



**Ariel Nicolliello** 

## El Derecho Humano a la Seguridad Social

*The human right to social security* *O direito humano à segurança social* 

 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de la República. Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4901-8327>.

 [Ariel.Nicolliello@gmail.com](mailto:Ariel.Nicolliello@gmail.com)

**Resumen:** *Como derecho humano fundamental, el derecho a la seguridad social debe ser reconocido, protegido y promovido, y existe un contenido mínimo exigible por cualquier persona. Se exploran algunas de las consecuencias jurídicas de esa calidad, en particular las aplicaciones del principio de igualdad y la imprescriptibilidad del derecho.*

**Palabras clave:** *derechos humanos fundamentales, derecho a la seguridad social, exigibilidad de los derechos sociales, principio de igualdad, imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social*

**Abstract:** *As a fundamental human right, the right to social security must be recognized, protected and promoted, and every person is entitled to a minimum content of this right. Some of the legal consequences of this quality are explored, in particular the application of the principle of equality and the imprescriptibility of that right.*

**Keywords:** *fundamental human rights, right to social security, enforceability of social rights, principle of equality, imprescriptibility of the right to social security*

**Resumo:** *Como direito humano fundamental, o direito à segurança social deve ser reconhecido, protegido e promovido, e existe um conteúdo mínimo exigido por qualquer pessoa. Exploram-se algumas das consequências legais desta qualidade, nomeadamente a aplicação do princípio da igualdade e a imprescritibilidade do direito.*

**Palavras-chave:** *direitos humanos fundamentais, direito à segurança social, aplicabilidade dos direitos sociais, princípio da igualdade, imprecritibilidade do direito à segurança social*

*Recibido:30/06/2021*

*Aceptado:26/07/2021*

## I. El derecho a la seguridad social ¿es un verdadero derecho subjetivo?

### 1. Reconocimiento del derecho humano a la seguridad social

El derecho a la seguridad social se encuentra ampliamente reconocido como derecho humano en las constituciones y en las normas internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 22; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 9; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9; Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 17). En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, el Preámbulo de la Recomendación N° 202 sobre los pisos de protección social (2012) comienza *“reafirmando que el derecho a la seguridad social es un derecho humano”*.

El encuadre de la protección social en el marco teórico universalista de los derechos humanos supone una ruptura significativa con el paradigma bajo el cual se desarrolló el seguro social -el trabajo como vía para la generación de los derechos de seguridad social- (Alfers, Lund, Moussié, 2017, p. 67).

Por otro lado, las prestaciones no contributivas siguen rigiéndose por la antigua tradición asistencialista –están ligadas a la demostración de la carencia de recursos suficientes para cubrir las necesidades vitales- lo que supone la definición de una “población objetivo” de la protección social, y por ende, un ámbito subjetivo limitado.

El modelo universalista es el que mejor calza con la concepción de los derechos humanos. Sin embargo, la fuerza inercial de las concepciones contributiva y asistencialista, así como las limitaciones financieras, dificultan el desarrollo de ese modelo, generando un desafío teórico y práctico para la efectividad del derecho humano a la seguridad social que, en algunos casos, conduce al cuestionamiento de su propia naturaleza de derecho en sentido estricto.

## 2. Tesis negativas y positivas

La tesis negativa sostiene que no hay verdaderos derechos subjetivos donde no existe una garantía perfecta que asegure la coerción para tutelarlos. La tradición positivista del siglo XIX, continuada por Hans Kelsen, considera “*la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción*” por lo que “*la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica*” (Kelsen, 1967, p. 71). Cuando el legislador omite establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita “*no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita*” (Kelsen, 1967, p. 74).

Pero la posición conservadora no es la única vertiente del positivismo. Desde otro punto de vista, también se ha afirmado que los derechos sociales sólo serán auténticos derechos cuando estén acompañados de la misma garantía jurisdiccional que otros derechos fundamentales. En tal sentido, se ha dicho que “*si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho*”. “*Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si -al menos en alguna medida- el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante alguna demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho*” (Abramovich, Courtis, 1997, p. 17).

La crítica del argumento de la falta de garantías suficientes ha sido acometida eficazmente, entre otros, por Luigi Ferrajoli, para quien, si bien es cierto que los derechos sociales no han sido acompañados de “*técnicas de defensa y justiciabilidad parangonables a las aportadas por las garantías liberales o negativas para la tutela de los derechos de libertad*”, esto sólo quiere decir que existe una divergencia entre la norma y la realidad, o una laguna técnica en el ordenamiento, pero no que sea irrelevante, no vinculante o meramente programático su reconocimiento constitucional como derecho (Ferrajoli, 2001, p. 50).

Pero las complejidades no derivan sólo de problemas fácticos (tensión entre el ser y el deber ser) sino que también se presentan el plano de la teoría jurídica. Sostiene Robert Alexy que existen dificultades que derivan de la competencia asignada

por las constituciones al Poder Legislativo para legislar y reglamentar los derechos constitucionales, así como para aprobar los gastos estatales, y la garantía jurisdiccional perfecta del derecho a la seguridad social u otros derechos sociales invadiría esas competencias, de modo que podría considerarse incompatible con el principio de división de poderes. Para resolver este dilema, Alexy recurre una vez más al método de la ponderación: debe considerarse que el derecho fundamental a la prestación estatal debe estar jurisdiccionalmente tutelado cuando las exigencias urgentes del “principio de la libertad fáctica” *no afectan de modo sustantivo* el principio democrático de la división de poderes u otros principios de similar jerarquía, situación que se daría, a juicio de ese autor, en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, como el derecho al ingreso mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica (Alexy, 2008, p. 454).

Por otro lado, se sostiene que la vaguedad e imprecisión, y el margen de discrecionalidad estatal, hacen que no estemos ante un auténtico derecho subjetivo. Dado el carácter prestacional de muchos derechos sociales, incluido el derecho a la seguridad social, su realización requiere la aprobación de normas legislativas, la creación de organismos para su implementación, y la disposición de recursos presupuestales. Se trataría de normas programáticas con mero valor ético-político, porque un derecho en sentido estricto requeriría la definición de la contingencia, el ámbito subjetivo, la disposición de medios financieros y la cuantía de la prestación, entre otros elementos necesario (Venturi, 1954, p. 619). Por esa razón, algunos autores recomiendan incluir al derecho a la seguridad social dentro de la categoría de los “servicios sociales” y no dentro de los derechos.

Sin embargo, la objeción referida a la vaguedad e indeterminación del contenido del derecho a la seguridad social, puede suplirse en gran medida recurriendo a las normas internacionales, la doctrina de los órganos de control de aplicación, los principios generales y la analogía, por lo que el argumento no siempre es de recibo.

Que la efectividad de los derechos depende de la reglamentación, de la creación de instituciones y de la asignación de recursos, no es un atributo propio de los derechos sociales. También los derechos civiles y políticos requieren para su efectividad del dictado de normas, instituciones estatales y la disponibilidad de recursos. El ejercicio de los derechos políticos, por ejemplo, depende en gran medida de la existencia de instituciones independientes que garanticen la transparencia de las elecciones, leyes que las reglamenten, y la aplicación de partidas presupuestales. Aún

en la visión ultraliberal del Estado mínimo es necesario que exista un importante aparato administrativo y judicial cuyas fallas se traducirán en menores garantías, pero nadie sostiene que los derechos dejarán de ser tales en esas circunstancias. Y las tradicionales libertades, para ser plenamente efectivas, requieren que la persona se encuentre socialmente integrada, goce de la satisfacción de sus necesidades básicas, y acceda a la educación y la cultura, por lo que existe una interdependencia entre derechos de primera y segunda generación.

El margen de discrecionalidad estatal, dentro de ciertos límites que garanticen su contenido esencial, es propio de todos los derechos humanos fundamentales, y la única forma de asegurar la división de poderes propia del Estado de derecho. No se trata de que los jueces legislen, sino que aseguren el contenido esencial de los derechos sociales, cuando el legislador actúa fuera de los límites admitidos por el ordenamiento constitucional, o directamente omite actuar. De ahí el equilibrio que debe asegurar el juez: tutelar adecuadamente el derecho fundamental con las garantías apropiadas, pero al mismo tiempo, como afirma Alfonso Ruiz Miguel, “*si se quiere mantener la sustancia de la sociedad democrática, los derechos sociales de prestación (...) no deben abandonar el reino de la política por el del foro*” (Ruiz Miguel, 1994, p. 672).

En definitiva, el derecho a la seguridad social supone obligaciones para los Estados, que restringen su discrecionalidad, y las lagunas, tanto en el contenido mismo del derecho, como en sus garantías, pueden suplirse en muchos casos. De allí deriva su complejidad como derecho humano, y las dificultades para su efectividad, pero en ningún caso puede razonablemente negarse su existencia. En esa línea, resulta clave ahondar sobre las obligaciones que recaen sobre el Estado, y los contenidos mínimos que cabe atribuir al derecho a la seguridad social.

## **II. Obligaciones para los Estados derivadas del derecho humano a la seguridad social**

### **3. Obligación de adoptar medidas inmediatas**

El art. 2 del PIDESC establece que los Estados “*se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto*”.

En la Observación General N° 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) ha expresado que existen obligaciones “de efecto inmediato”: adoptar medidas progresivas hacia la efectividad en un plazo razonable y garantizar que los derechos se ejercerán sin discriminación (art. 2.2 PIDESC). De no adoptar medidas, opera la carga de justificación: deberá explicarse cuáles fueron los motivos por los que no se avanzó. En sus informes, los Estados deberán fundamentar la elección de las medidas aplicadas, y corresponderá al Comité “*determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas*” (Observación General N° 3, punto 4).

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y conforme al art. 22 de su Constitución, los Estados parte deberán presentar una memoria anual sobre las medidas que hayan adoptado para poner en ejecución los convenios. La disposición -que tiene implícita la obligación de adoptar medidas- es particularmente relevante en el caso de los convenios que contengan normas que no sean autoejecutables, y que requieran una reglamentación o acción estatal. Tratándose de una obligación estatal, alcanza a los tres poderes estatales, y por lo tanto, también el Poder Judicial deberá dar cumplimiento, en la mayor medida posible, y dentro de sus competencias, a las obligaciones que emergen del convenio.

#### **4. Obligación de garantizar niveles mínimos esenciales de los derechos**

Ha señalado el Comité de DESC que el PIDESC garantiza niveles mínimos esenciales, de lo contrario no tendría razón de ser (Obligación General N° 3, punto 10). Para que un Estado pueda justificar su incumplimiento de los niveles mínimos basado en la falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para satisfacer prioritariamente esos niveles mínimos.

La labor de la OIT ha sido particularmente importante en la fijación de estándares mínimos, desde mediados del siglo XX. Al respecto se ha dicho que “*a través del establecimiento de estándares el enfoque de principio es definido, los objetivos son fijados, las contingencias son especificadas, los beneficios son colocados en un esquema articulado y las responsabilidades y obligaciones son registradas*” (Martí Bufill, 1969, p. 502).

En referencia a las normas internacionales del trabajo, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha dicho que sientan “*las bases para el derecho humano a la seguridad social, proporcionan contenido para la de-*

*finición de este derecho y elementos para su definición, mediante el establecimiento de principios y normas de protección que deben aplicarse y ponerse en práctica bajo la responsabilidad general del Estado” (OIT. Comisión de Expertos, 2011, párrafos 34, 156, 158, 160), (OIT. Comisión de Expertos, 2019, párrafo 47).*

El Comité de DESC en “Niveles mínimos de protección social: un elemento esencial del derecho a la seguridad social y de los objetivos de desarrollo sostenible”, declara que *“la observación general N° 19 sobre el derecho a la seguridad social y la Recomendación N° 202 de la OIT sobre los pisos de protección social se refuerzan mutuamente”*. Y en esa línea, declara que *“los niveles mínimos de protección social requieren un conjunto de garantías básicas de seguridad social que aseguren el acceso universal a unos servicios esenciales de atención de la salud y una seguridad básica de los ingresos”*. (ONU. Comité de DESC, 2015, párrafo 7)

Como resultado de ese consenso doctrinario entre el Comité de DESC de Naciones Unidas y el Comité de Expertos de OIT, la Recomendación N° 202 define el contenido mínimo del derecho a la seguridad social -sin perjuicio de la vigencia del Convenio N° 102. Señala la Comisión de Expertos de OIT: *“puede considerarse que el establecimiento de pisos de protección social, basados en la orientación proporcionada en la Recomendación núm. 202, es una manera de dar efecto a la ‘obligación mínima’ de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos, incluido el derecho a la seguridad social”* (OIT. Comisión de Expertos, 2019, párrafo 52).

Puede concluirse que, en el estado actual de la normativa internacional, conforme a la interpretación de los órganos de control de aplicación, las prestaciones para el caso de vejez, invalidez, desempleo, enfermedad, maternidad y las asignaciones familiares deberían asegurar a todas las personas que lo necesiten, en condiciones equitativas, un nivel básico de ingresos.

## **5. Obligación de progresividad y no regresividad**

También surge del art. 2.1 del PIDESC el compromiso para los Estados Partes de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.



La progresividad implica un sentido de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación mínima asumida por el Estado es la de no regresividad, la de no empeorar la situación de tales derechos y su efectividad. Dice el Comité de DESC en la Observación General N° 3, en su punto 9, “*cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada 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 dispone*”. (ONU. Comité de DESC, 1990, sección 9)

### III. El principio de igualdad aplicado al derecho a la seguridad social

#### 6. Igualdad y no discriminación

Las normas constitucionales e internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social, suelen otorgar competencia al legislador para reglamentar el derecho. Esas competencias están limitadas por los principios generales de derecho, y en particular, por el principio de igualdad. Como señala Nuria Pumar Beltrán, “*una vez que el desarrollo legal existe, el control más incisivo de las normas de seguridad social se realiza a través del principio de igualdad*”. “*El legislador de acuerdo con este principio no puede crear distinciones irrazonables o artificiosas ante supuestos idénticos ni tampoco puede excluir de la regulación situaciones que no reúnan rasgos diferenciales de suficiente entidad*” (Pumar Beltrán, 2001, p. 40).

En el ámbito internacional, el art. 2.2 del PIDESC establece que los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En la Observación General N° 20, de 2009, el Comité de DESC se ocupa del alcance de la citada disposición del PIDESC. Allí el Comité da su interpretación de la expresión “*cualquier otra condición social*” como motivo prohibido de discriminación: incluye “*otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva*”, comprendiendo de ese modo cualquier violación del principio de igualdad.

## 7. La discriminación por razón de género: casos jurisprudenciales

En materia de seguridad social, ha sido objeto de particular análisis la discriminación -directa o indirecta- por razón de género. Especialmente en los sistemas contributivos, donde los derechos de seguridad social están vinculados a la situación laboral, quienes se encuentran en posición menos favorable en el mundo del trabajo, como suele ocurrir con las mujeres, lo estarán ante la seguridad social.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer parte de esa base fáctica y establece en su art. 11.1 e): *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, 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...”*.

La prioridad será fijar condiciones equitativas de trabajo, pero cuando la inequidad ocurra en la realidad deberán preverse mecanismos compensatorios de la desigualdad, de modo de extender la cobertura a las mujeres que trabajan por cuenta propia, tienen trayectorias laborales inestables o realizan trabajo no remunerado en el hogar.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas ha producido un dictamen particularmente importante en esta materia. En el asunto *“Elizabeth de Blok y otras c/ Países Bajos”*, el Comité ha dictaminado que el derecho al subsidio por maternidad debe alcanzar a las trabajadoras autónomas (Dictamen de 17 de febrero de 2014). Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el asunto *“Marcia Trujillo Calero c/ Ecuador”*, dictaminó que un sistema de seguridad social que no da cobertura a quienes desempeñen trabajo no remunerado en el hogar es discriminatorio por razón de género, dado que ese trabajo es desempeñado principalmente por las mujeres (Dictamen de 26 de marzo de 2018).

En el ordenamiento jurídico uruguayo se han aprobado normas que otorgan mejores derechos de seguridad social a las mujeres, de modo de compensar la desigualdad. Los dos ejemplos más conocidos son la disposición que establece condiciones menos estrictas a las viudas y concubinas para generar el derecho a la pensión de sobrevivencia (art. 26, Ley 16.713) y la que establece el cómputo ficto de servicios por cargas de familia (art. 14, Ley 18.395).

Nuestra Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en torno a la constitucionalidad del tratamiento legal más favorable para las mujeres en materia de condiciones para el goce de la pensión. Al respecto, la Corte ha dicho que tal diferenciación no resulta violatoria del principio de igualdad, dado que la razón de ser de la misma radica en que las situaciones del hombre y de la mujer aún hoy no son las mismas, ya que las mujeres en general poseen menores oportunidades de trabajo, niveles de retribución y reconocimiento de la sociedad, y partiendo de esa diferente situación fáctica, es razonable brindarles a las mujeres una mayor protección social (Sentencia 889/2012 de 5 de noviembre de 2012).

## 8. El principio de igualdad y las diferentes necesidades personales

El principio de igualdad, además de prohibir las discriminaciones no razonables (“discriminación negativa”), supone considerar y dar tratamiento diferente a quienes, desde un punto de vista social y personal se encuentran en situación diferente de modo de compensar las desigualdades sociales (“discriminación positiva”). A este último significado de la igualdad se refiere la citada sentencia de nuestra Suprema Corte de Justicia que afirma la constitucionalidad del tratamiento diferente de hombres y mujeres en las normas sobre seguridad social.

Pero, ¿qué ocurre cuando la diferencia se da en la situación socio-económica de las personas? ¿Debería la norma de seguridad social atender esas diferencias, dando un tratamiento diferenciado?

La pregunta es pertinente, porque la finalidad de la seguridad social es asegurar recursos suficientes para atender las necesidades personales y familiares, y esto supone tomar en consideración las diferentes necesidades de cada persona, y los demás recursos que pueda poseer.

Desde luego que la respuesta es afirmativa tratándose de prestaciones asistenciales, uno de cuyos requisitos básicos, además de la contingencia, es la carencia de recursos suficientes para atender las necesidades vitales.

Sin embargo, la cuestión puede plantearse también en materia de prestaciones contributivas, como lo demuestra un reciente caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. En el fallo de 26.3.2019, recaído en los autos “*García, María Isabel c/ AFIP*”, el máximo órgano judicial argentino se pregunta si “*existen condiciones especiales, basadas en un mayor estado de vulnerabilidad*

*(producto de la avanzada edad u otras situaciones particulares como la discapacidad) que permitirían distinguir algunos jubilados, pensionados, retirados o subsidiados de otros*". La cuestión se planteó en relación a las cargas tributarias sobre las prestaciones de seguridad social, pero es trasladable al monto de la propia prestación, dado que el problema teórico es el mismo, se trate de la prestación nominal, o la prestación líquida, luego de descontados los tributos.

A juicio de la Corte argentina, las causas determinantes de vulnerabilidad son circunstancias que normalmente obligan a los concernidos *"a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales"*. La falta de consideración de estas circunstancias, señala la Corte, supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, y concluye en *"la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad"*.

#### **IV. Contenido mínimo del derecho a la seguridad social**

##### **9. Carácter autoejecutable de las normas constitucionales e internacionales**

Nuestra Constitución, en su artículo 67, enumera los principales contenidos del derecho a la seguridad social. Pero, además, el artículo 332, aclara que este derecho, como cualquier otro derecho de las personas reconocido en la Constitución, no dejará de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, ni quedan eximidas las autoridades públicas por esa omisión.

Al respecto dijo Aníbal Barbagelata: *"Con esto se reduce al mínimo la existencia de cláusulas programáticas dentro de las constituciones; porque no se limita a declarar que no queda supeditado el reconocimiento del derecho a la ulterior sanción de las normas legislativas, sino que se da concretamente un procedimiento jurídico de integración del derecho, que suple la ausencia de esa norma y que permite a los jueces dar efectiva aplicación a un derecho, malgrado la omisión legislativa o el retardo legislativo"*. (Barbagelata, 1986, p. 11). En el mismo sentido, Héctor-Hugo Barbagelata expresó que en el sistema uruguayo, *"la autoaplicabilidad de las normas sobre derechos y garantías fundamentales, está expresamente consagrada"* (Barbagelata, 2007, p. 239).

El derecho a la seguridad social, como todos los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional, quedará incorporado por la remisión genérica del artículo 72, y por lo tanto resultará completado en aquellos aspectos que no estén expresamente mencionados por el texto constitucional (Risso Ferrand, 1998, p. 113). Ha señalado Héctor Gros Espiell que *“la aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -en especial, aunque no únicamente, de los tratados en la materia ratificados y en vigencia- permite utilizar, en particular por los jueces nacionales, el Derecho Internacional para precisar, reforzar y eventualmente ampliar la protección constitucional interna”* (Gros Espiell, 1998, p.383). Las normas internacionales podrán aplicarse directamente para resolver un litigio, para interpretar otras normas aplicables, para inspirar el desarrollo jurisprudencial o para reforzar una decisión basada en el derecho nacional (Beaudonnet, 2010, p. 17).

En esa labor serán particularmente relevantes los pronunciamientos de los órganos de control de cumplimiento de las normas internacionales. La aplicación de buena fe de los tratados internacionales (arts. 26 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) requiere que el Estado tenga en cuenta las observaciones y recomendaciones de los órganos de control cuya competencia aceptó en el tratado (Beaudonnet, 2010, p. 92). En su examen de la conformidad de la legislación y prácticas nacionales con los términos de las convenciones internacionales, estos órganos están llamados a pronunciarse sobre el alcance y la significación exactas de las convenciones cuya aplicación deben controlar (Valticos, 1970, p. 151).

Al respecto, resulta relevante considerar que Uruguay ha ratificado el Protocolo Facultativo del PIDESC (Ley N° 19.029 de 27 de diciembre de 2012), -que entró en vigor en el orden internacional el 5 de mayo de 2013-, y por lo tanto, ha reconocido la competencia del Comité de DESC para recibir y examinar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por parte del Estado de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, una vez agotados los recursos disponibles en la jurisdicción interna. De conformidad con el art. 9.2 del Protocolo, *“el Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité”*. La vigencia de este Protocolo reafirma el valor de la jurisprudencia de este órgano y su eficacia frente a las autoridades estatales, administrativas y jurisdiccionales.

Ya existe en tal sentido algún precedente. A vía de ejemplo, la Justicia uruguaya ha otorgado la debida relevancia a los dictámenes del Comité del DESC, en el caso de los habitantes del asentamiento “Nuevo Comienzo”. Luego del requerimiento del Comité de la suspensión del desalojo, en carácter de medida provisional, y la omisión de darle cumplimiento, el Juzgado de Familia de 12° Turno (Dra. Ana Bueno Muñecas), en sentencia N° 21/2021 de 26 de marzo de 2021, confirmada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno por sentencia 8/2021 de 26 de abril de 2021, hizo lugar a una acción de amparo del derecho a la vivienda, condenando al Estado-Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial a brindar una solución habitacional a la actora, con fundamento en las normas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos que garantizan el derecho a la vivienda y protegen a la infancia. En su sentencia confirmatoria, el Tribunal de Apelaciones consideró vulnerado el derecho de los actores “a vivir en una vivienda adecuada” y “a una vida digna”, y la consiguiente “ilegitimidad manifiesta de la omisión estatal”.

## **10. Aspectos sustantivos: alcance subjetivo, contingencias cubiertas, suficiencia**

### **A) Alcance subjetivo (universalidad subjetiva)**

La primera consecuencia que se deriva de la naturaleza de derecho humano del derecho a la seguridad social, es su universalidad. Es un derecho de toda persona, como lo establecen la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el PIDESC.

Toda persona, por lo tanto, tiene derecho a la seguridad de los medios de vida, como lo definió la Recomendación N° 67, o a la seguridad básica del ingreso, como lo establece la Recomendación N° 202, cuando operan contingencias que la privan de la posibilidad de generarlos por causas ajenas a su voluntad, y en cualquier caso, tratándose de menores de edad.

Nuestra Constitución, en el artículo 67, prevé la organización de seguros sociales para todas las personas en actividad (dependiente o no, como surge de la referencia a “*trabajadores, patrones, empleados y obreros*”), pero también mecanismos no contributivos en caso de vejez, para quienes carezcan de recursos “*para subvenir a sus necesidades vitales*”. La disposición constitucional debe interpretarse e integrarse a la luz de las normas internacionales, y del principio de universalidad que surge de éstas y que se incorpora al texto constitucional por la vía del artículo 72, en tanto derecho “inherente a la personalidad humana”.

La universalidad subjetiva se vincula con el principio de igualdad: si es un derecho de todas las personas, las diferencias de tratamiento en su goce deberán estar justificadas de modo suficiente y razonable.

## **B) Alcance objetivo (universidad objetiva o totalidad)**

La seguridad social constituye una técnica que opera cuando se produce la pérdida o insuficiencia de los ingresos. En tal sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 25 alude a los “*casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”, consagrando el principio de universalidad objetiva o totalidad.

Nuestra Constitución, en el art. 67, también consagra una fórmula amplia, comprensiva de todas las contingencias, al expresar que la seguridad social deberá cubrir “*los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente*”. La palabra “etcétera” es comprensiva de todas las contingencias no mencionadas expresamente. Alude también a las “jubilaciones generales” y a la “pensión a la vejez”, comprendiendo de ese modo a la contingencia vejez.

El Comité de DESC, en su Observación General N° 19, al especificar el “*contenido normativo del derecho a la seguridad social*”, incluye la atención de salud, la cobertura de las contingencias enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, incapacidad laboral, y sobrevivencia. (ONU. Comité de DESC, 2008, sección 9)

El Protocolo de San Salvador, en su art. 9 alude a las contingencias invalidez, vejez y sobrevivencia, la atención médica y la cobertura de los accidentes de trabajo, así como la cobertura de la maternidad.

Las nueve ramas mencionadas en el Convenio Internacional de Trabajo N° 102 son la cobertura de la asistencia médica, la enfermedad (prestaciones monetarias), desempleo, vejez, accidente de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad, invalidez y sobrevivencia.

La Recomendación N° 202 de OIT comprende la atención de salud esencial, la seguridad básica del ingreso para los niños, la seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en

caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez y la seguridad básica del ingreso en la vejez.

La cobertura de todas las contingencias referidas debe considerarse incluida, por lo tanto, en el concepto del derecho a la seguridad social.

### **C) Suficiencia**

La Recomendación N° 67 ya establecía como principio que “*los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas*”. (OIT, 1944, sección 1)

Establece el Comité de DESC en su Observación General N° 19 que las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de la salud. Agrega el Comité que cuando una persona cotiza a un plan de seguro social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.

La Recomendación N° 202 prevé que los pisos de protección social deberían comprender por lo menos las siguientes garantías básicas de seguridad social:

a) atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;

b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios;

c) seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y

d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional.



Aunque se remite a la legislación nacional para la fijación del nivel mínimo, la propia Recomendación 202 prevé que *“la seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad”*. *“Los niveles mínimos de ingresos definidos a nivel nacional podrán corresponder al valor monetario de un conjunto de bienes y servicios necesarios, a los umbrales nacionales de pobreza, a los umbrales de ingresos que dan derecho a la asistencia social o a otros umbrales comparables establecidos por la legislación o la práctica nacionales y podrán tener en cuenta las diferencias regionales”*.

En su Estudio General sobre la Recomendación N° 202, la Comisión de Expertos señala *“que la reducción de los niveles de protección, especialmente en tiempos de crisis o en el contexto de la adopción de medidas de austeridad y consolidación fiscal, sólo debe ser un último recurso a utilizar cuando se han agotado todos los otros medios”*. *“Las medidas regresivas no deben ir más allá de lo que resulta estrictamente necesario para preservar la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, y no deben redundar en una falta de solidaridad con los segmentos de la población que necesitan más protección”*. *“Además, esas medidas no deberían aplicarse durante más tiempo del estrictamente necesario”* (parágrafo 156). (OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones [Comisión de Expertos], 2019, p. vii)

## 11. Garantías adecuadas

En la Observación General N° 19, el Comité de DESC afirma que todas las personas deben tener acceso a recursos judiciales o de otro tipo eficaces, y que todas las víctimas de violaciones del derecho a la seguridad social deben tener derecho a una reparación adecuada (parágrafo 77).

La tutela judicial efectiva, además de constituir un derecho expresamente reconocido en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deriva de las obligaciones generales del Estado de respetar y garantizar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno para su cumplimiento.

Como señala la Comisión de Expertos de la OIT, el derecho a un recurso judicial efectivo incluye procedimientos simples y rápidos, la gratuidad del procedimiento y la asistencia jurídica gratuita (OIT. Comisión de Expertos, 2011, párrafo 425 ).

## V. Imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social y sus consecuencias

En razón de su naturaleza de derechos fundamentales, los derechos de seguridad social no caducan ni prescriben, y por la misma razón, siempre será posible volver a considerar la existencia o inexistencia del derecho invocado, o su cuantía, a solicitud del interesado o de oficio.

En nuestro ordenamiento, el inciso tercero del art. 78 del denominado Acto Institucional N° 9, establece: *“También se devengarán haberes desde la fecha de la solicitud, en toda reforma o modificación de las jubilaciones o pensiones, si el beneficiario la efectúa dentro de los ciento ochenta días siguientes a la fecha de notificación del otorgamiento de la prestación, salvo que mediara error imputable a la Administración, o la misma tuviera ejecución de oficio”*. *“Vencido dicho plazo, se devengarán desde la fecha de la solicitud”*.

La norma citada parte del supuesto de un acto firme, cuya reforma o modificación es solicitada con éxito por el interesado. Cuando ese acto resulta modificado en beneficio del afiliado, la retroactividad anterior a la solicitud procederá si: (a) la solicitud fue presentada dentro de los 180 días siguiente a la notificación del acto, o (b) si medió error imputable a la Administración, o ésta actuó de oficio. Queda claro en esta disposición que la “firmeza” del acto no impidió la revisión del acto en beneficio del afiliado. Deben ser distinguidas, a estos efectos, la firmeza y la estabilidad del acto.

Horacio Cassinelli Muñoz aclara que el acto firme no es necesariamente un acto inmutable, y aquí aparece el concepto de estabilidad del acto. La estabilidad depende de la existencia de restricciones a la mutabilidad; *“estas restricciones determinan la mayor o menor estabilidad del acto administrativo”* (...) *“La modificabilidad por la Administración de sus actos no depende de su firmeza: antes o después de quedar firme, la Administración tiene las mismas potestades sobre el acto, las cuales están determinadas por el derecho aplicable al caso”* (Cassinelli Muñoz, 1957, p. 36).

## VI. Conclusiones

1°) El derecho a la seguridad social es un derecho humano reconocido en la Constitución y en las normas internacionales.

2°) Como tal, genera obligaciones para el Estado de adoptar medidas inmediatas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su efectividad.

3°) El contenido mínimo del derecho a la seguridad social y sus garantías resultan de las normas constitucionales e internacionales, interpretadas éstas conforme a la jurisprudencia de los órganos de control de aplicación.

4°) La falta de legislación que lo reglamente no debe impedir la eficacia del derecho a la seguridad social.

5°) Toda exclusión o tratamiento diferente deberá estar justificado por fundamentos objetivos y razonables.

6°) El derecho a la seguridad social no prescribe ni caduca, y los actos denegatorios de la prestación no impiden la presentación de nuevas solicitudes o acciones dirigidas al reconocimiento del derecho.

## Referencias

- Abramovich, V., Courtis, Ch. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Contextos: Revista crítica de Derecho social*, (1) 3-55.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª edición). CEPC, Madrid.
- Alfers, L., Lund, F., Moussié, R. (2017). Approaches to social protection for informal workers: aligning productivist and human rights-based approaches. *International Social Security Review*, (4) 70, 67-85.
- Barbagelata, A. (1986). Protección constitucional de los derechos humanos en Uruguay. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (pp.9-25). Segunda Serie, N° 1,
- Barbagelata, H.-H. (2007). El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. En OIT, *Diploma internacional en Derecho del trabajo y relaciones laborales para asesores y dirigentes sindicales del Cono Sur* (pp. 217-240). FCU. Montevideo.
- Beaudonnet, X. (2010). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. CIF-OIT, Turín.
- Cassinelli Muñoz, H. (1957) Recurso erróneo contra un acto administrativo firme. *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, (55), 36-40.
- Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales. En Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp.19-56). Trotta, Madrid.
- Gros Espiell, H. (1998). Los derechos humanos: Derecho constitucional y Derecho internacional. En Gros Espiell, H. *Estudios constitucionales*. Ingranusi, Montevideo
- Kelsen, H. (1967). *Teoría pura del derecho*. EUDEBA, Buenos Aires.
- Martí Bufill, C. (1969). The social security conventions and standard-setting functions of the ILO. *International Social Security Review*, (4), 22, 492-504.

- Organización Internacional del Trabajo. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2011). *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. OIT, Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2019). *Estudio general relativo a la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (número 202)*. OIT, Ginebra.
- Pumar Beltrán, N. (2001). *La igualdad ante la ley en el ámbito de la seguridad social*. Aranzadi, Navarra.
- Risso Ferrand, M (1998). *Derecho constitucional*, Vol. 3. FCU, Montevideo
- Ruiz Miguel, A. (1994). Derechos liberales y derechos sociales. *Doxa* (15-16), 651-674.
- Valticos, N. (1970). Droit international du travail. En Camerlynck, G.H. (dir.), *Traité du Droit du travail*. Vol. 8. Dalloz, Paris.
- Venturi, A. (1954). *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*. Giuffrè, Milano.

## Normas

- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Naciones Unidas. (1986). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Recuperado de [https://www.unido.org/sites/default/files/2010-10/Vienna\\_Convention-1986-S\\_0.pdf](https://www.unido.org/sites/default/files/2010-10/Vienna_Convention-1986-S_0.pdf)
- Naciones Unidas. (1979) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

- Naciones Unidas. (2008) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opcescr.aspx>
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990) Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1452.pdf>
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2008). Recuperado de *Observación General N° 19: El derecho a la seguridad social* (art. 9). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8791.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de los Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Organización de los Estados Americanos. (2015) *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Recuperado de [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_a-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp)
- Organización Internacional del Trabajo. (1944). *Recomendación N° 67 sobre seguridad en los medios de vida*. Recuperado de [https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS\\_221650/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_221650/lang--es/index.htm)
- Organización Internacional del Trabajo. (2012). *Recomendación N° 202 sobre los pisos de protección social*. Recuperado de [https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS\\_222053/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222053/lang--es/index.htm)
- Uruguay. *Constitución de la República*. Artículos 67, 72, 332. Recuperado de <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>

Uruguay. Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1995. *Ley de la Seguridad Social*. Diario Oficial, 11 de setiembre de 1995.

Uruguay. Ley N° 18.395 de 24 de octubre de 2008. *Modificaciones a la Ley 16.713 de seguridad social. Flexibilización del régimen de acceso a beneficios jubilatorios*. Diario Oficial, 6 de noviembre de 2008.

Uruguay. Ley N° 19.029 de 27 de diciembre de 2012. *Aprobación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Diario Oficial, 7 de enero de 2013.

## Jurisprudencia

Argentina. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de marzo de 2019. Autos “García, María Isabel c/AFIP”. Lorenzetti, R.L.; Highton de Nolasco E.; Maqueda, J.C.; Rosatti, H.; Rosenkrantz, C.F. (en disidencia). Id SAIJ: FA 19000046 Recuperado de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)

Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia N° 889/2012, 5 de noviembre de 2012. Chediak, J. (redactor). Gutiérrez, D.; Larrieux, J.; Pérez Manrique, R.; Ruibal Pino, J. (firmantes). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=437368>

Uruguay. Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno, Sentencia N° 8/2021, 26 de abril de 2021. Álvarez, A. (redactora), Cavalli, E., Messere, Á. (firmantes). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=437368>

Uruguay. Juzgado Letrado de Familia de 12° Turno. Sentencia N° 21/2021 de 26 de marzo de 2021. Bueno Muñecas, A.

## Dictámenes del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas

Ecuador. Marcia Cecilia Trujillo Calero c. Ecuador, CESCR, Comunicación 10/2015, UN Doc. E/C.12/D/10/2015 (26 de marzo de 2018).

## **Dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas**

---

Países Bajos. Elisabeth de Blok y otras c. Países Bajos. Comunicación 36/2012 (Dictamen aprobado por el Comité en su 57º período de sesiones, 10 a 28 de febrero de 2014). CEDAW/C/57/D/36/2012.