

# El derecho a la seguridad social: ¿Puede ser llevado a los tribunales?

El derecho a la seguridad social ha logrado introducirse en tribunales y órganos internacionales y regionales habilitados a recibir peticiones o denuncias – en su mayoría habilitados a considerar presuntas violaciones de derechos catalogados a priori como derechos civiles y políticos. Esto fue posible cuando se demostró la interconexión entre el derecho a la seguridad social y otros derechos y principios. Si bien este tipo de protección indirecta ha sido muy importante, aún hay aspectos de la seguridad social que resultan mal captados o excluidos. El desarrollo de mecanismos de justiciabilidad directa podría revertir esta situación.

Christian Courtis<sup>1</sup>  
Comisión Internacional de Juristas

## 1. Introducción

El derecho a la seguridad social<sup>2</sup> está incluido en el catálogo de derechos humanos desde la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su Artículo 22<sup>3</sup>. De igual modo, está consagrado en un número importante de tratados de derechos humanos, tanto universales como regionales, y en instrumentos adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>4</sup>.

Nada de lo que diga aquí pretende negar la posibilidad conceptual de concebir el derecho a la seguridad social como derecho justiciable<sup>5</sup>. Las experiencias nacionales demuestran que el derecho a la seguridad social – o bien los derechos derivados de regímenes de seguridad social – junto con los derechos laborales, constituyen áreas en las que la experiencia de litigio a nivel local está firmemente establecida tanto en países desarrollados como en países en desarrollo. Sin embargo, las perspectivas

de justiciabilidad directa de este derecho en el plano internacional han sido limitadas – en especial por la persistencia de restricciones varias en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en ese ámbito. De todos modos, el derecho a la seguridad social no ha sido ajeno a la tarea de adjudicación judicial o cuasi-judicial de tribunales y órganos internacionales – universales y regionales – de derechos humanos habilitados para recibir comunicaciones, peticiones o denuncias.

No obstante, este artículo se propone ilustrar distintas maneras por las que diversos aspectos del derecho a la seguridad social por vía de su interconexión con otros derechos han sido tratados por tribunales y órganos – en su mayoría habilitados para considerar presuntas violaciones de derechos catalogados *a priori* como derechos civiles y políticos.

A continuación se ilustran tres modos principales de protección indirecta de aspectos relacionados con el derecho a la seguridad social – sin pretensión

alguna de exhaustividad: a) la consideración de aspectos de la seguridad social como un componente de los intereses protegidos bajo el derecho de propiedad; b) la consideración de aspectos procedimentales, relativos a las garantías procesales y a la tutela judicial efectiva del derecho a la seguridad social; y c) la consideración de la prohibición de discriminación y del principio de igualdad, en su aplicación al derecho a la seguridad social.

## 2. La protección del derecho a la seguridad social a través del derecho de propiedad

Una de las formas de protección indirecta del derecho a la seguridad social ha consistido en la inclusión, dentro de los intereses protegidos por el derecho de propiedad, de derechos y expectativas vinculados con beneficios de la seguridad social. Veamos cómo se ha dado esta protección en dos sistemas regionales de derechos humanos, el europeo y el interamericano.

## LOS MECANISMOS DE PETICIONES EN LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES Y REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

- En el plano internacional, pese a que aún no existe un mecanismo de comunicaciones o peticiones que permita presentar quejas por violaciones a los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Art. 24 de la Constitución de la OIT habilita a sindicatos y a organizaciones de empleadores a presentar “reclamaciones” en casos de incumplimiento insatisfactorio por parte de un Estado de un convenio del que sea parte. Esto incluye aquellos convenios relativos a la seguridad social – como los Convenios 102, 121, 128, 130, 168, 103 revisado, 118 y 157, entre otros.
- En el ámbito europeo, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que establece un Sistema de Quejas Colectivas permite a actores cualificados presentar denuncias en las que se alegue la aplicación insatisfactoria de las obligaciones surgidas de la Carta Social Europea de 1961 o de su versión revisada de 1996 por un Estado parte.
- En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es posible presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones individuales que aleguen la violación del derecho a la seguridad social, consagrado por el Artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Existen, además, argumentos para fundar la posibilidad de llevar planteos relativos a la violación directa del derecho a la seguridad social ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque la experiencia en la materia ha sido, hasta ahora, decepcionante.

1 Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y profesor invitado del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). La versión completa de este artículo está disponible en: <[www.socialwatch.org/es/informesTematicos/111.html](http://www.socialwatch.org/es/informesTematicos/111.html)>

2 La referencia al “derecho a la seguridad social” en este artículo incluye tanto la seguridad social de carácter contributivo, como la de carácter no contributivo o de asistencia o ayuda social; se omite la diferenciación dado que la jurisprudencia señala su irrelevancia a la luz de la protección ofrecida por vía de los derechos incluidos en instrumentos de derechos civiles y políticos.

3 Ver, por ejemplo, Andreassen, B.A. (1999). “Article 22”, en Alfredsson, G. y Eide, A. (comps.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, p. 453-488.

4 Sobre el punto, remito a Courtis, C. (2003). “El derecho a la seguridad social en el derecho internacional”, en Abramovich, V., Añón, M.J. y Courtis, C. (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, p. 257-270; Scheinin, M. (2001). “The right to social security”, en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 2a. ed., p. 213-220.

5 Nuestra posición general al respecto puede consultarse en Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2a. ed.

## 2.1. Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, esta forma de protección ha tenido lugar por aplicación del Art. 1 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La cuestión central es el alcance que se da al término “bienes” o “posesiones” del texto del Art. 1 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una consideración estrecha del término podría limitar el alcance de la cláusula – por ejemplo, a bienes entendidos sólo en el sentido de bienes físicos, o de bienes ya incorporados al patrimonio de una persona. Por el contrario, una consideración más amplia de los intereses que pueden ser comprendidos por los términos “bien” o “posesión” permitiría incorporar a una noción laxa de “propiedad” la expectativa de recibir una pensión u otra forma de transferencia de dinero, cumplidas ciertas condiciones, y la de su mantenimiento, actualización o nivelación, entre otras posibilidades.

La antigua Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos se han inclinado claramente por esta segunda posibilidad, y han considerado en numerosos casos que los beneficios de la seguridad social – incluyendo los “contributivos” y los “no contributivos” – constituyen un “bien” o “posesión” en el sentido del Art. 1 citado anteriormente y que, en esa calidad, merecen protección contra los actos estatales que afecten su disfrute pacífico.

Así, por ejemplo, desde 1971 la ahora extinta Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que “si bien el derecho a una pensión no está incluido en esos términos en el Convenio [Europeo de Derechos Humanos], la realización de contribuciones obligatorias a un fondo de pensiones puede, en ciertas circunstancias, crear un derecho de propiedad sobre una parte de ese fondo, y ese derecho puede ser afectado por la manera en que tal fondo es distribuido”<sup>6</sup>. La Corte Europea de Derechos Humanos ha confirmado esta línea de interpretación en numerosos casos. La Corte ha sostenido también que los derechos que emanan del pago de contribuciones a sistemas de seguridad social son derechos pecuniarios para los efectos del Art. 1 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo<sup>7</sup>. Por ejemplo, en el caso *Willis v. Reino Unido*, la Corte Europea consideró que el derecho a recibir una compensación por viudez y un subsidio maternal por viudez a partir de un régimen contributivo constituía un derecho pecuniario en el sentido del Art. 1 del Protocolo No. 1 del Convenio

Europeo<sup>8</sup>. La Corte ha repetido ese criterio en muchos otros casos<sup>9</sup>.

Una vez establecida la protección de derechos relacionados con beneficios de la seguridad social por vía del derecho de propiedad, es necesario repasar los criterios empleados por los órganos del Sistema Europeo para determinar la existencia o inexistencia de una violación a ese derecho en materia de pensiones y de otros beneficios relacionados con la seguridad social.

Cabe recordar que en materia de política económica y social, la Corte Europea ha desarrollado la noción de “margen de apreciación”, que supone una cierta deferencia del tribunal a la hora de evaluar las decisiones del Estado en cuestiones de política pública – tanto en lo que hace a sus fines, como a los medios elegidos para cumplirlos. En materia de seguridad social, y dada la necesidad de gestión de sistemas complejos, esta noción se ha reflejado en la opinión de la Comisión, recogida por la Corte Europea, de que el reconocimiento de la posible extensión de la protección del derecho de propiedad a los beneficios de la seguridad social no significa la garantía del derecho a un monto determinado. Tampoco significaría el derecho al establecimiento de un tipo específico de beneficios, siendo amplio el margen de discrecionalidad del Estado para crear y diseñar esquemas de seguridad social y sus modos de financiamiento. Y aún cuando existan objetivos de política pública que sea necesario priorizar, el Estado cuenta con cierto margen para elegir los medios y el lapso temporal en el que se espera cumplirlos. Por último, para establecer la existencia de un derecho pecuniario, la Corte requiere que la persona que alega la violación satisfaga las condiciones impuestas por el derecho nacional para obtener el beneficio reclamado.

Dicho esto, sin embargo, es necesario subrayar que el margen de apreciación del Estado no es ilimitado, y que, en varios casos, la Corte Europea decidió que las medidas adoptadas por el Estado en cuestión constituyeron una injerencia injustificada en el disfrute del derecho de propiedad del peticionario. Veamos entonces qué criterios han empleado los órganos del sistema europeo para determinar la infracción del deber de respeto del derecho de propiedad en materia previsional.

## Reducción que afecte de la sustancia del derecho

En su Informe final del caso *Müller v. Austria*<sup>10</sup>, la Comisión Europea sostuvo que “puede considerarse que una reducción sustancial del monto de una pensión constituye una afectación de la sustancia misma del derecho a recibir una pensión de vejez.” Cabe preguntarse, entonces, cuándo se produciría una reducción capaz de afectar la sustancia misma del derecho. Aunque la jurisprudencia europea no ofrece fórmulas matemáticas, al menos sugiere algunas pautas útiles para calificar la gravedad de la afectación. En este caso, la Comisión Europea decidió que la reducción de aproximadamente 3% de la pensión – que era la diferencia reclamada por el peticionario en el caso – no constituye una afectación de la sustancia del derecho. En el extremo opuesto, la Corte Europea decidió, en el caso *Kjartan Asmundsson v. Islandia*, que la supresión completa de un beneficio previsional por incapacidad laboral equivale a una injerencia injustificada en el derecho de propiedad de la víctima<sup>11</sup>. Y en el caso *Wessels-Bergervoet v. Países Bajos*, aunque no relacionado directamente con la reducción del monto de un beneficio previsional, la Corte ofrece una pauta que, por analogía, puede ser significativa para determinar la afectación de la sustancia del derecho. En el caso, la Corte consideró que una diferencia de 38% entre la pensión recibida por la peticionante mujer y la que hubiera recibido, en las mismas condiciones, en caso de ser varón, constituye una diferencia de trato injustificada y discriminatoria<sup>12</sup>. Podría argumentarse que ese porcentaje ofrece al menos una pauta de lo que significa una diferencia intolerable en materia previsional.

## Discriminación y violaciones al principio de igualdad

En una serie de casos, la Corte Europea ha analizado alegaciones de discriminación o de afectaciones al principio de igualdad en relación con la protección derivada del derecho de propiedad aplicada a derechos previsionales. Me referiré a estos casos en el apartado 4, dedicado exclusivamente a planteos sobre discriminación y violaciones al principio de igualdad en la materia.

## Violación de la cosa juzgada e incumplimiento de sentencias

Otro de los criterios empleados para determinar la afectación injustificada del derecho de propiedad es la falta de respeto, por parte del Estado, de sentencias judiciales firmes que fijan el monto de esos beneficios.

6 Ver Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *X v. Países Bajos*, Comunicación No. 4130/69, decisión del 20 de julio de 1971, Colección 38, p. 9. En el mismo sentido, caso *Sra. X v. Países Bajos*, Comunicación No. 5763/72, decisión sobre admisibilidad del 18 de diciembre de 1973, Colección 45, p. 76.

7 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Gaygusuz v. Austria*, Comunicación No. 17371/90, sentencia del 16 de septiembre de 1996, párr. 39-41. Ver también caso *Skorkiewicz v. Polonia*, Comunicación No. 39860/98, decisión sobre admisibilidad del 1 de junio de 1999, párr. 1; caso *Domalewski v. Polonia*, Comunicación No. 34610/97, decisión sobre admisibilidad del 15 de junio de 1999, párr. 2.

8 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Willis v. Reino Unido*, Comunicación No. 36042/97, sentencia del 11 de junio de 2002, párr. 32-36.

9 Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, casos *Aunola v. Finlandia*, Comunicación No. 30517/96, decisión sobre admisibilidad del 15 de marzo de 2001, párr. 2; *Buchen v. República Checa*, Comunicación No. 36541/97, sentencia del 26 de noviembre de 2002, párr. 46; *Van den Bouwhuisen y Schuring v. Países Bajos*, Comunicación No. 44658/98, decisión sobre admisibilidad del 16 de diciembre de 2003; *Kjartan Asmundsson v. Islandia*, Comunicación No. 60669/00, sentencia del 12 de octubre de 2004, párr. 39; *Pravednaya v. Rusia*, Comunicación No. 69529/01, sentencia del 18 de noviembre de 2004, párr. 38; *Macovei y otros v. Moldova*, Comunicaciones Nos. 19253/03, 17667/03, 31960/03, 19263/03, 17695/03 y 31761/03, sentencia del 25 de abril de 2006, párr. 49; *Pearson v. Reino Unido*, Comunicación No. 8374/03, sentencia del 22 de agosto de 2006, párr. 21.

10 Ver Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *Müller v. Austria*, Comunicación No. 5849/72, informe final del 1 de octubre de 1975, DR 1, párr. 32.

11 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Kjartan Asmundsson v. Islandia*, Comunicación No. 60669/00, sentencia del 12 de octubre de 2004, párr. 45. Ver, en sentido similar, caso *Azinas v. Chipre*, Comunicación No. 56679/00, sentencia del 20 de junio de 2002, párr. 44 y 45, en la que la Corte sostuvo que la privación completa de una pensión contributiva como forma de castigo por la comisión de un delito es una medida desproporcionada y viola el Art. 1 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo.

12 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Wessels-Bergervoet v. Países Bajos*, Comunicación No. 34462/97, sentencia del 4 de junio de 2002, párr. 52.

Así, por ejemplo, en el caso *Pravednaya v. Rusia*, la Corte Europea decidió que la aplicación retroactiva de una norma y la reapertura del caso a efectos de modificar un fallo judicial firme constituyó una interferencia injustificada sobre el derecho de propiedad del peticionario<sup>13</sup>. En otra serie de casos, relativos al cobro de compensaciones por enfermedades y accidentes de trabajo<sup>14</sup>, reajuste de pensiones<sup>15</sup>, y cobro de subsidios por maternidad<sup>16</sup>, la Corte decidió que la falta de cumplimiento por parte del Estado de sentencias que lo obligaban a pagar esos beneficios constituye también una violación al derecho de propiedad.

En suma, todos estos casos, la Corte consideró que la validez y el monto de un beneficio provisional decididos en una sentencia judicial firme forman parte del patrimonio del beneficiario.

## 2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Aunque la experiencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la materia es menor, también existen precedentes en el mismo sentido. En ese sistema, la protección del derecho de propiedad está afincada en el Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Un primer antecedente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resultó un paso en falso, afortunadamente corregido en actuaciones posteriores. En su Informe Final sobre el caso *Marzióni*, la Comisión Interamericana adoptó una noción sumamente estrecha de propiedad, rechazando la posible inclusión en ese concepto de una indemnización por accidente de trabajo<sup>17</sup> – incluida, dicho sea de paso, entre las “ramas” de la seguridad social previstas por el Convenio No. 102 de la OIT<sup>18</sup>.

Sin embargo, la Comisión revisó su posición al respecto en el caso de los *Cinco Pensionistas v. Perú*, que fue finalmente sometido a la consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso involucraba la modificación de los montos de pensiones establecidas por ley, y el incumplimiento del Estado peruano de sentencias judiciales que declaraban ilícita la reducción de las pensiones de los peticionarios, y determinaban el monto de las pensiones a pagar. La Corte Interamericana consideró que, una vez cumplidas las condiciones establecidas en la ley, la pensión era un derecho adquirido por las

13 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Pravednaya v. Rusia*, Comunicación No. 69529/01, sentencia del 18 de noviembre de 2004, párr. 39-41.

14 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Burdov v. Rusia*, Comunicación No. 59498/00, sentencia del 7 de mayo de 2002, párr. 40-41.

15 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Makarova y otros v. Rusia*, Comunicación No. 7023/03, sentencia del 24 de febrero de 2005, párr. 31-33; caso *Plotnikov v. Rusia*, Comunicación No. 43883/02, sentencia del 24 de febrero de 2005, párr. 27-29.

16 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Poznakhirina v. Rusia*, Comunicación No. 25964/02, sentencia del 24 de febrero de 2005, párr. 27-29.

17 Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Marzióni v. Argentina*, Caso 11.673, Informe 39/96, 11 de octubre de 1996, especialmente párr. 29.

18 Ver Convenio No. 102 de la OIT, parte VI, Arts. 31-38.

## LAS GARANTÍAS JUDICIALES DEL PROCESO SEGÚN LOS INSTRUMENTOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

### • Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

#### Art. 6: Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

### • Convención Americana sobre Derechos Humanos

#### Art. 25: Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

#### Art. 8: Garantías Judiciales

El texto del Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite evitar las discusiones planteadas ante la Corte Europea de Derechos Humanos acerca del “carácter civil” de la disputa, ya que reconoce explícitamente su aplicabilidad a “la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En este sentido, y ciñéndome únicamente a temas de derechos sociales, la Corte ha aplicado el Art. 8.1 a causas de índole laboral (en los casos *Baena y otros v. Panamá*, *Acevedo Jaramillo v. Perú* y *Trabajadores cesados del Congreso v. Perú*), y a procedimientos de reconocimiento de la personalidad jurídica y de titulación de la propiedad colectiva de la tierra de comunidades indígenas (en los casos *Awás Tingni v. Nicaragua*, *Yakye Axa v. Paraguay* y *Sawhoyamaxa v. Paraguay*).

víctimas, y por ende quedó incorporado en su patrimonio y era objeto de protección a través del derecho de propiedad<sup>19</sup>. En consecuencia, la Corte decidió que la modificación arbitraria del monto de las pensiones (que alcanzó 78% de ese monto) constituía una violación del derecho de propiedad<sup>20</sup>. Además la Corte, en sentido similar al de la jurisprudencia de la Corte Europea, decidió que la negativa del Estado a pagar las pensiones cuyo monto fue determinado por sentencias firmes constituyó una violación al derecho de propiedad consagrado por el Art. 21 de la Convención Americana<sup>21</sup>.

19 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cinco Pensionistas v. Perú*, sentencia del 28 de febrero de 2003, párr. 102 y 103.

20 *Ibid*, párr. 109, 111-112, 116-118 y 121.

21 *Ibid*, párr. 113-115, 117, 118 y 121.

### 3. La protección del derecho a la seguridad social a través del derecho a las garantías judiciales y a un recurso judicial efectivo

Tanto la Corte Europea como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han considerado afectaciones a beneficios de la seguridad social derivados de violaciones al debido proceso y a la obligación de proveer una tutela judicial efectiva ante la violación de derechos fundamentales.

#### 3.1. Sistema Europeo de Derechos Humanos

La Corte Europea tiene una extensa jurisprudencia relativa a la aplicación del Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que incluye una serie de casos referidos a derechos derivados de la seguridad social – incluyendo la asistencia social. Parte de las discusiones iniciales en la materia se han debido a la necesidad de interpretar el alcance del texto del referido Art. 6.1, que habla de “los litigios sobre... derechos y obligaciones de carácter civil.”

Así, en el caso *Feldbrugge*, la Corte discutió la aplicabilidad del Art. 6.1 a una disputa en la que se discutía la continuidad del pago de beneficios por enfermedad laboral derivados de un esquema de seguro de salud de carácter público. La Corte, tomando en consideración una serie de factores – entre ellos, el carácter económico y personal del derecho, su vinculación con el contrato de trabajo, y su analogía con los esquemas de seguro privado – decidió que a efectos del Art. 6.1 podía considerársela una disputa de carácter civil<sup>22</sup>. En el caso *Deumeland*, la peticionante reclamaba el pago de una pensión suplementaria de viudez, dado el fallecimiento de su marido en un accidente de trabajo. A partir de los criterios señalados en el caso anterior, la Corte llegó a la conclusión de que la disputa podía considerarse de carácter civil, y por ende el Art. 6.1 era de aplicación al caso<sup>23</sup>.

En el caso *Salesi*, la Corte debió considerar la aplicabilidad del Art. 6.1 a un procedimiento de determinación de la procedencia de un subsidio mensual por discapacidad. A diferencia de los casos *Feldbrugge* y *Deumeland*, en los que el tipo de beneficio estaba ligado directa o indirectamente a una relación laboral, y a un esquema de carácter contributivo, en este caso el beneficio era financiado enteramente por fondos públicos – de modo que el caso salía de la esfera de la noción estricta de “seguridad social”, para adentrarse en la esfera de la “asistencia o ayuda social”<sup>24</sup>. La Corte indicó que:

Ciertamente, existen diferencias entre las dos [la asistencia social y la seguridad social], pero estas no pueden considerarse fundamentales en el presente estado de desarrollo del derecho de la seguridad social. Esto se justifica de seguirse, en relación con el derecho a recibir beneficios de la asistencia social, la opinión que emerge de las dos sentencias citadas [*Feldbrugge* y *Deumeland*], es decir, que la intervención del Estado no es suficiente para decidir que el Art. 6.1 no es aplicable.

Como en los dos casos citados anteriormente, otras consideraciones militan en favor de la aplicabilidad del Art. 6.1 al presente caso. La más importante consiste en el hecho de que, pese a los rasgos de derecho público señalados por el Gobierno, la Sra. Salesi no fue afectada en sus relaciones con autoridades administrativas que, actuando como tales, ejercieran facultades discrecionales; ella sufrió una interferencia en sus medios de subsistencia, cuando reclamaba un derecho individual, de naturaleza económica, que derivaba de reglas específicas establecidas por una ley que da efecto a la Constitución<sup>25</sup>.

22 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Feldbrugge v. Países Bajos*, Comunicación No. 8562/79, sentencia del 29 de mayo de 1986, párr. 26-40, en especial párr. 36-40.

23 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Deumeland v. Alemania*, Comunicación No. 9384/81, sentencia del 29 de mayo de 1986, párr. 60-74, en especial párr. 71-74.

24 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Salesi v. Italia*, Comunicación No. 13023/87, sentencia del 26 de febrero de 1993, párr. 17-19.

25 *Ibid.*, párr. 19.

La Corte decidió, entonces, que no existían razones para distinguir el caso con lo decidido en *Feldbrugge* y *Deumeland*, y consideró aplicable el Art. 6.1 a la situación bajo examen.

Dados estos y otros antecedentes, en casos posteriores las disputas sobre la aplicabilidad del Art. 6.1 a cuestiones relacionadas con la seguridad social quedaron prácticamente zanjadas. La Corte aplicó el Art. 6.1 al procedimiento de cobro de compensaciones por accidentes y enfermedades laborales<sup>26</sup>, reajuste de pensiones<sup>27</sup>, cobro de subsidios por maternidad<sup>28</sup> y cobro de renta vitalicia de un fondo de retiro<sup>29</sup>.

Resuelta la cuestión de la aplicabilidad del Art. 6.1 a procedimientos relativos a la determinación de beneficios (y contribuciones) de la seguridad social, veamos entonces qué componentes del derecho a un juicio justo y a las garantías del debido proceso aplicó la Corte Europea a las causas que interesan aquí. Esto, sin perjuicio de la aplicabilidad de otros elementos componentes de esa garantía desarrollados en la jurisprudencia del tribunal<sup>30</sup>.

### Igualdad de armas<sup>31</sup> y carácter público y oral del procedimiento

En algunos de los casos mencionados, la disputa versaba sobre el respeto del principio de igualdad de armas, inherente a la noción de debido proceso, en especial durante la etapa administrativa del procedimiento – que constituye una etapa habitual en numerosos sistemas de seguridad social, antes quedar allanada la vía judicial.

En el citado caso *Feldbrugge*, la Corte decidió que el procedimiento para determinar la continuación del pago de beneficios por enfermedad laboral no garantizó a la peticionante el derecho a ser oída, ni a presentar alegatos por escrito, ni a consultar y objeto la prueba que obraba en el expediente<sup>32</sup>. La Corte también consideró que el procedimiento limitaba seriamente el derecho de la peticionante a cuestionar la decisión de la junta médica que decidió su caso<sup>33</sup>. Por ende, la Corte estimó que el Estado había violado el Art. 6.1 del Convenio Europeo.

26 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Burdov v. Rusia*, Comunicación No. 59498/00, sentencia del 7 de mayo de 2002, párr. 34-38.

27 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Pravednaya v. Rusia*, Comunicación No. 69529/01, sentencia del 18 de noviembre de 2004, párr. 24-34; caso *Makarova y otros v. Rusia*, Comunicación No. 7023/03, sentencia del 24 de febrero de 2005, párr. 26-30; caso *Plotnikov v. Rusia*, Comunicación No. 43883/02, 24 de febrero de 2005, párr. 22-26.

28 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Poznakhirina v. Rusia*, Comunicación No. 25964/02, sentencia del 24 de febrero de 2005, párr. 22-26.

29 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Macovei y otros v. Moldova*, Comunicaciones Nos. 19253/03, 17667/03, 31960/03, 19263/03, 17695/03 y 31761/03, sentencia del 25 de abril de 2006, párr. 39-46.

30 Sobre el punto, ver Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 184-192.

31 El principio de igualdad de armas exige a los órganos judiciales que se conceda el mismo trato a las partes que intervienen en el proceso.

32 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Feldbrugge v. Países Bajos*, Comunicación No. 8562/79, sentencia del 29 de mayo de 1986, párr. 44.

33 *Ibid.*, párr. 45-46.

### Plazo razonable

Uno de los componentes de las nociones de juicio justo y de debido proceso invocadas en el contexto de procedimientos relativos a la seguridad social es el derecho del justiciable a obtener una decisión que ponga fin a la disputa en un plazo razonable. Este principio es particularmente importante en materia de seguridad social, dado el carácter alimentario que poseen sus beneficios.

En el caso *Deumeland*, por ejemplo, la Corte decidió que la duración del procedimiento de determinación del beneficio reclamado (diez años, siete meses y tres semanas) era violatoria del principio del plazo razonable consagrado por el Art. 6.1 del Convenio Europeo<sup>34</sup>. La Corte subrayó que los casos sobre seguridad social requieren una “particular diligencia”<sup>35</sup>.

### Respeto de la cosa juzgada y cumplimiento de sentencias

La Corte también ha aplicado a casos relativos a beneficios de la seguridad social la obligación estatal de respeto a la cosa juzgada, y ha decidido en una cantidad apreciable de casos que el Estado ha violado el Art. 6.1 por el incumplimiento de sentencias que lo obligaban a pagar beneficios según el monto fijado judicialmente, o por el desconocimiento de sentencias firmas a través del establecimiento de medios de reabrir y reexaminar causas ya decididas.

En varios casos, la Corte Europea ha subrayado expresamente que la alegación de falta de recursos por parte del Estado no constituye una excusa para incumplir con una deuda establecida judicialmente<sup>36</sup>.

### 3.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A su vez, la Corte Interamericana ha aplicado, en el caso de los *Cinco Pensionistas v. Perú*, el Art. 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al procedimiento de reclamo de reajuste de pensiones de los peticionantes<sup>37</sup>. Aunque los representantes de las víctimas habían invocado también el Art. 8.1 de la Convención Americana (equivalente al Art. 6.1 del Convenio Europeo), la Corte se negó a considerar la cuestión, por falta de prueba suficiente en el expediente. En el caso, la Corte tuvo la oportunidad de considerar el incumplimiento por parte del Estado de sentencias judiciales que obligaban al Estado a pagar las pensiones de acuerdo a lo reclamado por los peticionantes. En sentido similar a su par europea,

34 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Deumeland v. Alemania*, Comunicación No. 9384/81, sentencia del 29 de mayo de 1986, párr. 76-90.

35 *Ibid.*, párr. 90.

36 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Burdov v. Rusia*, Comunicación No. 59498/00, sentencia del 7 de mayo de 2002, párr. 35; caso *Makarova y otros v. Rusia*, Comunicación No. 7023/03, sentencia del 24 de febrero de 2005, párr. 27; caso *Poznakhirina v. Rusia*, Comunicación No. 25964/02, sentencia del 24 de febrero de 2005, párr. 23; caso *Plotnikov v. Rusia*, Comunicación No. 43883/02, 24 de febrero de 2005, párr. 23.

37 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los *Cinco Pensionistas v. Perú*, sentencia del 28 de febrero de 2003, párr. 127-141.

aunque sobre la base de una calificación jurídica distinta, la Corte Interamericana decidió que el incumplimiento del Estado peruano de las sentencias judiciales que ordenaban pagar las pensiones de acuerdo a las pretensiones de los reclamantes, durante un período de ocho años, constituyó una violación al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>38</sup>.

#### 4. La protección del derecho a la seguridad social a través del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación

Una tercera vía de protección del derecho a la seguridad social a través de instrumentos de derechos humanos que permiten la presentación de comunicaciones o peticiones consiste en la articulación de planteos basados sobre la violación del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. La estrategia está dirigida, en estos casos, a denunciar la existencia de distinciones injustificadas o discriminatorias relacionadas con la seguridad social – por ejemplo, en términos de condiciones para acceder a un determinado beneficio, o de monto de los beneficios. Cabe señalar que esta estrategia ha tenido acogida también en tribunales nacionales de distintas jurisdicciones del mundo<sup>39</sup>.

En algunos instrumentos internacionales de derechos humanos – como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>40</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>41</sup> – las cláusulas que consagran el derecho a la igual protección de la ley y la prohibición de discriminación son de carácter general, y por ende también son aplicables a derechos y otras normas no contenidas en la lista de derechos consagrados por el propio instrumento. De modo que esas disposiciones son directamente invocables en caso de afectaciones al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación por la legislación provisional, o por la práctica de los órganos encargados de aplicarla.

Otros instrumentos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, limitan la aplicación de la disposición que consagra el principio de igualdad y la prohibición de discriminación a los derechos establecidos en el propio instrumento<sup>42</sup> – de modo que,

en estos casos, para efectuar planteos vinculados con la seguridad social es necesario relacionar esta cláusula con la presunta afectación de un derecho protegido por el Convenio Europeo o por sus Protocolos Adicionales.

Veamos cómo se ha vinculado el principio de igualdad y no discriminación en relación a la seguridad social en los distintos sistemas de protección de los derechos humanos.

##### 4.1. Sistema Universal de Derechos Humanos

En el marco del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos – órgano de supervisión del cumplimiento del PIDCP – ha tenido en varios casos la oportunidad de considerar alegaciones sobre la violación del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación.

En dos casos ya clásicos de su jurisprudencia, *Zwaan de Vries v. Países Bajos*<sup>43</sup> y *Broeks v. Países Bajos*<sup>44</sup>, el Comité decidió que la legislación holandesa sobre compensaciones por desempleo discriminaba a las mujeres casadas, dado que les imponía condiciones para su otorgamiento no requeridas para el caso de los hombres casados en la misma situación. El Comité sostuvo que el tratamiento diferente sobre la base del género constituía una violación del Art. 26 del PIDCP.

En un caso reciente, el Comité decidió nuevamente en ese sentido, esta vez en relación con diferencias establecidas en la legislación colombiana relativas a la sustitución o derivación de una pensión. El Comité consideró que la distinción efectuada sobre la base de la orientación sexual del peticionario – pareja del derechohabiente fallecido – era discriminatoria, ya que la ley protegía a la concubina o concubino de distinto sexo, pero no a las parejas del mismo sexo<sup>45</sup>.

##### 4.2. Sistema Europeo de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos ha analizado una serie de casos de alegaciones de discriminación, o de afectaciones al principio de igualdad, en relación con la protección derivada del derecho de propiedad aplicada a derechos previsionales. La Corte ha señalado que la protección de la propiedad establecida en el Art. 1 del Protocolo Adicional No. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no significa un derecho a adquirir propiedad, ni establece ninguna restricción a la libertad del Estado de decidir si quiere establecer algún tipo de esquema de seguridad social, ni de elegir el tipo y el monto de los beneficios de tal esquema. Sin embargo, si el Estado decide crear un sistema que establece beneficios o pensiones, debe hacerlo de manera compatible con el Artículo 14 del Convenio Europeo – es decir,

respetando el principio de igualdad y la prohibición de discriminación<sup>46</sup>.

En el caso *Stec y otros v. Reino Unido*, los peticionantes alegaban que el establecimiento de la edad de jubilación como límite al pago de una compensación por accidente de trabajo era discriminatoria, ya que Inglaterra mantiene edades de jubilación distinta para varones y mujeres (65 años para varones, 60 para mujeres)<sup>47</sup>. La Corte analizó separadamente las dos cuestiones: en primer lugar, consideró que vincular el pago de la compensación por accidente de trabajo con el período de actividad laboral, y establecer como límite la edad de jubilación tenía un propósito legítimo y era por ende razonable. A continuación, consideró la diferencia en la edad de jubilación en relación con el género. Sobre este punto, la Corte afirma que la diferencia de edades jubilatorias para varones y mujeres fue originalmente justificada como una medida destinada a corregir las desigualdades de hecho entre varones y mujeres, y por ende podría haber sido considerada razonable. La diferencia de tratamiento debería cesar, sin embargo, cuando las condiciones sociales se hubieran modificado de tal modo que las mujeres no fueran perjudicadas por la mayor brevedad de su vida laboral.

Sin embargo, la Corte señala que este cambio social ha sido gradual, y que no puede determinarse un momento exacto en el tiempo en el que la medida diferencial se haya vuelto desproporcionada. La Corte señala que el Estado ha adoptado medidas para corregir la diferencia de tratamiento, estableciendo un esquema de acercamiento gradual y por etapas, luego de la realización de una consulta nacional. La Corte concluye que, dada la justificación original de la diferencia de tratamiento y el carácter gradual del cambio de la posición social y económica de la mujer, las medidas y el esquema temporal elegido por el Estado para igualar las edades jubilatorias no eran tan manifiestamente irrazonables como para exceder el amplio margen de apreciación con el que cuenta en estas materias. Por ende, considera que no existió violación al Artículo 14 de la Convención, en relación con el Art. 1 del Protocolo No. 1.

En otros dos casos, la Corte Europea consideró distinciones legales para el otorgamiento de beneficios de la seguridad social fundadas sobre el origen nacional de la víctima (que, cabe recordar, es una de las bases de discriminación prohibidas por el Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

En el caso *Gaygusuz v. Austria*, la Corte tuvo la oportunidad de analizar la compatibilidad con la prohibición de discriminación de la regulación austríaca para el otorgamiento de un beneficio social de emergencia para casos de agotamiento del seguro de desempleo<sup>48</sup>. El peticionario cumplía

38 *Ibid*, en especial párr. 133-138 y 141.

39 Ver, por ejemplo, Corte Constitucional sudafricana, caso *Khosa y otros v. Ministerio de Desarrollo Social y otros*, 2004 (6) SA 505 (CC), 4 de marzo de 2004 (discriminación en el acceso a beneficios de la seguridad social por razón del origen nacional); Tribunal Constitucional español, sentencias 103/83, del 22 de noviembre de 1983 (discriminación de los varones con respecto a las mujeres, en materia de pensiones de viudez) y 116/87 del 9 de Julio de 1987 (distinción injustificada entre categorías de trabajadores para efectos previsionales); Corte Constitucional italiana, sentencia No. 184 de 1983 (distinción injustificada entre beneficiarios de pensiones de invalidez con respecto a los beneficiarios de pensiones de vejez, en relación a exenciones de gastos de salud).

40 Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 26.

41 Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 24.

42 Ver Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Art. 14. Cabe puntualizar que el Protocolo No. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos extiende la aplicación de la prohibición de discriminación a todo derecho establecido por la ley (cfr. Art. 1, Protocolo No. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, ese Protocolo ha recibido aún pocas ratificaciones (15, en agosto de 2007).

43 Ver Comité de Derechos Humanos, caso *Zwaan de Vries v. Países Bajos*, Comunicación No. 182/1984, dictamen del 9 de abril de 1987.

44 Ver Comité de Derechos Humanos, caso *Broeks v. Países Bajos*, Comunicación No. 172/1984, dictamen del 9 de abril de 1987.

45 Ver Comité de Derechos Humanos, caso *X v. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005, dictamen del 14 de mayo de 2007.

46 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Stec y otros v. Reino Unido*, Comunicaciones Nos. 65731/01 y 65900/01, decisión sobre admisibilidad del 6 de julio de 2005, párr. 54 y 55 y sentencia del 12 de abril de 2006, párr. 53.

47 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Stec y otros v. Reino Unido*, sentencia del 12 de abril de 2006, Comunicaciones Nos. 65731/01 y 65900/01, párr. 54-66.

48 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Gaygusuz v. Austria*, Comunicación No. 17371/90, sentencia del 16 de septiembre de 1996, párr. 33-51.

con todas las condiciones para acceder al beneficio – entre ellas, la de haber hecho aportes al fondo del seguro de desempleo – salvo con la de ser nacional austríaco. La Corte rechazó los argumentos del gobierno, y decidió que la distinción sobre la base de la nacionalidad carecía de justificación objetiva y razonable y que por ende era discriminatoria. En el caso *Koua Poirrez v. Francia*, el peticionante – una persona discapacitada originaria de Côte d'Ivoire – impugnaba la denegación de un subsidio por discapacidad, del cual fue excluido también por razón de su origen nacional. Nuevamente, la Corte decidió que la distinción sobre la base de la nacionalidad carecía de justificación objetiva y razonable y era por ende discriminatoria, violando el Art. 14 del Convenio Europeo en relación con el Art. 1 del Protocolo No. 1<sup>49</sup>.

## 5. Consideraciones finales

A través del recuento jurisprudencial reseñado se ha demostrado que una cantidad no despreciable de aspectos del derecho a la seguridad social ha sido captada por tribunales y órganos internacionales de derechos humanos a través de su interconexión con otros derechos y principios.

Al respecto resulta relevante evaluar el grado de cobertura que ofrecen estas formas de protección indirecta, para determinar qué agregaría la justiciaabilidad directa del derecho a la seguridad social en el ámbito internacional<sup>50</sup>.

En relación con los aspectos del derecho a la seguridad social captados por las formas de protección indirecta ilustradas en este trabajo, debe decirse que éstas incluyen tanto aspectos sustantivos como procedimentales.

Desde el punto de vista sustantivo, la protección a través del derecho de propiedad ha resultado útil para tutelar el interés de acceder a beneficios de la seguridad social ya establecidos normativamente, de asegurar su cobro o percepción, y de mantener su integridad. Este tipo de protección resulta particularmente importante en aquellos Estados en los que el establecimiento de un régimen de seguridad social es amplio y está suficientemente disciplinado desde el punto de vista normativo. En este sentido, aún en el caso de beneficios de carácter no contributivo, el grado de tutela será mayor en la medida en que las condiciones de acceso al beneficio estén claramente establecidas en la ley y, por lo contrario, menor cuando su otorgamiento quede librado en algún grado a la discrecionalidad de las autoridades – hecho que, lamentablemente, sigue siendo la regla en materia de asistencia social en muchos países, incluyendo los de América Latina.

49 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Koua Poirrez v. Francia*, Comunicación No. 40892/98, sentencia del 30 de septiembre de 2003, párr. 46-49.

50 Además de los mecanismos mencionados en el apartado 2, cabe recordar que se está desarrollando en estos momentos una negociación en el ámbito de Naciones Unidas, a efectos de adoptar un Protocolo Facultativo PIDESC. El PIDESC incluye el derecho a la seguridad social en su Art. 9. Para abundar sobre este proceso, pueden consultarse los siguientes sitios web: <[www.ohchr.org/english/issues/escr/intro.htm](http://www.ohchr.org/english/issues/escr/intro.htm)> y <[www.opicescr-coalition.org](http://www.opicescr-coalition.org)>.

En lo que hace a la protección de la integridad de los beneficios, esta no es absoluta, sino relativa, y otorga al Estado un margen de apreciación para efectuar modificaciones en tanto persiga fines legítimos y las medidas adoptadas sean proporcionales. La tutela establece, sin embargo, algunos límites a este margen de apreciación, que son fundamentalmente el respeto por la sustancia del derecho – dicho en otros términos, la razonabilidad de la restricción o limitación – y el respeto de las decisiones judiciales que ponen fin a una disputa.

La protección sustantiva es complementada por el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. El empleo de estos principios permite algún grado de control sobre las normas que establecen beneficios, en especial en aquellos casos en los que el Estado haya efectuado distinciones fundadas sobre las denominadas “categorías sospechosas” – como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica y nacimiento, por citar las establecidas expresamente en el Art. 2.1 del PIDCP, en el Art. 3 del PIDESC, y en el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque cabe aclarar que la lista no es exhaustiva<sup>51</sup>.

La protección por vía del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación puede tener algún “efecto aditivo”, es decir, extender un beneficio existente a una categoría de beneficiarios originariamente excluidos de él. Pero es necesario subrayar que para que este tipo de protección pueda ponerse en funcionamiento, es necesario que el beneficio ya exista en alguna medida. Aunque podría imaginarse una interpretación más vigorosa de la prohibición de discriminación – que exija, por ejemplo, la creación de beneficios como medida de acción afirmativa necesaria para prevenir o erradicar la discriminación – la jurisprudencia comentada aún no ha avanzado en esa dirección.

En cuanto a la protección procedimental – que, como hemos visto, abarca distintos aspectos de las garantías del debido proceso y del derecho a la tutela judicial efectiva – es oportuno señalar que también presupone la existencia de beneficios establecidos normativamente o de procedimientos orientados a su creación, que constituyan el objeto de la disputa.

Cabe delimitar, por contraste, aquellos aspectos del derecho a la seguridad social que resultan mal captados o excluidos de estos tipos de protección indirecta, y que se verían mecanizados por el establecimiento y desarrollo de mecanismos de justiciaabilidad directa de ese derecho.

Sintéticamente, podría decirse que la justiciaabilidad directa del derecho a la seguridad social en el ámbito internacional podría ofrecer algunos criterios sustantivos suplementarios, a partir de los cuales considerar la acción y, en especial, las omisiones del Estado en el establecimiento de beneficios de la seguridad social. En este sentido, una *clara determinación de las contingencias que deberían ser cubiertas* ofrecería un

51 La enumeración del Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es similar: “razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento”, además de la fórmula residual “o cualquier otra situación”.

parámetro importante para detectar incumplimientos y lagunas en la materia.

Un segundo aspecto que cabría considerar es el *establecimiento de parámetros de adecuación o suficiencia de los beneficios* – noción que se refleja en parte en las ideas de “contenido mínimo”, “contenido esencial”, “mínimo vital o existencial” o “nivel esencial de las obligaciones”<sup>52</sup>. El desafío de esta noción es la de ligar la acción positiva del Estado en la materia con parámetros mensurables, en relación – como mínimo – con el costo de la vida o de la satisfacción de necesidades básicas o alimentarias.

Un tercer aspecto que podría agregar la justiciaabilidad directa del derecho a la seguridad social estaría destinado a reforzar la protección ofrecida por el derecho de propiedad, específicamente en el ámbito social. Se trata de la denominada *prohibición de regresividad* o prohibición de retroceso en materia de derechos sociales<sup>53</sup>. De acuerdo con este principio, derivado de la obligación de desarrollo progresivo de los derechos sociales<sup>54</sup>, el Estado no puede empeorar el contenido ya reconocido de esos derechos. Si bien la prohibición no es absoluta, ella invierte la carga de justificación – poniéndola en cabeza del Estado – y agrava el estándar de justificación de las medidas deliberadamente regresivas. La prohibición de regresividad estrecharía el margen a disposición del Estado para justificar, por ejemplo, restricciones a la propiedad cuando se trate de restricciones o limitaciones a derechos sociales ya existentes.

Dicho esto, y con el fin de no generar expectativas infundadas, es necesario recordar también que las obligaciones sustantivas del Estado en materia de seguridad social están mediadas por la noción de “margen de apreciación” del Estado en el campo de la política económica y social, de modo que la protección suplementaria sugerida – en especial tratándose de protección en el ámbito internacional – funcionará en mayor medida cuando más grave y notoria sea la violación. ■

52 Sobre esta noción, puede verse, en general, Eide, A. (1989). “Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo”, en Revista de la Comisión Internacional de Juristas, No. 43, p. 46-60; Chapman, A. y Russell, S. (2002). “Introduction”, en Chapman, A. y Russell, S. (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*. Amsterdams: Intersentia, p. 1-19. En particular, sobre su aplicación al derecho a la seguridad social, ver Lamarque, L. (2002). “The Right to Social Security in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en Chapman y Russell (eds.), *ibid.*, p. 87-114.

53 Para ampliar sobre la prohibición de regresividad, ver los trabajos recopilados en Courtis, C. (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto/CEADAL-CELS.

54 Consagrada, entre otros instrumentos, en el Art. 2.1 del PIDESC, en el Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Art. 1 del Protocolo de San Salvador.