

TRANSNACIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN MATERIA DE PREVISIÓN SOCIAL. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Por: *María Andrea Romero*



Sumario: El derecho previsional recepta normas de fuentes transnacionales, que se aplican en la jurisprudencia por el control de convencionalidad. La descripción del fenómeno nos permite acreditar espacios jurídico normativo del ámbito internacional incorporado en el derecho doméstico.

Abstract: The social security law receives rules from transnational sources, which are applied in the jurisprudence by the control of conventionality. The description of the phenomenon allows us to accredit normative legal spaces of the international scope incorporated in domestic law.

I. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Fenómeno de regionalización en materia de derechos humanos.

La globalización entendida como conexión por encima de los límites de tiempo y espacio, redimensionada en este milenio con la tecnología de la información y de la comunicación, impactó en los modelos económicos, socioculturales y jurídicos. La persona se libera de los condicionamientos espacio-territoriales y político-estatales, relacionándose en su dimensión intersubjetiva personal. Los derechos humanos tienen su origen histórico en la posguerra¹, pero hallaron su fundamento en la filosofía antropológica que coloca al ser humano como eje del mundo moderno².

Estos derechos enarbolan la dignidad humana en un sentido transnacional³. La persona humana es ciudadana global, con derechos y deberes, inde-

1 La “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas, París, 10/12/1948, es la convención hito en la historia de los derechos humanos.

2 RAFFIN, Marcelo, “La globalización de la efectiva vigencia de los derechos humanos. El rol de las personas en la búsqueda de la perfección de los sistemas de control internacionales” en “El control de convencionalidad”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2018.

3 El art. 11.1 CADH protege la dignidad. Alejandro Laje en la publicación “La dignidad de la persona humana como propiedad de relación”, La Ley, Buenos Aires, 4/11/2020, define la dignidad humana como un valor de la persona y de la humanidad, que en concreto reconoce a toda persona humana la condición de sujeto de derecho pudiendo actuar de tal manera que sea posible ejercer esos derechos.



pendientemente de la nación a la que pertenezca⁴. El principio “pro homine”⁵ genera estándares internacionales que los Estados deben respetar ya que contrario sensu se verán incursos en responsabilidad internacional, generando cierto stress en los sistemas políticos. Esta tensión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno se acrecienta cuando su carácter declarativo-programático se torna operativo-reforzado a través de sistemas internacionales de protección con órganos de jurisdicción internacional. En este triángulo de pesos y contrapesos, “Estado- Organismos Internacionales- Persona”, el rol del individuo se consolida de manera irreversible como sujeto con capacidad jurídica procesal internacional⁶.

La globalización dinámica devino en procesos de regionalización jurídica⁷. En nuestra región, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”) conforma derecho comunitario (ius commune) para veinte Estados latinoamericanos⁸. La República Argentina recepta el SIDH en dos órdenes: normativo, desde la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ (en adelante la “Convención” o el “Pacto” o “CADH”); y judicial, con el reconocimiento de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Comisión”) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Corte Interamericana”)¹⁰. A su vez, la Convención ascendió gradualmente de jerarquía en la pirámide jurídica argentina: al

4 Desde Naciones Unidas se ha denominado “Ciudadanía Global” (global citizen/global citizenship) a diversos programas entre los que se encuentra la agenda 2030 de objetivos de desarrollo sustentable (ODS /SDG). “The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century. A living document in a changing world”, informe del Global Citizenship Commission, NYU Global Institute for Advanced Study, 2016.z

5 Preámbulo CADH, 2do párrafo: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos...”

6 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, comenta que la reforma del Reglamento de la CIDH en el año 2000 otorgó locus standi in iudicio a las presuntas víctimas, familiares que podrán intervenir en todas las etapas del proceso ante la Corte, en pág. 50 en “El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, San José, 2003, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19237.pdf>

7 Algunos documentos regionales son: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4/11/1950 también conocida como Convención Europea de Derechos Humanos; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul, Nairobi, 27/07/1981.

8 Son veinte los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana, a saber: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Los Estados que han ratificado la Convención Americana son veintitrés incluyendo además a Dominica, Granada, y Jamaica. Información del libro ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018.

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>

9 La “Convención Americana sobre Derechos Humanos” es un instrumento que fuera aprobado por la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos el 22/11/1969 en San José, Costa Rica. También denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.

10 Artículo 2 de la Ley 2304, publicada en B.O. 27/03/1984.



aprobarse en el año 1984 con jerarquía legal¹¹; en el año 1994 adquirió jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna¹², y en la actualidad, adquiere jerarquía supranacional¹³ o de constitución convencionalizada¹⁴.

II. Una “nueva” fuente en el derecho internacional: el control de convencionalidad.

Las fuentes del derecho interno y las fuentes del derecho internacional no se encuentran en compartimentos estancos, pudiendo citar antecedentes del derecho constitucional comparado¹⁵ y desde el 2015, el derecho civil argentino¹⁶. Más allá de estas interacciones entre ambos derechos y sus fuentes, en el año 2006 un cambio paradigmático se produce con el leading case internacional “Almonacid Arellano vs. Chile”¹⁷, con el que se abre una migración normológica rotunda del plexo interamericano con consecuencias jurídicas relevantes, ya que tamiza, modela y suple al derecho interno a través del “control de convencionalidad”. En el párrafo 124 de la sentencia del caso “Almonacid Arellano”, la Corte Interamericana expresa:

“[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación

11 Artículo 1 de la Ley 2304, publicada B.O. 27/03/1984.

12 Reforma de la Constitución Nacional publicada en el B.O. 23/08/1994. Artículo 75 inciso 22, 2do párrafo: “... la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

13 Cfr. GORDILLO, Agustín “el derecho internacional público había sentado la superioridad de sus normas (ius cogens) sobre el derecho interno, ahora empieza a admitirlo el derecho interno ante la presión internacional”, “Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo”, en página 4 del Tomo I, Capítulo VI del “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, Buenos Aires, 2013.

14 SAGÜES, Néstor P. explica que “El pase de la Constitución Nacional a una constitución convencionalizada, como la hemos bautizado, implica: (i) que algunos de sus tramos, absolutamente incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, no se aplican y quedan jurídicamente bloqueados, (ii) que los demás segmentos de la Constitución Nacional conservan operatividad, pero deben conformarse y hacerse funcionar, mediante procesos de selección de interpretaciones, o de reinterpretaciones mutativas por adición, sustracción o incluso mixtas, de acuerdo al referido derecho internacional de los derechos humanos” en “El concepto de constitución convencionalizada, su fisonomía actual, fundamentos y topes”, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 07/11/2018.

15 Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Grundgesetz), año 1949, artículo 25: “Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.”; Constitución de la República de Italia, año 1947, artículo 10: “El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas.”

16 Código Civil y Comercial de la Nación, art.1 y 2 (ref. ley 26.994)

17 “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, CIDH, 26/09/2006.



que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁸.

A través de diversos fallos, la Corte IDH dispuso que los Estados tienen la responsabilidad de velar por los derechos humanos, con todos sus poderes y órganos que lo componen¹⁹, debiendo efectuar el control convencional del derecho interno (acto, omisión o norma²⁰) con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido que fuera interpretada por la jurisprudencia de la Corte IDH ya sea en función consultiva²¹ o contenciosa, también incluyendo como *corpus iuris* a los protocolos y tratados adicionales²².

La Corte IDH de manera gradual va esclareciendo la extensión de tal control convencional y ampliando su competencia *ratione materiae* (derechos humanos) a las autoridades estatales. Todo el ordenamiento jurídico interamericano trasvasa al derecho interno resultando obligatorio para las autoridades en general. Sin embargo, especial énfasis coloca la Corte IDH al dirigirse en reiteradas oportunidades al poder judicial como principal obligado a ejercer, conjuntamente con el

18 La CIDH no modifica su potestad jurisdiccional por el hecho “que el Estado alegue que los tribunales nacionales hayan ejercido ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana”, párrafo 21 del fallo “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, CIDH, 26/11/2010. También en caso “González Medina y familiares Vs. República Dominicana”, CIDH, 27/02/2012, párrafo 38.

19 En “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”, CIDH 25/11/2003, voto razonado del juez García Ramírez, párrafo 27: “...al Estado viene a cuentas en forma integral como un todo. En este orden la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho Interno...”; “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, CIDH, 26/11/2010, párrafo 225; Supervisión de cumplimiento de la sentencia “Gelman Vs. Uruguay”, CIDH, 20/03/2013, párrafo 69.

20 En caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”, CIDH, 5/02/2001, párrafo 72: “... la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.”

21 El bloque de convencionalidad incluye las “opiniones consultivas” convirtiéndose en una interpretación viviente, dinámica que se evoluciona a través de los tiempos. Análisis SAGÜÉS, Néstor P., “La convención viviente en la opinión consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, La Ley, 29/05/2018.

22 Cfr. voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la CIDH en el caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, CIDH, 26/11/2010, párrafo 48: “Para efectos del parámetro del “control difuso de convencionalidad”, por “jurisprudencia” debe comprenderse toda interpretación de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales).” (el subrayado me pertenece); y párrafo 2 del voto razonado del juez García Ramírez con motivo del caso “Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú”, CIDH, 24/11/2006.



control constitucional, el control convencional de manera difusa²³ y de oficio²⁴. Tal acento tiene por fin lograr mayor inmediatez de los derechos humanos, ya que los estrados judiciales internos resolverán de manera previa a la intervención de la Comisión y de la Corte por el requisito de agotamiento de la vía interna²⁵.

Observo dos planos de interacción del derecho internacional y el interno:

1) *Recepción del control convencional internacional*: La ejecución y cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH por los Estados ha generado caudalosos debates en la ponderación de atribuciones. En el derecho argentino, en el caso “Fontevicchia”²⁶ la Corte Interamericana ordenó “dejar sin efecto la condena civil”, es decir, ordena revocar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Alto Tribunal argentino se opuso a tal medida, iniciándose un diálogo jurisprudencial de ambas Cortes, que se resuelve con asiento de una nota al margen del fallo con la leyenda que la sentencia fue declarada incompatible con la Convención. Más allá de estas tensiones, las decisiones de la Comisión y las sentencias de la Corte IDH han derivado en derogación de leyes, introducción de reformas y una dialéctica enriquecedora y abierta a los derechos humanos²⁷. En el caso “Menéndez, Amilcar”²⁸, la intervención de la Comisión contribuyó de manera decisiva en la reforma del plazo de cumplimiento de las sentencias de reajustes contra ANSeS (artículo 22 ley 24.463 ref. ley 26.153).

2) *Aplicación del control de convencionalidad interno*: El control de convencionalidad efectuado por autoridades judiciales nacionales puede impactar de

23 La sentencia icónica respecto del control difuso de constitucionalidad es “Marbury vs. Madison”, U.S. Supreme Court, 24/02/1803. En el voto razonado de Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la CIDH en el caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, CIDH, 26/11/2010, a partir del párrafo 21 y párrafo 24 aclara que el control convencional es difuso por cuanto el juez nacional debe velar por el cumplimiento del Pacto, desarrollando funciones de juez interamericano en sentido que es primer y auténtico guardián de la Convención.

24 La Corte Suprema Argentina en considerando 9 a 11, autos “Recurso de hecho Mill de Pereyra”, 27/09/2001, admite el control constitucional de oficio. Simultáneamente, dispone la CIDH, deberá efectuarse el control de convencionalidad de oficio. “Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú”, CIDH 24/11/2006, párrafo 128; “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, CIDH, 29/11/2011, párrafo 93; Supervisión de cumplimiento de la sentencia “Gelman Vs. Uruguay”, CIDH, 20/03/2013, párrafo 88.

25 CADH, artículo 46.1.a): agotamiento de la vía interna ante la Comisión; 46.2. excepciones

26 Todas las sentencias “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, CIDH, 29/11/2011, “Ministerio de Relaciones Exteriores” C.S.J.N. 14/02/2017, Supervisión de cumplimiento, CIDH, 18/10/2017, Resolución 4015/17 CSJN

27 Recordamos el caso “Kimmel Vs. Argentina”, CIDH, 2/05/2008, el cual derivó en la reforma ley 26551 en las penas del delito de calumnias e injurias. En Chile el caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”, CIDH, 05/02/2001, obligó a modificar la Constitución en materia de censura previa.

28 Cfr. “Solución amistosa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros Vs. Argentina”, 3/11/2011, pág.5.



tres maneras que demostraré con jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina²⁹.

La transformación del derecho interno puede resultar constructiva, ante la inexistencia de solución jurídica local conforme a los derechos humanos, se recurre a disposiciones del ordenamiento jurídico convencional, como en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”³⁰. También puede resultar armonizante interpretándola en el sentido más respetuoso de los derechos humanos tutelados³¹. Por último puede tener efecto destructivo, en cuyo caso el sentenciante deberá inaplicar la norma contraria al “bloque convencional”, como en el caso “Mazzeo”³² y en autos “Rodríguez Pereyra” en el cual el Tribunal Argentino sostiene que:

“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”³³.

III. Derecho Internacional: alcances de la convencionalidad en materia de previsión social

En nuestro país el constitucionalista Germán J. Bidart Campos presentó a la incorporación de los derechos sociales a las constituciones como constitucionalismo social³⁴. En este mundo jurídico dinámico, con pautas abiertas y enriquecedoras a la luz de la convención viviente, corresponde referirse a la *previsión social convencionalizada*.

a) *Reconocimiento del derecho humano a la seguridad social*: Los instrumentos jurídicos del SIDH que podemos mencionar son:

i) Convención Americana sobre Derechos Humanos: El Preámbulo

29 La Dra. María Gabriela Ábalos clasifica como constructivos y destructivos a los efectos del control de convencionalidad y el Dr. Néstor Pedro Sagüés clasifica al control por los efectos en efecto destructivo y en el constructivo, en el que incluye la interpretación mutativa por adición, por sustracción y mixta.

30 CSJN, 07/07/1992, Fallos 315:1492, donde efectivizó el derecho a réplica contenido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

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

32 CSJN, 13/07/2007, Fallos 330:3248. En considerando 20: “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

33 “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, CSJN, 27/11/2012, considerando 12 in fine.

34 BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Tomo II, Buenos Aires, 1998, página 186.



consagra el principio de justicia social³⁵; el artículo 26 tutela los derechos sociales y la cláusula de progresividad³⁶, que juntamente con el artículo 29.b. prohíbe toda interpretación restrictiva de los derechos.

ii) Protocolo Adicional de San Salvador:³⁷

Artículo 9.1: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.”

Otros artículos a mencionar son: el artículo 9.2. que garantiza cobertura de jubilación para trabajador en invalidez y el artículo 17 contiene la cláusula de progresividad.

iii) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: El artículo 17 tutela el derecho a la seguridad social de las personas mayores³⁸.

iv) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC³⁹) en el artículo 9 da tratamiento a la seguridad social, y este artículo es comentado en extenso por la Observación General del Comité DESC n° 19⁴⁰.

v) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVI sobre seguridad social.

Primeramente, en la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho a la seguridad social se consideraba como derecho adquirido incluido en la propiedad privada en sentido amplio (artículo 21 CADH). Así lo resolvió en “Cinco pensionis-

35 En el párrafo 1ero. del Preámbulo expresamente menciona a la justicia social y en el 4to. párrafo se reafirma que sólo puede realizarse el ser humano libre si se crean condiciones en las que pueda gozar de los derechos sociales, debiendo interpretar conjuntamente con la Carta de la OEA con normas sociales más amplias (párrafo 5to.).

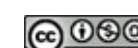
36 La cláusula expresa en el artículo 26 CADH “para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA...”

37 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamado “Protocolo de San Salvador”, celebrado el 17/11/1988 en San Salvador, con depósito de ratificación por Argentina el 23/10/2003.

38 Dicho artículo dispone “que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna”, y en el 2do. párrafo refiere a la progresividad en los ingresos de la persona mayor para una vida digna, a través de los sistemas de seguridad social.

39 PIDESC, o Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con jerarquía constitucional, artículo 75 inciso 22 C.N.

40 El Comité DESC dependiente de Naciones Unidas (CESCR), es un órgano que supervisa la aplicación del PIDESC por sus Estados partes.



tas”⁴¹ donde se había reducido el monto del haber de los beneficios y en “Acevedo Buendía”⁴². Este criterio cambia en el caso “Lagos del Campo”⁴³, a partir del cual los derechos sociales se consideran tutelados de manera autónoma en el artículo 26 de la CADH. En el año 2019, específicamente respecto de los derechos de la seguridad social se consagra la justiciabilidad directa en el fallo “Muelle Flores”⁴⁴.

b) *Vulnerabilidad como categoría de tutela especial:*

“Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

Esta es la definición de la regla 3-texto actualizado- de las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (en adelante “Reglas”). Este documento, aprobado en el año 2008 en Brasilia, fue actualizado en el 2018 en Quito, modificando 73 de las 100 reglas. La jerarquía jurídica de las Reglas es debatida en el ámbito interno, habiendo adherido la Corte Suprema por la Acordada 5/09. También otras reparticiones adhieren a la norma⁴⁵. En la práctica, las Reglas han visibilizado la vulnerabilidad como categoría requirente de protección especial⁴⁶. Las reglas 3 y 4 enuncian, entre otras causales de vulnerabilidad: el envejecimiento y la discapacidad.

b.1) *Salud, invalidez y discapacidad:* Enumeraré algunas normas del SIDH que resguardan el derecho a la salud, invalidez y protección integral de discapacitados: i) Protocolo de San Salvador, el artículo 18 dispone que: “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”; ii) Artículo 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; iii) Artículo XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; iv) Convención In-

41 “Cinco Pensionistas Vs. Perú”, CIDH, 28/02/2003, párrafo 103.

42 “Acevedo Buendía y otros Vs. Perú”, CIDH, 1/07/2009, párrafo 84 y 85 consideran el incumplimiento de la sentencia de pensiones dentro del derecho a la propiedad del artículo 21 de la CADH.

43 “Lagos del Campo vs. Perú”, CIDH, 31/08/2017, en el caso el Estado había vulneró la estabilidad laboral, siendo un fallo trascendente puesto que se tratan los DESC de manera autónoma en virtud del artículo 26 de la CADH.

44 “Muelle Flores Vs. Perú”, CIDH, 6/03/2019, párrafo 172 y ss.

45 Adhieren al documento la Procuración del Tesoro de la Nación (Resol. 58/09), la Defensoría General de la Nación. Se encuentra un detalle en “Las 100 Reglas de Brasilia y la Seguridad Social (parte III)”, Toleado Ríos, Rafael, La Ley, 21/10/2020.

46 Esta protección se ha extendido a otros documentos generando protección especial a “consumidores hipervulnerables”, Resolución 138/2020 del 28/5/2020.



teramericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁴⁷; v) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con jerarquía constitucional⁴⁸.

En el caso “Poblete Vilches”⁴⁹, la Corte IDH condena a Chile por no haber brindado servicios médicos básicos a un adulto mayor; en autos “Furlán”⁵⁰ se efectúa un análisis de los diversos documentos de protección a la discapacidad y el caso “Gonzales Lluy”⁵¹ la Corte IDH aborda el caso de una niña con HIV.

b.2.) *Personas Mayores:* El envejecimiento puede constituir una causal de vulnerabilidad (Regla 6), diferenciando a las personas mayores en tercera o cuarta edad, según si mantienen la autonomía o requieren asistencia⁵².

La “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” incorpora la protección integral de la vejez al SIDH⁵³. En nuestro país esta Convención tiene rango supralegal desde su aprobación en el año 2017, contando con media sanción la aprobación de rango constitucional. Esta Convención define en su artículo 2 a la “Persona Mayor” como aquella mayor a 60 años salvo disposición interna diversa pero nunca superior a los 65 años de edad y en el artículo 5 dispone que: “Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad”. La protección progresiva a la ancianidad también se encuentra contemplada en el artículo 17 del Pacto de San Salvador.

En el emblemático caso “Muelle Flores”⁵⁴ resuelto en el año 2019, la Corte Interamericana destaca el contexto situacional de la vulnerabilidad del adulto mayor, y “de manera transversal permea importantes estándares en materia de personas mayores desde una perspectiva de la falta de ejecución de las

47 Con jerarquía supralegal por ley 25.280, sancionada el 6/07/2000.

48 Ley 27.044, sancionada el 19/11/2014, le otorga jerarquía constitucional a este documento ONU que entrara en vigor el 3/05/2008.

49 “Poblete Vilches y otros Vs. Chile”, CIDH, 8/03/2018.

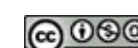
50 “Furlán y familiares Vs. Argentina”, CIDH, 31/08/2012, párrafo 129 a 137.

51 “Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador”, CIDH, 1/09/2015.

52 Resolución del Parlamento Europeo sobre la Segunda Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, considerando f).

53 Aprobada en 15/06/2015, OEA, entra en vigencia 11/01/2017, y han adherido: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay.

54 “Muelle”, supra, párrafo 163: “Este extremo resulta de suma importancia teniendo en cuenta que la víctima cuenta con 82 años de edad, circunstancia que lo posiciona además en una situación de mayor vulnerabilidad, implicando una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos.” También extensivo a otros adultos mayores párrafo 197.



sentencias”⁵⁵. En el caso “Poblete Vilches” la Corte IDH “considera que, respecto de las personas adultas mayores, como grupo en situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud”⁵⁶.

c) *Tutela judicial efectiva*: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, en un plazo razonable” (artículo 8 CADH), debiendo todas las medidas orientarse a evitar una mora inconvencional. El artículo 25.1 y 25.2 de la Convención, le garantizan a toda persona un recurso sencillo y rápido (amparo convencional) de manera concordante con la regla 38 sobre agilidad en el acceso a la justicia y artículo 31 de la Convención Personas Mayores. Estas disposiciones tienen vital importancia ya que el tiempo tiene superlativa trascendencia en los procesos de seguridad social. Citaré fallos en los que la Corte IDH se expidió al respecto: “Muelle”, “Acevedo Jaramillo”,⁵⁷ “Spoltore”⁵⁸.

IV. Control de convencionalidad previsional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 2005 inició un camino jurisprudencial donde los derechos humanos sociales del sistema interamericano han tenido un rol protagónico en fallos previsionales relevantes.

En el año 2005, en autos “Itzcovich”⁵⁹ la Corte Nacional interpreta el derecho interno a tenor del artículo 25 de la Convención, resolviendo conforme la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso “Las Palmeras”⁶⁰. El voto conjunto de los Dres. Maqueda y Zaffaroni efectúan el control de convencionalidad previsional tal como indica el artículo 2 de la Convención⁶¹. En este fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara la inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24463⁶² que regulaba la apelación de sentencias previsionales por recurso ordinario, priorizando la celeridad de decisiones judiciales.

55 Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en caso “Muelles”, supra, párrafo 57.

56 “Poblete Vilches”, supra, párrafo 132.

57 “Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú”, CIDH, 7/02/2006.

58 “Spoltore Vs. Argentina”, CIDH, 09/06/2020, declara al Estado Argentino responsable por la violación del plazo razonable (punto 1 de la declaración), si bien se había reconocido por el mismo Estado la responsabilidad.

59 “Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/ reajustes varios”, CSJN, 29/03/2005. Fallos: 328:566.

60 Considerando 14) de autos “Itzcovich”, menciona la necesidad de simplificar las decisiones finales en temas previsionales conforme los principios internacionales y al fallo “Las Palmeras”, CIDH, 6/12/2001, párrafo 58 y ss.

61 Voto del Dr. Maqueda y Zaffaroni, considerando 17. Voto del Dr. Lorenzetti, considerando 12, párrafo 4to. Voto de la Dra. Argibay, considerando 7, confronta con el plazo razonable del artículo 8 CADH.

62 Este artículo se encuentra derogado por el artículo 1 de la ley 26.025 del 22/04/2005.



En 2014, se reitera el activismo procesal judicial en autos “Pedraza”⁶³, en el cual la Corte declara la inconstitucionalidad del artículo 18 de la ley 24.463, remitiendo a las cámaras federales del interior del país los expedientes apelados, aplicando el test convencional con el artículo 25. 2.a. y 8 de la Convención y el Pacto de San Salvador⁶⁴. En el mismo, evaluando el carácter vulnerable de los actores, aplica la regla de la inmediatez⁶⁵. Siguiendo la misma línea, en autos “Constantino”⁶⁶ se efectúa control convencional de las ejecuciones previsionales basándose en el precedente interamericano “Acevedo Jaramillo”, donde la CIDH estimó que:

*“[...] el retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal (...) que cause una afectación al derecho protegido en la sentencia”*⁶⁷.

Respecto de los derechos autónomos de la seguridad social en juicios de reajustes, en autos “Sánchez, María del Carmen”⁶⁸ el Tribunal Címero practica evaluación convencional meritando conjuntamente los artículos 26 y 29 de la Convención que prohíben la interpretación restrictiva de los derechos sociales, concluyendo que no podía entenderse que la ley 23.928 derogaba el artículo 53 de la ley 18.037⁶⁹. En términos prestacionales, en el caso “Etchart”⁷⁰ la Corte sostiene la pauta garantizadora del haber jubilatorio mínimo, en interpretación armoniosa con instrumentos internacionales como en el Convenio 102 OIT y la Observación General 19 del Comité DESC⁷¹. El criterio interpretativo progresivo enriquece la voluntad del legislador, evitando se arribe a soluciones disvaliosas para los derechos humanos⁷². Destaco que

63 “Pedraza, Héctor Hugo c/ANSeS s/reajustes varios”, CSJN, 06/05/2014. Fallos: 337:530.

64 Considerando 13 de autos “Pedraza”, supra.

65 En “Pedraza”, el considerando 4 señala al grupo vulnerable protegido por la Constitución a aquel que litiga por una prestación previsional de neto carácter vital y alimentario (artículo 75 inc. 23). Reitera el criterio en el último párrafo del considerando 15, aplicando el principio de inmediatez en el considerando 13 y 14.

66 “Constantino, Eduardo Francisco c/ANSeS s/reajustes varios”, CSJN, 7/06/2016. Fallos: 339:740.

67 En autos “Constantino” se aborda la tutela judicial efectiva convencionalizada del grupo vulnerable (considerando 9 a 11), y sienta precedente al ordenar que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en ejecuciones previsionales que hubieran tramitado ante jueces federales con asiento en las provincias.

68 “Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/reajustes varios”, CSJN, 17/05/2005. Fallos: 328:1602.

69 Cfr. “Sánchez” considerando 6. En el voto de la Dra. Argibay, considerando 7 cita la Opinión Consultiva 4/84, de la CIDH, párrafo 20, sobre la prohibición de interpretación restrictiva. En el voto del Dr. Maqueda, considerando 10, cita además el art.9 del Protocolo de San Salvador y en el considerando 12, el caso “Cinco Pensionistas”, supra.

70 “Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de la Seguridad Social en la causa Etchart, Fernando Martín c/ANSeS s/amparos y sumarisimos”, CSJN, 27/10/2015. Fallos: 338:1092.

71 Considerando 15 y 16 del fallo “Etchart”, supra.

72 “Recurso de hecho deducido por la actora Arcuri Rojas, Elsa c/ANSeS”, CSJN, 3/11/2009, considerando 14 y 15. Fallos: 332:2454.



en el caso “Blanco”⁷³ la Corte hace expresa mención del fallo “Rodríguez Pereyra”, caso hito del control de convencionalidad de oficio, y en el considerando 23 efectúa un muestrero de fallos de este milenio del Tribunal que procuran resguardar los créditos del grupo vulnerable⁷⁴. Recientemente en autos “García, María Isabel”⁷⁵ la Corte Suprema menciona casi la totalidad del plexo internacional de los derechos humanos, consolidándose el control de convencionalidad en materia de previsión social.

V. Propuestas para la progresividad en previsión social

“El derecho previsional, en su etapa legislativa como en su faz administrativa y su tutela judicial, impulsado por el ineludible control constitucional convencional, ha comenzado en el trasvasamiento de fuentes del derecho internacional al derecho interno en materia de derechos humanos sociales. Propugno que este camino en principio teorizante se traduzca en medidas concretas que cumplan el fin de enaltecer la dignidad humana, mejorando la calidad de vida de los adultos mayores”.

A lo largo de este trabajo ha quedado acreditado que el control únicamente constitucional que omite el control de convencionalidad resulta insuficiente y lesivo de los derechos humanos sociales. Las propuestas que emanan de los documentos internacionales son plenamente operativas. A nivel judicial, las acciones de amparo convencionales permitirán apartarse del exceso rigor formal dando primacía de la naturaleza jurídica del derecho tutelado, habilitando un recurso sencillo en los términos del artículo 25.1 de la CADH. El plazo razonable regulado en el artículo 8 de la CADH evita la frustración de los derechos y propende a la efectivización de los mismos, máxime en avanzadas edades y en personas de delicada salud. En casos necesarios, estas disposiciones permiten válidamente apartarse del plazo del artículo 22 de la ley 24.463, así como imprimir carácter sumarísimo al proceso y otras tantas medidas de acción positiva.

En términos prácticos, las Reglas de Brasilia nos dan pautas claras para implementar métodos simples como distinguir a las personas de edad elevada o

⁷³ “Blanco, Lucio Orlando c/ANSeS s/ reajustes varios”, CSJN, 18/12/2018. Fallos: 341:1924.

⁷⁴ En considerando 26 de “Blanco”, supra, nuevamente centra la importancia de la seguridad social en la dignidad humana conforme el punto 41 de la Observación general 19 del Comité DESC.

⁷⁵ “García, María Isabel c/AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, CSJN, 26/03/2019. Fallos: 342:411, considerando 13, 14 y 22, referencia a la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de Viena 1982, la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de Madrid 2002, convocadas por la ONU. Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Envejecimiento de la ONU, Protocolo Adicional y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad.



enfermedad delicada con un distintivo en el expediente. Desde la órbita legislativa se deberá promover la progresividad y verificar que todas las normas estipulen tratamiento especial de grupos vulnerables, con el correspondiente análisis de convencionalidad. La administración pública en su totalidad, y la Administración Nacional de la Seguridad Social en especial, deberán adaptar sus procedimientos a las normas internacionales. Dentro de los derechos internacionales se encuentra el acceso a la información, la facilidad de acceso a las prestaciones con un procedimiento simple, de presentación espontánea, garantizando la representación letrada, inescindible del debido proceso, y de manera respetuosa al asesoramiento profesional de aquellas personas que requieran asistencia letrada. La interpretación siempre deberá ser acorde a la naturaleza jurídica de los derechos, in dubio pro justitia socialis. De manera previa a la denegatoria correspondería una citación con el particular en resguardo de su derecho.

Con la expansión en la cobertura y el diseño general no coincido con el informe del Index Mercer⁷⁶, que coloca al sistema previsional argentino en el penúltimo lugar, efectuando evaluaciones primordialmente financieras. De todas maneras, la reiteración de emergencias previsionales declaradas no puede ser óbice para el cumplimiento del mandato constitucional y convencional, que fija como pauta la progresividad. En el fallo “Blanco”, la Corte Suprema manifiesta que en contextos de crisis es cuando la cobertura debe ser más amplia para el grupo vulnerable de nuestra sociedad, y así también lo sostuvieron los organismos internacionales. Nuestro Derecho debe avanzar sobre los cimientos dados por nuestra Corte en el nuevo milenio, reconociendo que es un imperativo internacional: “el derecho previsional debe progresar”.

Finalizando mi presentación, me permito una nueva lectura del artículo 14 bis constitucional convencionalizado: “El Estado Nacional otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá:(...) jubilaciones y pensiones móviles con medidas de acción positivas, garantizando el acceso a la justicia al grupo vulnerable, respetando la progresividad de los derechos sociales”.

⁷⁶ Melbourne Mercer Global Pension Index, 2019.

