados en las leyes internas, su abrogación o limitación sin razones suficientes que lo legitimen, resulta una vulneración del tratado y del principio de progresividad que descalifica esa normativa o accionar gubernamental como acto constitucional y convencionalmente válido.

Finalmente, cabe señalar que esta prohibición se encuentra expresamente contemplada en la propia CADH que en su artículo 29b, que establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de éstos.

En otras palabras, la consideración de los recursos disponibles de cada Estado —artículo 22 de la DUDH y 26 de la CADH— constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes.

5. Obligación de los Estados

La obligación que asumen los Estados de respetar, garantizar y satisfacer el derecho a la seguridad social en toda su amplia gama de contingencias implica, asimismo, asumir obligaciones jurídicas específicas, que fueron expresamente señaladas en la Observación General núm. 19: obligaciones de respetar, de proteger, de cumplir, al igual de obligaciones internacionales y obligaciones básicas

En dicho sentido, los gobiernos, además, del deber de asegurar la satisfacción del derecho a la seguridad social sin discriminación por motivos de género, edad, discapacidad, raza, nacionalidad o condición migratoria o de otro tipo, deben implementar las medidas necesarias para reconocer debidamente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, aprobando leyes para

su aplicación; adoptando una estrategia nacional de seguridad social y un plan de acción para la realización de este derecho, y asegurando que el sistema de seguridad social sea adecuado, esté al alcance de todos y cubra los riesgos e imprevistos sociales. Incluso cubriendo las necesidades de aquellos grupos desfavorecidos y marginados, aun cuando haya una capacidad limitada para financiar la seguridad social, ya sea con los ingresos fiscales o con las cotizaciones de los beneficiarios.⁷

Se trata de obligaciones no sólo de carácter programático, sino precisamente de la obligación de adoptar medidas inmediatas y concretas, a fin de fijar y garantizar niveles mínimos esenciales de los derechos.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la CADH o del artículo 2 del PIDESC, nos encontramos frente a obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados parte, con el propósito de facilitar a todas las personas los medios necesarios para acceder a estándares mínimos de protección y, consecuentemente, al derecho a reclamar en el supuesto de incumplimiento.

En el marco de los sistemas internacionales de protección de estos derechos, las obligaciones asumidas por los Estados parte imponen, también, el compromiso de brindar informes periódicos, que son sometidos a la supervisión de los órganos creados a tal efecto por los pactos.

Al respecto, ya hice referencia al Protocolo de San Salvador de aplicación en el ámbito americano, pero en lo que hace al ámbito universal, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales merece una mención aparte por las siguientes consideraciones.

Este instrumento permite, además, la presentación de comunicaciones ante el Comité por parte de personas o grupos de personas que se hallen bajo la juris-

⁷ Así surge del punto III. B de la Observación General núm. 19 E/C.12/GC/19.

dicción de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación por éste de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para ello es necesario que su país sea Estado parte del Protocolo Facultativo del PIDESC a través de ratificación o adhesión. Se trata, sin duda, de una herramienta útil y necesaria para la defensa de los DESC.

México, al igual que Argentina, firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, elevándola a rango constitucional en la década de 1990, asimismo, ambas naciones ratificaron la Convención Americana en la década de 1980 y son parte del Protocolo de San Salvador, pero, en lo que respecta al PIDESC, y pese a haberse adherido, el Estado mexicano no ratificó aun su Protocolo Facultativo. Por tal motivo, recientemente, la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (ONU-DH) instó a México a ratificar el Protocolo ya que brinda al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la posibilidad de realizar una investigación que contenga conclusiones y recomendaciones a los Estados parte, en el entendimiento de que, con la ratificación del Protocolo Facultativo, se reforzaría el compromiso ya asumido por México en materia de derechos humanos y que la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, así como el principio de igualdad y no discriminación, amerita que todos los derechos humanos gocen de los mismos niveles de protección.

Para concluir este punto y a modo de introducción del próximo ítem, parafraseando al doctor Eduardo Barcesat (2003), quien recuerda el trabajo de Asbjorn Eide (1987), miembro superior y exdirector del Instituto Noruego de Derechos Humanos y Relator Especial Subcomisión de Naciones Unidas sobre prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, cuando un Estado ratifica o incorpora un cuerpo jurídico de derechos económicos, sociales y culturales, adquiere lo que denomina obligaciones de resultado, y por tanto esa obligación de resultado es exigible, porque de lo contrario no sería derecho.

6. Exigibilidad y justiciabilidad

Claramente, una primera medida para darle efectividad a los derechos reconocidos en los pactos es otorgarles prioridad a los tratados internacionales sobre derechos humanos y plena operatividad a sus cláusulas. Otra, su reconocimiento, incorporación y reglamentación en la legislación interna.

En el caso concreto del derecho a la seguridad social, que ha sido consagrado constitucionalmente en las cartas magnas tanto mexicana como argentina, parecería tener el camino más allanado en lo que respecta a su exigibilidad.

Desde que el Estado incorpora a su derecho interno un pacto internacional de derechos humanos, dándole plena receptividad a los derechos sociales en su constitución o legislación, las personas que se encuentran en la jurisdicción del Estado firmante están facultadas para exigirle adecuar su conducta y derecho a las normas convencionales. Más aun cuando quienes reclaman son personas con un especial grado de vulnerabilidad, como suele suceder en el caso de muchos destinatarios de la seguridad social que deberían contar con una especial protección, y el Estado se encuentra obligado a tomar acciones tendientes a satisfacer los derechos reconocidos.

La incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales en la carta magna de los Estados es algo propio de las “constituciones modernas”, pero su integración implica el inmediato “control de constitucionalidad y de convencionalidad” que de esos derechos deben ejercer los jueces de la nación. Es decir que si “constitucionalizamos” un derecho inmediatamente estamos dándole a los jueces la orden de que deben velar por su cumplimiento.

Si bien al Poder Legislativo le corresponde mantener el equilibrio entre las garantías individuales y las conveniencias generales, como encargado del control y resguardo del interés público comprometido en la instrumentación de las políticas sociales y no incumbe a los jueces, en el ejercicio regular de sus atribuciones sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son

propias, este principio cae ante la violación de la garantía constitucional y convencional en que, generalmente por omisión, incurren los otros poderes del Estado. No se trata pues de invadir el terreno propio de los otros poderes, sino de ejercer el debido “freno y contrapeso” a fin de mantener vivo el sistema de “control cruzado”.

Se ha dicho que la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho. Y esto ocurre cuando el derecho a la seguridad social y a la inclusión social se ve vulnerado sistemáticamente por la omisión en la que incurren los estados de hacer uso del máximo de los recursos disponibles, dictando las medidas y políticas públicas adecuadas para que no existan sectores de su población por debajo de los pisos mínimos de protección.

Aun en un contexto de escasez económica, la asunción de obligaciones de este tipo supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria. Cabe recordar aquí, una vez más, que las cláusulas progresivas no pueden ser excusa para el no cumplimiento, mucho y menos para derogar o limitar derechos reconocidos o retrogradar niveles ya alcanzados, ya sea en materia de seguridad social como cualquier otro derechos económico, social o cultural.

Sostener la exigibilidad y judicialización del derecho a la seguridad social no significa que escape de mi conocimiento que la cuestión involucra aspectos complejos de política económica y financiera y, asimismo, procesos legislativos, ni que cuando uno acciona contra el erario público va en contra de los derechos de los demás, que cada vez que la justicia reconoce un derecho de un particular está afectando la redistribución social.

Sin embargo, ya que el objetivo de la seguridad social es proteger un sector de la población especialmente vulnerable —dadas las condiciones de salud, vejez, desempleo, viudez, orfandad, etc.—, la dimensión moral del problema debe ser atendida por los jueces.

En este sentido, me permito retomar un trabajo publicado en el que sostenía que

Tal como lo destacan Curtis y Abramovich, citando a Lima Lopes, “el Poder Judicial provocado adecuadamente puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas”. Y es en este punto donde se conectan con lo sostenido por Bickel en cuanto al papel de líder de opinión. Es así que resulta destacable una sentencia judicial que declare el incumplimiento del Estado ante las obligaciones asumidas en la materia y se constituya en un canal de diálogo para que se actualicen las agendas públicas; sorteándose de esta forma posibles objeciones a sus facultades para incidir en el presupuesto del Estado. Sin embargo, atento a que la materia que nos ocupa trabaja principalmente con personas con contingencias de vejez, enfermedad y carencias en su subsistencia, los tiempos de los mecanismos políticos no suelen condecirse con los tiempos de las necesidades de los beneficiarios, a quienes no hay que perder de vista a la hora de tomar decisiones que por su naturaleza dilatan un proceso ya de por sí largo, convirtiéndolo en un derecho ilusorio (Rossi, 2007).

7. A modo de ejemplo

A continuación compartiré un fallo de la Cámara Federal de la Seguridad Social⁸ que, considero, da un claro ejemplo de cómo los Tribunales, ante la tensión entre la letra fría de la norma y los derechos reconocidos en la Constitución,

⁸ La creación del fuero de la Seguridad Social en Argentina obedeció a una necesidad de descomprimir a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) del cúmulo de causas previsionales que originariamente allí tramitaban. La cantidad de reclamos, producto de la incorrecta aplicación de los índices de movilidad en los haberes, llevó a la CNAT a informar —en 1986— a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que el incremento de causas ponía a dicho Tribunal en peligro de incurrir en denegación de justicia, al no poder cumplir con los plazos procesales (para ese entonces, se estimaba que se encontraban tramitando unos 30,000 expedientes previsionales en el fuero laboral). A instancias de la diputada Florentina Gómez Miranda, se presentó un proyecto de ley, creando el fuero de la seguridad social. Dicho proyecto se convirtió en la Ley 23.473. La nueva normativa establecía que contra las resoluciones de las cajas de previsión se podía interponer directamente un recurso de apelación ante la nueva Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social. El 14 de febrero de 1989, habiendo prestado juramento los jueces y fiscales de este nuevo fuero, la Corte declaró habilitada la instancia para la recepción de causas a partir del 31.3.89, asignándole todas las cuestiones enumeradas en el art. 8 de la Ley 23.473, que no hubieran sido sorteadas y aun las no elevadas. La ley tuvo un neto carácter fundacional del fuero y fue incorporada a las disposiciones que regulan la Justicia Nacional (art. 39 bis del Dto. Ley 1285/58) con caracteres propios. Posteriormente, la Ley 23.473 fue modificada, se creó la primera instancia del fuero y la C.N.A.S.S., pasó a ser la Cámara Federal de la Seguridad Social

aplicando los principios tuitivos del derecho de la seguridad social y las convenciones internacionales, pueden dar solución a situaciones de injusticia.

L.S.,G. c/ ANSES s/ Amparos y Sumarísmos” (Expte. Nro. 27.571/2019; sentencia del 25/6/2021). Derecho a pensión para el nieto

Hechos

Una persona familiar del señor G. L. S., quien padece de esquizofrenia, se presentó en su representación y apoyo, interponiendo acción de amparo a fin de que se le otorgara el beneficio de pensión derivado de fallecimiento de su abuelo, P.A. L. S., y titular de un beneficio jubilatorio. Señaló que el actor, nacido en 1973, se encontraba viviendo con sus abuelos desde 1980, debido a que su padre había fallecido y su madre lo había abandonado. Agregó que el causante, que había obtenido la curatela definitiva de su nieto, percibía mensualmente la asignación por discapacidad correspondiente a éste; además de cubrir las necesidades del accionante y proveerle cobertura médica, a través del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI). Indicó también que, debido a su incapacidad el señor G. L. S. requiere atención y apoyo psicológico y psiquiátrico permanente.

La ANSeS planteó la inadmisibilidad formal de la vía expedita del amparo. Informó que la enumeración del artículo 53 de la Ley 24.241 resulta taxativa respecto de quienes pueden ser considerados causahabientes previsionales y que los nietos no se encontraban comprendidos en ella.

La jueza a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N°5 dictó sentencia haciendo lugar a la acción de amparo y declaró —para el caso concreto de autos— la inaplicabilidad de los artículos 53 de la ley 24241 y 13 de la ley 26.222, revocó la resolución administrativa que había rechazado el otorgamiento del beneficio y ordenó al organismo previsional que lo otorgara, atento haberse acreditado el carácter de nieto conviviente a cargo del jubilado fallecido y consideró que la aplicación del artículo 13 de la ley 26.222 importaría

el cumplimiento de una directiva legislativa contraria a la noción de progresividad de los derechos.

Disconforme con dicha sentencia, la demandada dedujo recurso de apelación ante la Cámara Federal de la Seguridad Social (CFSS).

El fallo de la Cámara

En sus considerandos, la Sala I de la CFSS recordó que la Ley 18.037, al amparo de la cual el causante había obtenido su beneficio jubilatorio, en su artículo 38 enumeraba entre quienes tenían derecho a pensión a “d) Los nietos solteros, las nietas solteras y las nietas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos huérfanos de padre y madre hasta los dieciocho años de edad”, y que, por su parte, el artículo 39 de la misma ley establecía que los límites de edad fijados no regían si los derechohabientes se encontraban incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de fallecimiento de éste, o incapacitados a la fecha en que cumplieran la edad de dieciocho años. Sin embargo, como el derecho al beneficio de pensión se rige por la ley vigente a la fecha del fallecimiento, conforme la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley 26.222 al artículo 161 de la ley 24.241, el universo de derechohabientes se había visto significativamente reducido con la sanción del artículo 53 de la 24.241 (norma que sustituyó la anterior ley 18.037) y sin duda marcó un retroceso en la tendencia imperante respecto de la protección integral del núcleo familiar ampliado.

Asimismo, recordó que por vía jurisprudencial, los tribunales supieron extender la cobertura en casos especiales en los que se encontraba acreditado que el causante contribuía al sustento del peticionario, quien se veía impedido de obtenerlo por otros medios, y que la regla interpretativa en materia de seguridad social, especialmente en estos supuestos no contemplados por la norma, fue dada por la CSJN que afirmó que esta rama del derecho tiene por finalidad esencial cubrir “contingencias sociales”, o más precisamente, “asegurar lo ne-

cesario a las personas que sufren”. De ahí que, reiteradamente, haya puntualizado, por un lado, la “naturaleza alimentaria” de las prestaciones que prevé y por el otro, la relación entre éstas y la cobertura de “riesgos de subsistencia”.⁹

De igual modo, señaló que el cometido propio de la seguridad social, por mandato de la Constitución Nacional (artículo 14 bis) es la cobertura “integral” de las consecuencias negativas producidas por las mencionadas contingencias y, además, que es preciso interpretar las normas infraconstitucionales de la seguridad social conforme su objetivo protectorio, lo cual impone reglas amplias, cuidando que el excesivo rigor de los razonamientos, o los criterios restrictivos, no desnaturalicen el espíritu que ha inspirado su adopción, pues no debe llegarse al desconocimiento de derechos de esta índole sino con extrema prudencia. Es por ello por lo que toda preferencia hermenéutica debe volcarse hacia el resultado que favorece los objetivos normativos y no hacia el que los dificulta.

Analizó también la evolución legislativa y jurisprudencial del derecho a pensión, en el que los requisitos para obtener y conservar las pensiones siempre atañen a circunstancias personales de los beneficiarios, esencialmente variables; y que el requisito de orfandad debe equipararse a la desprotección o a la falta de ingresos y recursos propios, pudiendo —de ser el caso— ser dejado de lado de acreditarse estos últimos; asimilando la orfandad con desprotección y además aplicando con sentido previsionalista la figura del “estado a cargo”, que en este ámbito se define por el “mantenimiento del nivel de vida alcanzado” en vida del causante, sin ser necesario que el causahabiente acredite una carencia total de recursos económicos.

La magistrada que votó en primer término —voto al que se adhirió el resto de las integrantes del tribunal— sostuvo que, frente a una realidad social cada vez más cambiante respecto de los vínculos parentales, en la que las formas fami-

⁹ Ver en dicho sentido el precedente de la CSJN “P.A. c/ANSeS” 368.XLIV, del 28.6.11 (Fallos: 334:829).

liares adquieren matices muy diferentes de los que existían en la antigüedad, la legislación previsional debe necesariamente acompañar estos cambios respetando los vínculos formales y no formales respecto de quienes en vida han estado al amparo económico del causante y —remitiéndose a un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata¹⁰— recordó que

luego de la reforma constitucional del año 1994, los poderes públicos —entre los que se encuentran los órganos jurisdiccionales administrativos— han de extremar los recaudos para dar cumplimiento a los estándares que en materia de derechos humanos se introdujeron, como es el principio pro homine y el in dubio pro justitia socialis, que imponen al operador jurídico desechar aquellas pautas de interpretación contrarias a los principios mencionados. ... todo el orden socioeconómico, desde la Constitución y los instrumentos internacionales, hacia abajo, se enraíza en lo que es la pauta axial del derecho constitucional contemporáneo: los derechos humanos. Sabido es que la persona humana y sus derechos invisten centralidad, y que toda interpretación del sistema jurídico que la involucra ha de girar en su protección y defensa.

En suma, el Tribunal, tras considerar que se encontraba acreditado la incapacidad del señor G. L. S. y que se encontraba a cargo de su abuelo, confirmó la sentencia apelada, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 bis de la Constitución en cuanto prevé la protección integral de la familia, y los compromisos asumidos por el Estado argentino, ante la comunidad internacional con la firma de los tratados internacionales de derechos humanos.

Conceptos de tratados de derechos humanos aplicados

El fallo hace hincapié en el fin protectorio del derecho de la seguridad social, y su carácter de “integral e irrenunciable” que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional le asigna y en que se debe dar cumplimiento con los estándares fijados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

¹⁰ “R., L.A. (en representación de menor bajo su guarda) y otro c/ ANSES” Expte. 21366/16 sentencia del 15/3/2021.

En tal sentido, cabe destacar que los pronunciamientos a los que remite la sentencia en análisis resaltan no sólo el cometido propio de la seguridad social referido, sino también el hecho de que ese mandato constitucional se ha visto reforzado por los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, que a partir de 1994 tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, artículo 75.22, segundo párrafo). Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos previó el derecho de “toda persona” a los seguros en cualquier caso en que sufriera la pérdida de sus medios de “subsistencia” por causas independientes de su voluntad (artículo 25), al tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (artículo 9).

Asimismo, surge del fallo de la CFAMDP que se cita, que los magistrados que dictaron sentencia en dicha causa remitieron a su vez a un viejo axioma fijado por el Tribunal Cívico de Argentina que establece que

La justicia social, que es la justicia en su más alta expresión, consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el “bienestar” [, esto es,] “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad (Fallos: 330:2800, 327:3753).

Basta entonces con repasar los pactos y convenios citados a lo largo de este trabajo para darse cuenta de que están imbuidos del mismo espíritu. El Tribunal toma los conceptos y principios convencionales para dar fundamento a su doctrina, dado que son ley suprema de la nación.

Por otra parte, si bien el pronunciamiento comentado no hace referencia expresa al principio de progresividad y prohibición de regresividad, lo cierto es que éste es tenido en cuenta y es la directriz de la solución buscada, toda vez que la norma tachada de inconstitucional por el requirente, al excluir al nieto incapacitado y a cargo del abuelo como beneficiario del derecho a pensión, se aparta

de precedentes legales y —en el caso concreto— pone de manifiesto que la reforma devino en un resultado disvalioso a la luz de la legislación y los principios de la seguridad social, afectando además del ya citado derecho a la protección integral de la familia, integralidad de cobertura, el de progresividad de los derechos.

El artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica de un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos. Así se pronunció la CSJN en el precedente Medina Orlando Ruben (Fallos: 331:250), en el que declaró la inconstitucionalidad del artículo 18.2 de la ley 24.557 en su versión original, en un caso sustancialmente análogo al del señor G. L. S., al excluir a los progenitores como legitimados ante el supuesto de muerte de su hijo soltero.

8. Conclusiones

Todo lo hasta aquí reseñado respecto del reconocimiento del derecho a la seguridad social como derecho humano fundamental en los diversos tratados internacionales y los compromisos asumidos por los Estados parte señala, en primer lugar, el papel que asume el Estado como principal garante de los derechos reconocidos a las personas en su jurisdicción. Cada derecho implica también el deber del Estado de protegerlo. Y que las personas son las directas beneficiarias del derecho internacional y por lo tanto se encuentran autorizadas para demandar ante las autoridades —haciendo uso del derecho constitucional a peticionar— cuando los gobiernos violen las obligaciones asumidas en los tratados internacionales. Ello así, dado que habiendo el Estado nacional firmado y ratificado tratados internacionales que protegen derechos esenciales del ser humano, asumió un compromiso que dista mucho de ser meramente moral ante la comunidad internacional.

En segundo término, teniendo presente que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales se manifiesta a través de la aplicación de políticas

económicas y sociales que impiden una distribución relativamente justa de la renta y que no garantizan a las categorías sociales más desvalidas un nivel de vida decente (Eide, 1984), y que la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación a los compromisos asumidos —entre ellos a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención—, es menester que el derecho a la seguridad social sea visto y reforzado como un derecho humano irrenunciable, y que el Estado debe velar por su cobertura y cumplimiento para que su goce y reconocimiento sean efectivos y no ilusorios.

Nada de lo hasta aquí comentado es nuevo, pero merece ser recordado ante los embates que están teniendo la materia y los derechos sociales en general, y cuando —conforme estadísticas de ONU—, covid-19 mediante, más de la mitad de la población mundial no tiene ningún acceso a la protección social,¹¹ la afirmación de que “la pobreza excluye” lamentablemente se encuentra más vigente que nunca.

Para finalizar, quiero recordar las palabras del doctor Chirinos (2011) en cuanto sostuvo que

La Seguridad Social no es un hecho o acontecimiento o accionar económico. Desde la Seguridad Social es donde más se visualiza el carácter instrumental de la economía, puesto que es el canal más idóneo en los tiempos modernos en que vivimos, en donde por doquier se habla de “comunidad”, “integración”, “solidaridad”, “sistema democrático”, para distribuir la riqueza entre los ciudadanos, para lograr así el bienestar al gozar de prestaciones “suficientes” y “oportunas” en el momento de más necesidad y porque se participa efectivamente del bien común alcanzando con todo ello la paz social.

¹¹ Las medidas que la agencia de la ONU considera como protección social incluyen el acceso a la atención médica y a la percepción de ingresos en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, accidente laboral, maternidad o pérdida del principal generador de ingresos de la familia, así como para las familias con hijos. <https://news.un.org/es/story/2021/09/1496192>.

Fuentes

Abramovich, V. y Courtis, C. (1997), “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, M. y Courtis, C., *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Del Puerto/CELS, pp. 283-350.

Albanese, Susana (1992), *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, La Rocca, Buenos Aires.

Asbjorn, Eide (1987), “Report on the right to adequate food as a human right”, Special Rapporteur-ONU Economic and Social Council.

Barcesat, Eduardo S. (2003), *La plena judiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*.

Chirinos, Bernabé L. (2011), *Manual de derecho de la seguridad social*, Buenos Aires, La Ley.

Eide, Asbjorn (1984), “El derecho a oponerse a las violaciones de los derechos humanos: fundamentos, condiciones y límites. Análisis en perspectiva”, en *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos*, Serbal Unesco.

Fernando H. Payá y Martín Yáñez. María Teresa (2015), *Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, T. I, 5.^a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Gargarella, Roberto (s. f.), “Derechos de cartón”, paper, disponible en www.bonk.com.ar/tp/archive/660/cartoneros.

OIT (1984), “Introducción a la Seguridad Social”, trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto internacional de DESC, UN GAOR, 43º periodo de sesiones, Anexo, E/CN. 4/1987/17.

Rossi, Patricia A. (2007), “Reflexiones sobre los límites de la revisión judicial a propósito del fallo ‘Badaro’”, *Lexis Nexis*, núm. 11.

Rossi, Patricia A. (2008), “La incidencia en materia previsional de los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, núm. 18.

Saba, Roberto (2007), “Desigualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis.

Zuretti, M. y Pirolo, M. A. (1981) ,“Fundamentos de la seguridad social”, LL 1981-A.

